

## Zur Diskussion / A discuter

### Einfuhr von Markenpiraterieware – schmaler Grat zwischen erlaubtem Privatgebrauch und verletzendem Gebrauch

**CORSIN BLUMENTHAL\***

*509 ff., hat der Einzelrichter des Bezirksgerichts Bülach einen damals 58-jährigen Bankkaufmann, welcher 6 zum Einzelpreis von angeblich je ca. 40 bis 50 Franken in Thailand gekaufte und nachweislich gefälschte Uhren der Marken «Cartier», «Jaeger-LeCoultre», «Lange & Söhne», «IWC» und «Rolex» im Reisegepäck in die Schweiz einführte, u.a. vom Vorwurf der versuchten Markenrechtsverletzung im Sinne von Art. 61 Abs. 1 lit. b MSchG freigesprochen und dem Angeklagten die beschlagnahmten Uhren herausgegeben<sup>1</sup>. Dieser Entscheid gibt zu folgenden Bemerkungen Anlass.*

*Par jugement du 19 novembre 2003, partiellement publié dans sic! 2004, p. 509 ss, le juge unique du Tribunal du district de Bülach (cité ci-après: BezGer) a acquitté un employé de banque alors âgé de 58 ans entre autres du grief de tentative de violation du droit à la marque au sens de l'art. 61 al. 1 let. b LPM, par le fait d'avoir introduit en Suisse dans ses valises 6 montres des marques «Cartier», «Jaeger-LeCoultre», «Lange & Söhne», «IWC» et «Rolex», prétendument achetées en Thaïlande chacune pour un prix variant entre 40 à 50 francs et dont il est établi qu'elles sont fausses. Les montres saisies ont été rendues au prévenu<sup>1</sup>. Cette décision donne lieu aux observations suivantes.*

- I. Einfuhr
- II. Privatgebrauch
- III. Einziehung

#### I. Einfuhr

Zunächst erstaunt, dass der Entscheid keinen Hinweis auf Art. 62 Abs. 3 MSchG enthält, welcher als einzige Strafbestimmung die Einfuhr explizit erwähnt. Dieser Bestimmung zufolge kann nämlich auf Antrag mit Haft oder mit Busse bis zu 20 000 Franken bestraft werden, «wer Waren, von denen er weiss, dass sie zur Täuschung im geschäftlichen Verkehr dienen sollen, einführt, ausführt oder lagert». Es wäre zu erwarten gewesen, dass das BezGer in einem ersten Schritt untersucht hätte, ob der zur Diskussion stehende Sachverhalt unter diese Bestimmung subsumiert werden kann und erst in einem zweiten Schritt geprüft hätte, ob allenfalls der Grundtatbestand von Art. 61 Abs. 1 lit. b MSchG (oder der Spezialtatbestand von Art. 62 Abs. 1 MSchG) anwendbar ist. Nach Art. 62 Abs. 1 lit. b MSchG wird auf Antrag mit Gefängnis oder mit Busse bis zu 100 000 Franken bestraft, wer widerrechtlich mit der Marke eines anderen gekennzeichnete Waren u.a. als Originalwaren in Verkehr setzt. Gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. b MSchG wird auf Antrag mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Busse bis zu 100 000 Franken bestraft, wer das Markenrecht eines anderen verletzt, indem er «unter der angemassenen, nachgemachten oder nachgeahmten Marke Waren in Verkehr setzt oder Dienstleistungen erbringt, solche Waren oder Dienstleistungen anbietet oder für sie wirbt».

Das MSchG zeichnet sich durch einen gesetzestechischen Vorrang des Zivilrechts gegenüber dem Strafrecht aus, indem sich der Inhalt der Strafnormen erst durch einen Rückgriff auf die zivilrechtlichen Regelungen erschliessen lässt<sup>2</sup>. Die Straftatbestände sind, wie es das BezGer im Zusammenhang mit Art. 61 MSchG richtig erkannt hat, im Zusammenhang mit den Verbotstatbeständen von Art. 13 Abs. 2 MSchG auszulegen. Im Hinblick auf grenzüberschreitende Handlungen wie der Import und Export ergeben sich einige Auslegungsprobleme. Die Einfuhr und die Ausfuhr sind in Art. 13 Abs. 2 lit. d MSchG erwähnt, fehlen aber – im Unterschied zu Art. 62 Abs. 3 MSchG – in Art. 61 lit. b und Art. 62 lit. b MSchG. Es stellt sich deshalb die Frage, ob der gesamte grenzüberschreitende Verkehr strafrechtlich nur noch durch Art. 62 Abs. 3 MSchG erfasst wird oder ob ein Teil davon unter den Begriff

<sup>1</sup> Akten-Nr. GG030093/U.

