



Eidg. Institut für Geistiges Eigentum
Abteilung Recht & Internationales
Herr Felix Addor, Stv. Direktor
Stauffacherstrasse 65
3003 Bern

RR/FM

312

Bern, 28. März 2008

Vernehmlassung zum Gesetzgebungsprojekt „Swissness“

Sehr geehrter Herr Addor,
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) wurde eingeladen, zum Gesetzgebungsprojekt „Swissness“ eine Vernehmlassung einzureichen.

Angesichts der Vielzahl der zur Vernehmlassung eingeladenen Institutionen will sich die vom Schweizerischen Anwaltsverband eingesetzte Kommission darauf beschränken, sich nur zu wenigen, generellen Punkten zu äussern, die aus Sicht der Advokatur Hervorhebung verdienen. In diesem Sinne seien nachfolgend ein paar grundsätzliche Reaktionen zusammengefasst:

I. Bedarf für das Swissness Gesetzgebungsprojekt wird bejaht

1. Der SAV begrüsst die Swissness-Vorlage dem Grundsatz nach. Die Schweizer Wirtschaft soll effizienter davor geschützt werden, dass der Brand „Schweiz“ von Trittbrettfahrern missbraucht wird.
2. Trotz der grundsätzlichen Befürwortung des Projektes hat der Verband allerdings Zweifel, ob gewisse Schutzmassnahmen nicht eher zu einer Überregulierung als zu einem effizienten Schutz des Brands „Schweiz“ führen. Dies betrifft insbesondere folgende Punkte:
 - Kriterien zur Bestimmung der Warenherkunft (III)
 - Beweislastumkehr (IV)
 - Register für geografische Angaben (V)
 - Garantie- und Kollektivmarke (VI)
 - Parteistellung des IGE (VII)
 - Durchsetzung der "Swissness" im Ausland (VIII)

Nachfolgend wollen wir uns im Einzelnen mit einigen Neuerungen auseinandersetzen.

II. Wappenschutzgesetz

3. Der SAV begrüsst es sehr, dass nach dem neuen Gesetzestext nun auch Waren mit Fahnen, Hoheitszeichen und amtlicher Bezeichnung gekennzeichnet werden dürfen. Die Anwaltschaft hatte regelmässig Mühe, dem Rechtsuchenden zu erklären, warum die Verwendung von Schweizer Fahne und Schweizer Kreuz für Dienstleistungen möglich ist, für Waren aber nicht. Diese Inkonsequenz wird mit der neuen Vorlage ausgeräumt und damit die Rechtslage klarer.
4. Der SAV begrüsst es, dass die Kantone, Bezirke und Gemeinden die Möglichkeit haben, Wappen, Fahnen und Hoheitszeichen zu bestimmen und sie einer zentralen Stelle (nämlich dem IGE) zu nennen. Durch die öffentliche Zugänglichmachung des Verzeichnisses wird Klarheit geschaffen, welche Zeichen geschützt sind. Allenfalls könnte man in Art. 17 Abs. 2 des Entwurfes präzisieren, dass die von den Kantonen, Bezirken und Gemeinden mitgeteilten Zeichen ebenfalls in der Liste gemäss Art. 17 Abs. 1 öffentlich zugänglich zu machen sind.
5. Kritisch steht der SAV der an verschiedenen Stellen dem Institut für Geistiges Eigentum eingeräumten Parteistellung gegenüber. Hierzu äussert sich die vorliegende Vernehmlassung gesondert unter Ziff. 28 ff.

III. Critères d'indication de provenance des produits (Art. 48 P-LPM)

6. L'article 47 alinéa 3 LPM interdit l'usage d'indications de provenance inexactes ; il importe donc de fixer des critères permettant de déterminer si l'indication de provenance est exacte ou non. S'agissant des produits, l'article 48 alinéa 1 LPM (loi actuelle) pose le principe selon lequel *"la provenance d'un produit est déterminée par le lieu de fabrication ou par la provenance des matières de base et des composants utilisés"*, tandis que l'alinéa 2 réserve la possibilité de requérir des conditions supplémentaires.

L'alinéa 3 indique que *"dans chaque cas d'espèce, les critères doivent être définis en fonction de l'influence qu'ils exercent sur la renommée des produits"*. Enfin, la seconde phrase de cet alinéa prévoit que *"lorsqu'une indication de provenance correspond aux usages, elle est présumée correcte"*.

