

Dr. Martin WILMING
c/o Hepp Wenger Ryffel AG
Friedtalweg 5
CH-9500 Wil

martin.wilming@pm.me
www.patentlitigation.ch

Martin WILMING | c/o Hepp Wenger Ryffel AG | Friedtalweg 5 | CH-9500 Wil

Nur per Email an:
rechtsetzung@ipi.ch

Wil, 11. September 2024

**Vernehmlassung 2023/63: Vorentwurf der Revision des PatG
«Mehr Transparenz bei den Patentrechten im Bereich Pflanzenzucht»**

Sehr geehrter Herr Addor
Sehr geehrter Herr Cordoba
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit grossem Interesse verfolge ich die Motion «Mehr Transparenz bei den Patentrechten im Bereich der Pflanzenzucht.»

Im Anhang übersende ich meine persönliche Stellungnahme im Rahmen der Vernehmlassung.

Freundliche Grüsse

/Martin Wilming/

Stellungnahme

I. VORBEMERKUNGEN

1. Fachlicher Hintergrund

1 Ich habe Organische Chemie studiert und in Bioorganischer Chemie promoviert. Die technischen und wissenschaftlichen Grundlagen der Pflanzenzucht sowie der neuen gentechnischen Verfahren sind mir geläufig.

2 Seit über 20 Jahren bin ich freiberuflich als Patentanwalt tätig. Ich bin Schweizer Patentanwalt und European Patent Attorney. Zudem bin ich Schweizer Delegierter im Ausschuss für Europäische Patentpraxis (EPPC) des Instituts der beim Europäischen Patentamt zugelassenen Vertreter (epi), und ich engagiere mich in der Arbeitsgruppe Regeln (WP/R) im Ständigen Beratenden Ausschuss des EPA (SACEPO). Auch die internationalen immaterialgüterrechtlichen Zusammenhänge sind mir somit gut vertraut.

2. Persönliche Meinung

3 Ich bin Vorstandsmitglied des VESPA und ich unterstütze die separate Stellungnahme des VESPA im Rahmen dieser Vernehmlassung.

4 Die vorliegende Stellungnahme stellt darüber hinaus ausschliesslich meine persönliche Meinung dar. Sie ist bewusst pointiert. Das scheint mir für die weitere Beratung deshalb wichtig, damit die nur noch für wenige Spezialisten überhaupt verständliche Detaildiskussion nicht den Blick auf das Wesentliche verstellt.

5 Interessenskonflikte, die meine Meinung in dieser Sache beeinflussen könnten, habe ich nicht.

II. WORUM GEHT ES ...?

1. Der erste Eindruck täuscht

6 Die Motion verlangt «[m]ehr Transparenz bei den Patentrechten im Bereich der Pflanzenzucht». Bereits dieser Titel sorgt dafür, dass jedem Widerspruch sofort ein Makel anhäftet: «Transparenz» ist doch etwas Gutes; man kann ja wohl nicht ernsthaft dagegen sein!

7 Der Titel führt in die Irre.

8 Er suggeriert, es gäbe (noch) nicht genug Transparenz, und (noch) mehr Transparenz sei unbedingt nötig. Das ist schlicht falsch.

9 Die «Transparenz bei den Patentrechten» ist bereits hervorragend: Patentanmeldungen und erteilte Patente werden sehr zuverlässig von Amtes

- wegen publiziert. Alle objektiv nötigen Informationen sind öffentlich verfügbar, und zwar kostenlos. Jedermann kann sich diese Informationen also ohne Weiteres beschaffen und zunutze machen.
- 10 Man muss als Unternehmer nur – aber immerhin – eine gewisse Grundbereitschaft aufbringen, das auch zu tun. Daran scheint es jedoch «im Bereich der Pflanzenzucht» zu mangeln.
- 11 Bei den vermeintlichen Hinweisen auf eine unzureichende Transparenz, die im Erläuternden Bericht (Ziff. 1.1.4) diskutiert werden, reibt man sich als Praktiker im Immaterialgüterrecht verwundert die Augen.
- 12 Es wird als problematisch dargestellt (Hervorhebungen hinzugefügt), dass «Nachforschungen in der Patentliteratur mithilfe des Namens einer Pflanzensorte [...] oft ungenügend» seien. Daher könnten Züchtende «nicht auf Anhieb feststellen, ob [eine Sorte] patentgeschützt ist.» Eine einfache Patentrecherche garantiere nicht immer, dass alle einschlägigen Patente gefunden würden. Und «[s]elbst wenn ein einschlägiges Patent gefunden wird, erhalten Züchtende keine Liste aller davon betroffenen Sorten.»
- 13 Was hier als Problem «im Bereich der Pflanzenzucht» dargestellt wird, sind Umstände, mit denen Marktteilnehmer auf *allen* Gebieten der Technik tagtäglich konfrontiert sind. Das stellt gerade *kein* Problem dar, welches gesetzgeberisch gelöst werden müsste — auf *keinem* Gebiet der Technik.
- 14 Kein Küchengerätehersteller würde mit der Forderung auf Gehör stossen, es müsse doch möglich sein, sich gewissermassen auf Knopfdruck alle Patente anzeigen lassen zu können, die bspw. mit einem Vorwerk® Thermomix® «verbunden» sind. Ebensowenig würde ein Hersteller von Kaffeekapseln gehört mit der Forderung, dass es möglich sein müsse, sich auf Knopfdruck «garantiert» alle Patente anzeigen lassen zu können, die mit dem Vertuo® System von Nespresso® «verbunden» sind.
- 15 Aber warum eigentlich nicht?
- 16 Auch in diesen Branchen müssen Marktteilnehmer regelmässig diverse Immaterialgüterrechts-Kategorien beachten, die sich überlappen: Designs, Formmarken und Patente. Und Entwicklungsprojekte sind auch in diesen Technologiebereichen (sehr) teuer und (sehr) langwierig.
- 17 Was die Situation vollends skurril erscheinen lässt: Für Züchtende *gibt es bereits* aufgrund der bestehenden Branchenlösungen, die im Erläuternden Bericht diskutiert werden (Ziff. 1.1.11), eine wesentlich bessere Transparenz über Patentrechte als für Marktteilnehmer in praktisch jedem anderen Technologiebereich. Kein Küchengerätehersteller oder Kaffeekapselhersteller kommt dermassen leicht an die für ihn relevanten Patentinformationen.