<sup>2</sup> C. Blumenthal, Der strafrechtliche Schutz der Marke unter besonderer Berücksichtigung der Piraterie, Bern 2002, 1.

der Inverkehrsetzung gem. Art. 61 Abs. 1 lit. b und Art. 62 lit. b MSchG subsumiert werden kann. Dabei gilt zu beachten, dass Art. 62 Abs. 3 MSchG nur als Übertretung ausgestaltet ist, während Art. 61 Abs. 1 lit. b und Art. 62 lit. b MSchG Vergehen sind.

Der Tatbestand von Art. 62 Abs. 3 MSchG wird in der Lehre zuweilen als «Gehilfenschaft» bezeichnet<sup>3</sup>. Auch wenn dieser Begriff in dogmatischer Hinsicht unzutreffend ist<sup>4</sup>, verdeutlicht er im Zusammenhang mit der Ausgestaltung von Art. 62 Abs. 3 MSchG als Übertretung, dass die Einfuhr etc. die Kennzeichnungs- und Vertriebshandlungen von Art. 62 Abs. 1 MSchG ergänzt und der in Abs. 3 verwendete Begriff der Einfuhr allenfalls nicht die ganze Palette des Bedeutungsinhaltes von Art. 13 Abs. 2 lit. d MSchG abdeckt.

In einem strafrechtlichen Sinn bedeutet Einführen, dass der Täter die Ware «aus dem Ausland über die Grenze bringt oder kommen lässt»<sup>5</sup>. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Einfuhr i.S.v. Art. 62 Abs. 3 MSchG auf dem Wege der Auslegung in einem «beförderungstechnischen» Sinn zu verstehen. Der solchermassen interpretierte Begriff ist aber weit und darf nicht nur auf reine Transporthandlungen beschränkt werden. Er erfasst auch jene Tätigkeit, welche der Sekundärstörer wie z.B. der spätere Verkäufer als Vorbereitungshandlung zum Zweck der Täuschung selber vornimmt oder vornehmen lässt. Erfolgt die Zustellung bspw. auf postalischem Weg und beabsichtigt der Adressat, die Ware zum Zweck der Täuschung zu verwenden, hat er die Ware eingeführt. Gleich verhält es sich, wenn die widerrechtlich gekennzeichnete Ware im Auftrag des Adressaten z.B. in einem Lager eintrifft und er die Ware dort abholt oder abholen lässt. Irrelevant ist, ob der Adressat in der Schweiz die Ware über Internet oder auf eine andere Weise bestellt hat.

Im Unterschied zur Einfuhr gem. Art. 62 Abs. 3 MSchG setzt die unter den Begriff der Inverkehrsetzung zu subsumierende grenzüberschreitende Handlung i.S.v. Art. 61 Abs. 1 lit. b und Art. 62 Abs. 1 lit. b MSchG m.E. eine Änderung der Verfügungsmacht des Täters voraus und ist «handelsmässig» zu verstehen<sup>6</sup>. Ein Anwendungsfall von Art. 61 Abs. 1 lit. a MSchG wäre z.B. der Versand der Ware durch den Täter aus dem Ausland an einen Abnehmer in der Schweiz, welcher über die Fälschung im Bild ist.

Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen hätte vorliegend geprüft werden sollen, ob der zur Diskussion stehende Import von 6 gefälschten Uhren eine Einfuhr i. S. v. Art. 62 Abs. 3 MSchG darstellt. Die in einem «beförderungstechnischen» Sinn verstandene Einfuhr ist nur im Zusammenhang mit dem betrügerischen Markengebrauch als Übertretung und nicht auch im Zusammenhang mit der einfachen Markenrechtsverletzung als Vergehen mit einer höheren Strafandrohung strafbar. Der Tatbestand von Art. 62 Abs. 3 MSchG setzt jedoch die Absicht voraus, die Piraterieware zur Täuschung im geschäftlichen Verkehr und nicht im Privatverkehr zu verwenden. Im Unterschied zur Inverkehrsetzung ist der Tatbestand bereits dann erfüllt, wenn die Ware an der Zollgrenze angehalten wird<sup>7</sup>.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die «Inverkehrsetzung» nur jene grenzüberschreitenden Handlungen erfasst, welche hier zur besseren Abgrenzung nicht als «Einfuhr im beförderungstechnischen Sinn» verstanden und als «Einfuhr im handelsmässigen Sinn» bezeichnet werden. Werden Letztere nur als Inverkehrsetzung bezeichnet und verstanden, ist eine Unterscheidung der Einfuhr, so wie oben vorgenommen, nicht mehr nötig; ansonsten könnte im Zusammenhang mit der Tathandlung von Art. 62 Abs. 3 MSchG zum besseren Verständnis von «über die Grenze führen» oder dergleichen gesprochen werden. De lege ferenda ist zu wünschen, dass der Tatbestand in Ana-

<sup>3</sup> Vgl. L. David, *Markenschutzgesetz, Muster- und Modellgesetz*, 2. Aufl., Basel/ Frankfurt a.M. 1999, Überschrift vor MSchG 62 N 14; J. Guyet, *Les voies de droit et les sanctions*, in: *La nouvelle loi fédérale sur la protection des Marques*, Lausanne 1994, 133; Ch. Willi (Hg.) *Markenschutzgesetz: MSchG, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts*, Zürich 2002, MSchG 62 N 9 ff; M. Ritscher, *Der strafrechtliche Schutz des geistigen Eigentums und des lautereren Wettbewerbs*, ZStrR 1998, 54.

<sup>4</sup> Vgl. Blumenthal (Fn. 2), 302 ff. Bei der Einfuhr gem. Art. 62 Abs. 3 MSchG handelt es sich um eine strafbare Vorbereitungshandlung.

<sup>5</sup> H. Schultz, *Warenfälschung*, ZStr 1986, 380. Vgl. auch BGE 89 IV 68 E. 2b und 88 IV 87, welche im Zusammenhang mit Art. 155 aStGB (Einführen und Lagern gefälschter Waren) resp. Art. 71 Ziff. 1 ZG ebenfalls das Einführen-Lassen genügen lassen; BezGer Bülach vom 11. Mai 1989 i.S. gegen R.S., S. 10 (Prozess Nr. 7088244U). Das Einführen wird auch erwähnt in Art. 204 StGB (Unzüchtige Veröffentlichungen) oder in Art. 244 StGB (Einführen, Erwerben, Lagern falschen Geldes).

<sup>6</sup> Gemäss BGE 115 II 280 ist eine Ware erst dann in Verkehr gesetzt, wenn der bisherige Besitzer seine tatsächliche Verfügungsgewalt willentlich aufgegeben oder seine rechtliche Verfügungsmöglichkeit eingeschränkt hat.

<sup>7</sup> Wie das BezGer unter Hinweis auf BGE 115 II 281 und 110 IV 110 richtigerweise festgehalten hat, gehören die Zollgrenzen, Zollausschlussgebiete, Zollfreibeirzke und Zollanschlussgebiete zum schweizerischen Gebiet.

logie zu anderen ausländischen Markengesetzen und zu Art. 155 Ziff. 1 Abs. 2 StGB gleich wie die Herstellung und die Inverkehrsetzung als Vergehen ausgestaltet wird<sup>8</sup>.