Il faut donc se fonder sur des critères objectifs obligatoires (le lieu de fabrication, etc. ; alinéa 1) et sur des critères objectifs facultatifs (alinéa 2) ; ceux-ci ne sont pas quantifiés d'une façon générale, mais doivent être définis dans chaque cas d'espèce.

7. La loi actuelle pose enfin une présomption, qui n'est pas irréfragable, selon laquelle l'indication de provenance qui correspond aux usages est correcte (Guyet, FJS 1022, Noms et indications désignant la provenance géographique, p. 13) ; une partie de la doctrine soutient qu'un usage abusif ne saurait permettre de déroger à la règle posée par l'alinéa 1 et donc ôter leur prépondérance au lieu de fabrication et à la provenance des matières de base et des composants utilisés (L. David, MSchG-MMG, 2^{ème} éd., Bâle, 1999, p. 305, ch. 9 ad art. 48).
8. Le projet soumis à la procédure de consultation prévoit un critère général objectif obligatoire quantifié (*"la provenance correspond au lieu où est réalisé au minimum 60 % du prix de revient du produit"* ; alinéa 2 première phrase) et, à l'alinéa suivant, un critère spécial objectif obligatoire non quantifié en fonction des catégories de produits, le rapport explicatif précisant que l'indication de provenance est apposée de façon licite sur le produit si les deux critères sont remplis cumulativement (page 45 du rapport explicatif).

Comme l'alinéa 2 du texte actuellement en vigueur, l'alinéa 4 du projet énonce des critères objectifs facultatifs.

Comme la première phrase de l'alinéa 3 du texte actuel, la première phrase de l'alinéa 5 du projet prévoit que les critères fixés aux trois alinéas précédents "*doivent être définis cas par cas, en fonction de la compréhension des milieux intéressés...*"; le rapport explicatif précise que ces dispositions "*visent à faciliter l'application des critères (...), mais non pas à déroger aux exigences contenues aux alinéas 2 à 4*" (p. 48).

Jusqu'ici, sous réserve d'éventuelles précisions rédactionnelles, le projet, dans sa logique et sa systématique, paraît acceptable.

9. Selon la seconde phrase de l'article 48 alinéa 5 du projet, "*lorsqu'une indication de provenance correspond à la compréhension des milieux intéressés, elle est exacte*". Contrairement à la seconde phrase de l'article 48 alinéa 3 du texte actuel, il ne s'agit pas d'une présomption, mais de l'affirmation du principe. Le rapport explicatif mentionne que cette disposition s'appliquerait lorsque les conditions des alinéas 2 et 3 ne sont pas remplies (p. 48), mais cela ne ressort absolument pas du texte du projet lui-même.

Si, comme cela paraît découler de la lecture du projet, cette phrase pose un principe, elle devrait figurer avant les alinéas 2 à 4 et le "rôle" de ces derniers devrait être précisé par rapport à ce principe. Ce dernier pourrait être éventuellement seulement une présomption, qui pourrait être renversée si les conditions des alinéas 2 à 4 étaient remplies et amenaient à un autre résultat, mais cela devrait alors clairement ressortir du texte.

10. Comme on l'a vu déjà à propos du texte actuel (chiffre 7 ci-dessus), l'application d'une présomption peut ici déjà se révéler délicate et cela vaudrait a fortiori si la compréhension des milieux intéressés devait être la règle.

11. S'agissant des indications de provenance, le concept de milieux intéressés n'est pas nouveau et figure déjà à l'article 47 alinéa 2 LPM ; la composition des milieux intéressés est susceptible de donner lieu à de nombreuses difficultés et ceux-ci, suivant la façon dont ils sont composés, risquent de donner des réponses partisans, voire contradictoires (voir L. David, op. cit., p. 294, ch. 13 ad art. 47). Il paraît dès lors peu raisonnable de leur conférer un pouvoir aussi grand que celui qui paraît découler de la seconde phrase de l'alinéa 5 du projet.

12. Selon le rapport explicatif, cette phrase ne poserait pas un principe, ni même une présomption, mais une "fiction" : pour s'en prévaloir, "*le producteur qui ne réalise pas les conditions des alinéas 2 et 3 doit démontrer que cette utilisation est exacte et correspond à la compréhension des branches économiques et des consommateurs*"; le rapport explicatif ajoute que "*la fiction doit être appliquée avec une grande retenue*" (p. 48). À lire le rapport explicatif, on est donc loin – et c'est heureux – d'un principe ou même seulement d'une présomption, mais cela ne ressort absolument pas du texte légal tel qu'il est proposé !