- 18 Die «Kosten für Recherchen in der Patentliteratur» werden im Erläuternden Bericht missverständlich dargestellt (Ziff. 1.1.5). Der Kostenrahmen «zwischen 5000 und 15000 Franken» einschliesslich Interpretation des Rechercheergebnisses und Einordnung in den wirtschaftlichen Kontext ist zwar durchaus korrekt. Sofern jedoch suggeriert wird, dieser Aufwand würde «pro Sorte» anfallen, ist das falsch. Gerade aufgrund der bestehenden Branchenlösungen, die bei einer umsichtigen, professionellen Recherche selbstverständlich mitberücksichtigt werden, ist der Zeit- und Kostenaufwand – auch und gerade im Vergleich mit anderen Technologiebereichen – gering. Soweit aus dem Dossier ersichtlich, hat sich dementsprechend auch noch kein Züchtender über *tatsächlich entstandene* Kosten für Patentrecherchen und -analysen beklagt, die zu hoch gewesen wären.

2. Worum es tatsächlich geht

- 19 Patentinformationsbeschaffung ist eine Holschuld aller Marktteilnehmer, keine Bringschuld der Patentinhaber. Marktteilnehmer müssen vor dem Markteintritt abklären, ob sie mit ihrem zukünftigen Produkt möglicherweise ein bestehendes Patent verletzen. Unbedarftheit, Unwissenheit und Ignoranz schützen vor Patentverletzungen nicht. Zudem ist es etablierte gute Praxis, die nötigen Abklärungen nicht erst unmittelbar vor dem Markteintritt vorzunehmen, sondern bereits am Anfang einer Produktentwicklung. Solche Patentumfeldanalysen sind rechtliche und betriebswirtschaftliche Selbstverständlichkeiten, und sie stellen auch für Schweizer KMU in keinem anderen Wirtschaftszweig ein real existierendes Problem dar.
- 20 Gemessen am Ergebnis (dem Vorentwurf) ist klar, dass es um eine Umverteilung dieser Aufgabenlast geht. Der Vorentwurf bedient folgenden fiktiven Wunschzettel der Züchtenden:

«Lieber Gesetzgeber

Patente sind mühsam. Ich will damit eigentlich nichts zu tun haben.

Bitte Sorge dafür, dass ich mich mit Patenten nicht beschäftigen muss. Wenn schon, dann sollen sich doch die Patentinhaber darum kümmern und mir sagen, wo welche Rechtsrisiken bei meiner Arbeit bestehen; die können das besser.

Und wenn die Patentinhaber diese eigentlich mir derzeit obliegende Arbeit doch nicht erledigen, dann stelle mich bitte von allen rechtlichen Nachteilen frei.»

III. DIESE REVISION BRAUCHT ES NICHT

1. Branchen-Protektionismus

21 Der Vorentwurf bewirkt eine prinzipielle Abkehr von der unternehmerischen Eigenverantwortung hin zu einer gesetzlich abgesicherten Vollkasko-Mentalität. Die Abklärung von Rechtsrisiken aus Patenten soll an die Patentinhaber delegiert werden. Etwas Vergleichbares gibt es wohl in keinem anderen Wirtschaftszweig und in keinem anderen Land. Das ist Branchen-Protektionismus und Beförderung einer aus der Zeit gefallenen Bequemlichkeit («Ich musste mich doch früher auch nicht mit Patenten beschäftigen; warum sollte ich das heute tun?»). Solche Instrumente haben noch keiner Branche auf Dauer genützt; im besten Fall verzögern sie den Untergang.