## II. Privatgebrauch

Wie das BezGer richtigerweise ausgeführt hat, ist die Einfuhr zum privaten Gebrauch nicht strafbar. Dies ergibt sich einerseits aus dem Prinzip, dass eine Verletzung des Markenrechts nur dann vorliegt, wenn die nachgemachte, nachgeahmte oder angemassete Marke für den geschäftlichen Verkehr bestimmt ist und im wirtschaftlichen Wettbewerb verwendet wird<sup>9</sup>, und andererseits aus der Formulierung von Art. 62 Abs. 3 MSchG, welcher die Absicht zur Täuschung im Geschäftsverkehr erfordert<sup>10</sup>. Der Nachweis, dass die nachgemachte, nachgeahmte oder angemassete Marke für den geschäftlichen Verkehr bestimmt ist, mag oft schwierig sein. Ein Indiz für die geschäftsmässige Bestimmung kann u.a. in der Anzahl der Kennzeichnungshandlungen erblickt werden. Insbesondere im Fall des massenhaften Kopierens oder Imitierens von Markenware wird der Täter nicht erfolgreich behaupten können, die Kopien seien nicht für den Gebrauch im Geschäftsverkehr bestimmt. Unter Umständen ergibt sich die Bestimmung für den geschäftlichen Verkehr aber bereits aufgrund einiger weniger Nachmachungen oder Nachahmungen. Dabei könnten ähnliche Kriterien, wie sie zurzeit von den Zollbehörden bei der Beurteilung der Ein- oder Ausfuhr zum privaten Gebrauch angewandt werden, berücksichtigt werden.

Die Zollverwaltung erachtet die Einfuhr von bis zu 10 gefälschten T-Shirts oder von einer Uhr in die Schweiz noch als Gebrauch im privaten Verkehr<sup>11</sup>. Von dieser Praxis ist das BezGer vorliegend ausgegangen, hat aber u.a. darauf hingewiesen, dass es sich hierbei nicht um eine starre Limite handelt und die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind. Dagegen ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Gestützt auf den Entscheid des BezGer stellt sich aber die weitergehende Frage, ob die Grenze zwischen Geschäftsverkehr und Privatgebrauch überhaupt sinnvoll gezogen werden kann. Müsste der Umstand, dass ein Bankkaufmann 6 Luxusuhren, jede angeblich passend zu einem anderen Anzug, einführen darf, nicht auch zur Folge haben, dass bspw. ein Dressman oder ein Bankdirektor berechtigt ist, 20 oder mehr Luxusuhren einzuführen, wenn er geltend macht, dass er mehr als 20 Anzüge besitzt? Wie wäre zu entscheiden gewesen, wenn der Bankkaufmann 10 Uhren eingeführt und behauptet hätte, entsprechend viele Anzüge zu besitzen? Stellt dies nicht eine Bevorzugung gegenüber einem «einfachen» Arbeiter dar, welcher dieselben Argumente im Zusammenhang mit Luxusuhren kaum vorbringen kann?

Die Wertung des BezGer, dass unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände davon auszugehen ist, die Einfuhr sei zum privaten Gebrauch erfolgt, ist vertretbar. Hätte der Angeklagte nicht verschiedene Uhren unterschiedlichen Typs, sondern mehrere Uhren desselben Typs eingeführt, wäre der Entscheid mit Sicherheit anders ausgefallen. Anders wäre wohl auch zu entscheiden gewesen, wenn die mit eingeführte Damenuhr leicht als solche und von Laien nicht auch als Herrenuhr hätte erkannt werden können. Die Darlegung des Angeklagten, dass er zu jedem Anzug die passende Uhr trage, mag eine hier nicht weiter zu überprüfende Behauptung sein. Tatsache ist, dass wohl auch ein Bankkaufmann nicht mehr als einer (gefälschten) Luxusuhr bedarf und solche Uhren i.d.R. nicht nach Anzügen, sondern eher nach Art der jeweiligen Beschäftigung (Freizeit, Business etc.) zu kaufen gepflegt werden.