Le texte légal pourrait donc préciser que, lorsque les critères fixés aux alinéas 2 à 4 ne sont pas remplis, l'indication de provenance peut néanmoins être exacte lorsqu'elle correspond à la compréhension des milieux intéressés. L'application d'une telle disposition légale ne serait cependant pas dénuée de risques puisque, sur la simple production de coupures de presse ou d'un sondage d'opinion, il serait alors possible d'utiliser licitement une indication de provenance par hypothèse objectivement totalement inexacte !

En plus de la question fondamentale qui vient d'être évoquée, il convient de mentionner les quelques points suivants.

13. Il faut déduire de l'article 48 alinéa 2 seconde phrase du projet, telle que celle-ci est rédigée, que, a contrario, les frais de recherche et de développement (normalement des frais substantiels de beaucoup de produits suisses) sont pris en compte.

14. Il importe de relever encore que l'application des alinéas 2 et 3 pourrait amener des intéressés à dévoiler des secrets d'affaires, dans des procédures notamment, et que, sous réserve de dispositions de procédure, rien n'est prévu pour la préservation de tels secrets (cf. art. 68 LBI).
15. L'alinéa 3 indique in limine que "*le lieu visé à l'alinéa 2 doit correspondre...*"; quid si, objectivement, cette correspondance n'existe pas ? Le projet est muet à ce sujet.
16. La lettre c de l'alinéa 3 vise les produits industriels ; cela n'est-il pas trop étroit et ne risque-t-il pas d'exclure les produits manufacturés ou artisanaux (voir notamment l'article 13 alinéa 2bis LPM, qui devrait entrer en vigueur le 1^{er} juillet prochain et qui vise les produits de fabrication industrielle, par opposition à des produits pas nécessairement naturels mais pas non plus fabriqués industriellement) ?
17. On ne saurait terminer sans relever la mauvaise qualité du texte français du rapport explicatif ; celui-ci n'est nullement en "français fédéral", qui révélerait une traduction peut-être trop littérale d'un texte original en allemand. En revanche, la version française recèle un nombre fâcheusement élevé de fautes de grammaire et de syntaxe (solécismes), ainsi que de barbarismes...
18. Die einseitige, von der Verkehrserwartung unabhängige Übernahme ausländischen Rechts in Art. 48 Abs. 6 ist **ohne konkreten Gegenrechtsvorbehalt kaum gangbar**. Es ist auch nicht ganz klar, was mit den „gesetzlichen Anforderungen“ des Auslandes gemeint ist. Fast all diese Gesetzgebungen enthalten wie das Schweizer Recht weiche Kriterien. Diese sind für eine Rechtsübernahme kaum tauglich. Das wirft die Frage auf, ob auch Registerrechte dazu gehören. Solche sind allerdings meist (jedenfalls im engeren IP-Bereich) der Möglichkeit eines rechtlichen „challenge“ (Nichtigkeitsklagen) ausgesetzt. Solche Angriffe auf die Rechtsbeständigkeit würden durch Abs. 6 abgeschnitten. Dies liefe auf ein System des aus den bilateralen Herkunftsabkommen bekannten Listenschutzes hinaus. Ein solcher sollte aber Gegenstand einer wirtschaftspolitischen Verhandlung sein, nicht Gegenstand einer einseitigen Schutzrechtsübernahme.

IV. Beweislastumkehr (Art. 51a E-MSchG)

19. Die vorgeschlagene Beweislastumkehr (Art. 51a E-MSchG) ist eine Anlehnung an Art. 13a UWG – aber keine Analogie: Der Unterschied zum UWG liegt darin, dass der dortige Art. 13a Abs. 2, wonach Tatsachenbehauptungen als unrichtig angesehen werden **können**, wenn der Beweis nicht angetreten wird oder unzureichend ist, hier fehlt. Der Vernehmlassungsbericht geht davon aus, dass – anders als bei Art. 13a UWG – bei ungenügendem oder nicht angetretenem Beweis die Unrichtigkeit der Herkunftsangabe angenommen werden **muss**. Art. 51a ist also wesentlich strenger als Art. 13a UWG. Das ist nicht ganz schlüssig. Entweder kommt es zu einer Beweislastumkehr, dann trägt der neu Beweisbelastete die Folgen der Beweislosigkeit oder es handelt sich nicht um eine echte Beweislastumkehr, weil die Folgen der Beweislastumkehr nicht getragen werden müssen, sondern nur getragen werden können (Art. 13a UWG).
20. Der SAV ist der Auffassung, dass Art. 51a MSchG und Art. 13a UWG gleich lauten sollten. Nachdem zu Art. 13a UWG bisher keine wirklich negativen Erfahrungen vorliegen, besteht eine Präferenz für dieses Modell. Sicherzustellen ist im Übrigen, dass die Beweislastumkehr **nicht zu einem Ausforschungsbeweis führen darf**, und dass Geschäftsgeheimnisse gewahrt bleiben.

V. Register für geografische Angaben (Art. 50a E-MSchG)

21. Art. 50a sieht die Schaffung eines nationalen Registers vor, welches geografische Angaben für sämtliche Waren – mit Ausnahme der (verarbeiteten) landwirtschaftlichen Erzeugnissen und der Weine – aufnehmen soll. Die Vorteile dieses Registers sind laut dem erläuternden Bericht: mehr Rechtssicherheit, Verstärkung des Produktschutzes und, vor allem, Vereinfachung der Durchsetzung im Ausland sowie Stärkung der Position der Schweiz bei Verhandlungen auf internationaler Ebene.
22. Grundsätzlich stellt sich die Frage, ob diese Vorteile für sich allein die Schaffung eines neuen Registers für geographische Angaben von Waren rechtfertigen. Der Bedarf für ein solches Register scheint dem SAV fraglich, zumal der Listenschutz der von der Schweiz abgeschlossenen bilateralen Herkunftsabkommen zeigt, dass ausserhalb des hier gerade ausgeschlossenen Bereichs bisher nur wenig Interesse an Registerrechten (der Listenschutz der bilateralen Abkommen erfüllt sinngemäss Registerfunktion) bestand. Wenn schon ein Register geschaffen werden soll, dann müsste dieses wie vom Bundesrat schon 1994 in der damaligen Vernehmlassung zur Revision des MSchG (die schliesslich zu Art. 16 des Landwirtschaftsgesetzes geführt hat) – das wäre dann wirklich innovativ – auch Dienstleistungen und nicht-qualifizierte geographische Angaben erfassen. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass mit der Regelung dieses Registers in Art. 50a MSchG sämtliche Einreden und Angriffsmittel des Markenschutzgesetzes gegen Registerrechte (Art. 52 MSchG) anwendbar sind. Dies ist der Rechtssicherheit nicht wirklich förderlich, zumal diese Instrumente auf die als GUB oder GGA registrierten (verarbeiteten) landwirtschaftlichen Erzeugnissen und der Weine dem Gesetze nach nicht anwendbar sind.

VI. Garantie- und Kollektivmarke (Art. 22a ff. E-MSchG)

23. Die Eintragung einer geografischen Angabe als Garantie- oder Kollektivmarke bildet eine wichtige Voraussetzung für die Erlangung des Schutzes im Ausland (z.B. Eintragung als "certification mark" unter US-amerikanischem Recht). Daher begrüsst der SAV die in der Vorlage vorgesehene Möglichkeit, Herkunftsangaben als Garantiemarke oder als Kollektivmarke einzutragen (Art. 22a ff. E-MSchG).
24. Es war lange umstritten, ob die Eintragung von Herkunftsangaben als Garantie- oder Kollektivmarken nach geltendem Recht zulässig sei. Der inzwischen berühmt gewordene "Felsenkeller"-Entscheid des Bundesgerichts (BGE 131 III 495) besagt zwar, dass die absoluten Ausschlussgründe von Art. 2 MSchG auch auf die Garantiemarke anwendbar sind. Dies gilt jedoch nur dem Grundsatz nach, sind doch nach dieser Entscheidung an die Unterscheidungskraft solcher Marken herabgesetzte Anforderungen zu stellen (Erw. 4). Damit kann die Eintragung von qualifizierten Herkunftsangaben als Garantiemarken nach geltendem Recht jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen werden.
25. Mit der Vorlage würde ermöglicht, qualifizierte Herkunftsangaben unter bestimmten Voraussetzungen als Garantie- oder Kollektivmarken „neuer Art“ einzutragen. Diese Möglichkeit setzt indes die vorgängige Registrierung als GUB/GGA, als geographische Angabe im neuen Register, als kantonale Weinbezeichnung oder die Regelung in einer bundesrätlichen Branchenverordnung voraus.
26. Der SAV ist der Meinung, dass die Möglichkeit der Eintragung von (qualifizierten) geografischen Angaben als Garantie- oder Kollektivmarken unabhängig von einer vorgängigen Spezial-Registrierung oder bundesrätlichen Verordnung mindestens ebenso tauglich wäre, wie diese Garantie- oder Kollektivmarken „neuer Art“. Eine solche Variante – wie sie im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht vorgesehen ist – wird auch im erläuternden Bericht erwähnt (S. 25). Die Bedenken, das bestehende Prüfungsverfahren sei wenig geeignet, um insbesondere die Repräsentativität sicherzustellen, sind un-