Der Entscheid zeigt, wie schwierig die Grenzziehung zwischen privatem und verletzendem Gebrauch im Einzelfall sein kann. Auch wenn Schematisierungen jeglicher Art grundsätzlich abzulehnen sind, darf im Zusammenhang mit Markenpirateriesachverhalten nicht a priori von den von der Zollverwaltung aufgestellten Limiten abgewichen werden. Die Limiten sind als Richtwerte zu verstehen, welche nach Massgabe der besonderen Umstände im Einzelfall nach oben und je nach Art der Piraterieware auch nach unten verschoben werden können. Die Frage, wo diese Obergrenze jeweils anzusetzen ist,

<sup>8</sup> Zum Ganzen: Blumenthal (Fn. 2), 257 ff., 314, 483 und 488. Dadurch würde auch bei diesen grenzüberschreitenden Handlungen eine gewisse abschreckende Wirkung erzielt und in schweren Fällen die Möglichkeit von Zwangsmassnahmen offenstehen.

<sup>9</sup> Vgl. David, MSchG 61 N 12; SMI 1996, 283, COMPTET I.

<sup>10</sup> Vgl. dazu C. Blumenthal (Fn.2), 333 ff.

<sup>11</sup> Weitergehend das Landesgericht Düsseldorf, Mitt. 1996, 22 f., welches die gleichzeitige Einfuhr von 10 Sweatshirts und 6 Kapuzenjacken, alle vorgenannten Waren mit der gefälschten Marke Windsurfing Chiemsee versehen, durch einen tschechischen LKW-Fahrer noch als Handeln zu privaten Zwecken taxierte. Das Landgericht Mannheim erkannte, dass die Einfuhr von pro Kopf über 23 zu Unrecht mit bekannten Marken wie Joop! gekennzeichneten Bekleidungsstücken ein Handeln im geschäftlichen Verkehr ist (WRP 1999, 1057 f.).

dürfte sich auch in Zukunft, mehr noch als der Nachweis der Kenntnis der Fälschung, als eigentliche Achillesferse von Art. 62 Abs. 3 MSchG erweisen. In Straffällen wenig behelflich dürfte die Festsetzung von Reisefreibeträgen, wie sie die EU kennt sein.

### III. Einziehung

Produkt- und Markenpiraterie ist ein weltweites Phänomen von grosser sozialschädlicher Wirkung. Um sich ihrer ganzen Bedeutung und Auswirkungen bewusst zu werden, muss die Piraterie als Gesamtphänomen mit allen dadurch verursachten Schäden für die Markeninhaber, Branchenangehörigen, Konsumenten und die Volkswirtschaft betrachtet werden<sup>12</sup>. Die Einfuhr ist lediglich ein Teil der Pirateriekette, die durch z. T. rücksichtslose Piraten «geschmiedet», verhökert und nicht zuletzt durch den Verkauf an Private «versilbert» wird, welche die Piraterieware – wie in unserem Fall der Bankkaufmann – auch noch ungeniert zur Schau stellen dürfen. In Fällen des Privatgebrauchs bietet Art. 68 MSchG i.V.m. Art. 58 StGB keine Handhabe für eine Einziehung. Angesichts der grossen Tragweite der Piraterie müsste zumindest überlegt werden, ob Art. 68 MSchG als Spezialbestimmung zu Art. 58 StGB ausgestaltet und im Falle nachweislicher Fälschungen auf das Erfordernis einer strafbaren Handlung in der Schweiz verzichtet werden sollte<sup>13</sup>. Die Piraterieware könnte dann, unabhängig von ihrer tatsächlichen oder behaupteten Bestimmung für den Privatgebrauch, eingezogen werden.

\* Dr. Iur., Rechtsanwalt, Zürich.

---

<sup>12</sup> Vgl. dazu den Bericht «Die Rolex im Shredder, Zollbehörden lassen fünf Tonnen kopierte Uhren zerstören» in der NZZ vom 12. August 2004, mit welchem festgehalten wird, dass die Schweizerische Uhrenindustrie wegen den zahlreichen Fälschungen mit jährlichen Umsatzeinbussen von etwa 800 Mio. Franken rechnet und den jährlich in der Schweiz produzierten 26 Mio. Uhren schätzungsweise 30 bis 40 Mio. Fälschungen gegenüberstehen.

<sup>13</sup> Ähnlich im Zusammenhang mit Delikten der Geldfälschung: Art. 249 StGB. Vgl. zur Problematik des Privatgebrauchs bei solchen Delikten: BGE 123 IV 55.