begründet. Unter dem Titel des in der Rechtsprechung anerkannten Freihaltebedürfnisses kann die Repräsentativität ohne weiteres geprüft und über geeignete Auflagen im Markenreglement sichergestellt werden.

27. Die Regelung der Garantie- oder Kollektivmarken „neuer Art“ sollte in jeden Fall noch mal überprüft werden: Der Vorentwurf schafft für diese neuen Markenarten einen von den übrigen Kollektiv- und Garantimarken verschiedenen Schutzzumfang und führt damit zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Es sollte angestrebt werden, eine möglichst einheitliche Definition des Schutzzumfangs für alle Markentypen festzulegen. Im Zweifel spricht sich der SAV dafür aus, das Institut der Kollektivmarke nach dem europäischen Modell umzugestalten.

VII. Parteistellung des IGE (Art. 18 E-WSG; Art. 64 Abs. 3 E-MSchG)

28. Der Vorschlag des Bundesrates sieht sowohl bei den Änderungen zum Markenschutzgesetz wie auch beim Entwurf zum Wappenschutzgesetz eigenständige Verfahrensrechte für das IGE vor. So hat das IGE gemäss Art. 18 E-WSG Zivilklagerechte bei widerrechtlichen Verletzungen der Art. 2, 4 und 6 E-WSG, weiter soll dem IGE im Strafverfahren bezüglich widerrechtlichen Verletzungen von Art. 1-4 sowie 6 und 7 E-WSG Parteistellung zukommen. Ähnlich soll das IGE nach Art. 64 Abs. 3 des E-MSchG neu auch in Strafverfahren betreffend den *Gebrauch unzutreffender Herkunftsangaben* als Partei auftreten können. Gemäss Botschaft sollen diese zusätzlichen Instrumente zur Verstärkung des Schutzes in der Schweiz beitragen (vgl. S. 17 Botschaft). Das IGE soll gewissermassen stellvertretend für den Bund die Interessen der Eidgenossenschaft wahrnehmen. Der SAV steht dieser Erweiterung der Kompetenzen des Bundes und insbesondere der Stellvertreterrolle des IGE skeptisch gegenüber, und zwar aus folgenden Gründen.
29. *Beteiligung des Bundes (und anderer Gemeinwesen) an Zivil- und Strafverfahren:* Zunächst bestehen grundsätzliche Zweifel daran, ob die Eidgenossenschaft – vertreten durch wen auch immer – sich in der Parteistellung in die Niederungen der Straf- und Zivilrechtspflege begeben soll. Es ist zu bedenken, dass der Bund in solchen Verfahren grundsätzlich auch unterliegen kann, mit Kosten- und allfälligen Reputations(verlust)konsequenzen. Immerhin sieht der SAV hinsichtlich der zivilrechtlichen Durchsetzung der wappenschutzrechtlichen Bestimmungen im Inland keine plausible Alternative, die entsprechende Klageberechtigung müsste aber wie im E-WSG vorgesehen auf die jeweils eigenen Hoheitszeichen beschränkt bleiben.
30. *Rolle des IGE:* Das IGE ist zwar die naheliegende, bei näherem Hinsehen aber nicht die geeignetste Vertreterin des Bundes. Im Bereich des Kennzeichenrechts legt das IGE autoritativ fest, welche Zeichen als Marke registriert werden können. Es prüft dabei nach Massgabe von Art. 2 lit. c und d auch, ob eine Irreführung hinsichtlich der geographischen Herkunft bzw. eine Verletzung des geltenden Rechts, mithin auch des Wappenschutzrechts, vorliegt. Im Rahmen des Widerspruchsverfahrens nimmt das IGE richterliche Funktionen wahr. Diese hoheitlichen Tätigkeiten lassen ein Tätigwerden bei der Rechtsdurchsetzung als problematisch erscheinen. Das IGE müsste sich jedenfalls der im Rahmen der Rechtsverfolgung eingenommenen Positionen auch bei seinen übrigen Tätigkeit entgegenhalten lassen; im weiteren ist nicht ausgeschlossen, dass das IGE über eine zu aktive Tätigkeit versuchen könnte, seine Sicht der Dinge auf dem Rechtsverfolgungsweg durchzusetzen.
31. *Offizialdelikt vs. Antragsdelikt:* Wie der Vernehmlassungsbericht mit Recht ausführt, beinhaltet die Parteistellung konsequenterweise auch das Recht zur Stellung eines Strafanktrags gemäss Art. 28 StGB. Im System des Strafrechts ist dieses Recht grundsätzlich Privaten vorbehalten, und zwar in Fällen, bei denen aus Sicht des Gesetzgebers kein zwingendes staatliches Interesse an einer Rechtsverfolgung besteht. Die Grenze zwi-

schen Officialdelikt und Antragsdelikt wird nun aber verwischt, wenn der Staat (vertreten durch das IGE) selber berechtigt sein soll Strafantrag zu stellen. Das Antragsdelikt wird damit zu einer Art „fakultatives Officialdelikt“ – es ist mithin dem Ermessen des IGE überlassen, ob der Staat im einzelnen Verletzungsfall eine Rechtsverletzung verfolgen will oder nicht. Diese „Lösung“ überzeugt nicht, zumal auch kein konkretes Schutzbedürfnis ausgewiesen ist.

32. *Praktische Relevanz im Strafverfahren:* Im Bereich des Strafbestimmungen zum WSG und zum MSchG sind von der vorgeschlagenen Änderung (Antragsrecht und Parteistellung des IGE) der *nicht gewerbsmässige* unzulässige Gebrauch von öffentlichen Zeichen und von Herkunftsangaben betroffen. Die gewerbsmässige Verletzung wird von Amtes wegen verfolgt (vgl. Art. 64 Abs. 2 MSchG) bzw. soll von Amtes wegen verfolgt werden (Art. 22 Abs. 2 E-WSG). Es ist fraglich, ob in solchen Fällen der nicht gewerbsmässigen Verletzung, in denen kein Direktbetroffener einen Strafantrag stellt, tatsächlich ein Bedarf nach einem Einschreiten des IGE besteht.
33. Aus Sicht des SAV sind aus obigen Gründen die Bestimmungen zum Strafverfahren und die Rolle des IGE im Rahmen der inländischen Rechtsdurchsetzung noch einmal zu überdenken.

VIII. Durchsetzung der "Swissness" im Ausland

34. Der SAV begrüsst die Bestrebungen des Bundes, die Schweizer Hoheitszeichen im Ausland besser durchzusetzen. Im Sinne einer Gedankenskizze macht er folgenden Vorschlag dazu, wie inskünftig die Rechtsverfolgung im Ausland institutionell strukturiert werden könnte. Dabei geht der SAV von folgenden Ueberlegungen aus:
35. Wirkung und Verhältnismässigkeit von Durchsetzungsmassnahmen stehen im Kennzeichenrecht oft in einem gewissen Widerspruch. Leider kann Wirkung zunächst oft nur durch für den Einzelfall unverhältnismässige Massnahmen erzielt werden, die in der Folge allerdings dissuasiv wirken, so dass spätere Durchsetzungsmassnahmen angesichts dazumal vorhandener Präjudizien einfacher möglich sind. Wirkung wird nur erzielt, wenn sich jemand zuständig fühlt, der auch über die Kompetenzen verfügt. Mit anderen Worten: Wirkung wird nur erzielt, wenn jemand Verantwortung für die Durchsetzung übertragen erhält und diese auch wahrnimmt bzw. wahrnehmen muss. Zur Begründung dieses Zusammenhangs braucht nicht auf die Eigentumstheorie verwiesen zu werden. Sie ergibt sich aus aller Lebenserfahrung.
36. Im erläuternden Bericht "Schutz der Herkunftsbezeichnung Schweiz und des Schweizer Kreuzes (Swissness-Vorlage)" vom 28. November 2007 ist implizit bereits die Haltung eingeflossen, dass die Würde des Staates, d. h. die Würde der Eidgenossenschaft insofern zu wahren ist, als ein Handeln des Staates selbst auf der Ebene der Privatrechtssubjekte hier nicht angezeigt ist.
37. Eine Durchsetzungsstrategie braucht nicht nach Ländern unterschiedlich definiert zu werden. Es braucht zunächst den Willen, Rechte und Interessen an den Zeichen „Schweiz“ und „Schweizer Kreuz“ überhaupt durchzusetzen. In der Folge ist bei Missbrauchsfällen das im betroffenen Land am besten geeignete Instrument zu wählen. Solange die interessierenden Zeichen nicht registriert sind, wird dazu überall auf die staatsvertraglichen Anspruchsgrundlagen sowie auf die bestehenden formlosen Durchsetzungsmechanismen sowie auf wettbewerbsrechtliche Grundlage zurückzugreifen sein.
38. Für eine "wirkungsvolle und verhältnismässige" (so das explizite Ziel des BR) Durchsetzung der Rechte und Interessen an den Zeichen „Schweiz“ und „Schweizer Kreuz“ könnte folgendes Konzept tauglich sein:

Institut "Marke Schweiz"

39. Das Institut "Marke Schweiz" (IMS, Arbeitstitel) steht für eine spezialgesetzlich zu schaffende Institution (allenfalls eine spezialgesetzliche eidgenössische Stiftung) deren Auftrag ausschliesslich darin besteht, die Zeichen "Schweiz" und "Schweizer Kreuz" im Ausland vor Missbräuchen und unrechtmässigen Anlehnungen an die „Swissness“ zu schützen. Eventuell kann auch in Zusammenarbeit mit den Kantonen der Missbrauch des kantonalen „Brandings“ eingedämmt werden. Dabei könnten folgenden Rahmenbedingungen gelten:
- IMS vertritt treuhänderisch die Interessen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und ev. der Kantone an den Zeichen Schweiz, Schweizer Kreuz und Anlehnungen an die „Swissness“ und ev. kantonale „Brands“.
 - IMS ist mit einem angemessenen Startkapital auszustatten. Der laufende Betrieb ist, soweit für die schweizerischen Unternehmen ein marktrelevanter, konkreter Vorteil durch die Tätigkeit von IMS erreicht wird, in Ausnahmefällen über ein Lizenzsystem zu generieren. Grundsätzlich ist der Betrieb allerdings aus Steuergeldern sowie aus der Durchsetzung reparatorischer Ansprüche zu finanzieren.
 - IMS ist ermächtigt, die staatsvertraglich vorgesehenen Zustimmungen (insbesondere unter dem Erlaubnisvorbehalt nach Art. 6ter Abs. 1 Bst. a PVUe) zu angemessenen Bedingungen und unter Auflage der in der Schweiz geltenden herkunftsbestimmenden Regeln zu erteilen. Auf diese Weise findet ein "stiller Export" der Schweizer Herkunftskriterien statt.
 - IMS entscheidet zu gegebener Zeit, ob eine Registrierungsstrategie für die Zeichen Schweiz und Schweizer Kreuz eingeschlagen werden soll. Falls das Konzept, (hoheitliches) Wappen und (kommerzialisierbares) Kreuz zu trennen, in den Vernehmlassungsentwurf und in den Bericht "Schutz der Herkunftsbezeichnung Schweiz und des Schweizer Kreuzes (Swissness-Vorlage)" vom 28. November 2007 Eingang fand und falls diese Strategie Gesetz werden sollte, dürfte eine Registrierungsstrategie lediglich für das (kommerzialisierbare) Schweizer Kreuz, nicht aber für die Bezeichnung Schweiz sinnvoll sein.

Wir danken für die Berücksichtigung dieser Anliegen und Anregungen unseres Verbandes.

Mit freundlichen Grüssen

Für den Schweizerischen Anwaltsverband


Ernst Staehelin
Präsident


René Rall
Generalsekretär