22 Viele Branchen wurden im Laufe der Zeit zunehmend technisiert, und Unternehmer mussten sich daher zunehmend mit Patenten beschäftigen; so bspw. das Gastgewerbe, Tourismus, Marketing, Bildungswesen, Bekleidung, etc. Dass das Patentsystem auch in diesen traditionell eher patentfernen Branchen grundsätzlich «eine gute Sache» ist, sollte in der Patentweltmeister-Schweiz eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein.¹

23 Davor müssen Pflanzenzüchtende nicht geschützt werden.

24 Im Gegenteil: Man tut der einheimischen Pflanzenzucht-Branche keinen Gefallen, wenn man sie wohlmeinend vor den Rechtsrisiken einer fortschreitenden Technisierung bewahrt. Sie wird ausserhalb der Schweiz dann nur umso härter davon getroffen werden, weil sie es nicht (mehr) gewohnt ist, damit umzugehen. Eine Insellösung Schweiz (Sorten aus der Schweiz und nur für die Schweiz) ist aber betriebswirtschaftlich ohnehin nicht überlebensfähig.

2. Patentschutz ist ohnehin bereits abgelaufen, bevor eine neue Sorte überhaupt marktfähig ist

25 In dem Erläuternden Bericht zum Vorentwurf heisst es unter pauschalem Verweis auf die «Strategie Pflanzenzüchtung 2050» des BLW (Ziff. 1.1.3):

«Die Züchtung einer neuen Sorte kann bis zu fünfzehn Jahre in Anspruch nehmen.»

26 Das ist sehr verkürzt dargestellt und bestenfalls durch den zweiten Absatz des Vorworts des damaligen Bundespräsidenten Schneider-Ammann gestützt, nicht jedoch vom eigentlichen Inhalt des Strategiepapiers.

27 Konkret hält das Strategiepapier folgendes fest (Ziff. 1.2.2; Hervorhebung hinzugefügt):

¹ Switzerland Global Enterprise, 22. März 2024: *Schweiz ist erneut Patentweltmeisterin*. Siehe: <<https://www.s-ge.com/de/article/aktuell/20241-ranking-world-champion-patents>> (zuletzt abgerufen am 23. August 2024)

«Die Züchtung neuer Sorten dauert lange, je nach Pflanzenart 10 bis 20 Jahre. Zu erwartende Entwicklungen müssen dabei rechtzeitig erkannt und berücksichtigt werden. Vom Start eines neuen Züchtungsprogramms bis zu ersten marktfähigen Sorten dauert es über 20 Jahre.»

- 28 Aufgrund dieses Zeithorizonts ist unmittelbar klar, dass mit der vorgeschlagenen Revision ein Problem adressiert wird, das real nicht existiert, ja gar nicht existieren *kann*, denn die maximale Laufzeit eines Patents beträgt nur 20 Jahre. Wenn also ein Züchtungsprogramm typischerweise erst nach *über 20* Jahren eine marktfähige Sorte hervorbringt, kann mit dieser neuen Sorte kein Patent (mehr) verletzt werden, das auch schon mit einer Sorte «verbunden» war, die am Anfang des Züchtungsprogramms als Ausgangsmaterial eingesetzt wurde.
- 29 Sollte ein Züchtungsprogramm im Ausnahmefall doch mal früher als nach 20 Jahren eine marktfähige Sorte hervorbringen, so wird der Ablauf eines möglicherweise noch betroffenen Patents aber jedenfalls sehr zeitnah erfolgen.
- 30 Die vorgeschlagene Revision ist in Nachachtung der «Strategie Pflanzenzüchtung 2050» des BLW offensichtlich unnötig.

3. Auch die Praxis zeigt: Es gibt kein real existierendes Problem

- 31 Der Schweizer Bauernverband (SBV) hat sich in seinem Positionspapier «Patente auf Pflanzen und Tieren» damit befasst, wie Züchtende derzeit «mit der Patentsituation» umgehen.² Dafür wurden Züchtende befragt. Bereits die Auswahl der angefragten Züchtenden lässt aufhorchen:

«Niemand von den befragten Züchtern, die allesamt keine Patente auf Saatgut haben, befürwortet die Patentierung. Züchter, die Patente haben, wurden nicht angefragt.»

- 32 Natürlich fragt man nicht die Frösche (Nutzer des Patentsystems), wenn man den Teich trockenlegen will (das Patentsystem jedenfalls im Bereich der Pflanzen aushöhlen will). Denn das ist ja recht unverblümt das eigentliche Ziel (Positionspapier, Fazit;³ Hervorhebung hinzugefügt):

«Der SBV ist daher klar gegen die Patentierung von Saatgut. Um die Arbeit des Züchters zu schützen, erachtet er das Sortenschutzgesetz als geeigneter als die Patentierung. Das Sortenschutzgesetz wurde für die Besonderheiten in der Pflanzenzucht entwickelt und geht spezifisch auf diese ein.»

² Positionspapier SBV 2019, Patente auf Pflanzen und Tieren

³ Ebenso: <<https://www.sbv-usp.ch/de/schlagworte/patente-auf-pflanzen-und-tiere>> (zuletzt abgerufen am 9. September 2024)

- 33 Doch selbst die konkreten Stellungnahmen der vom SBV angefragten Züchtenden zeigen kein konkretes Problem auf, das der Gesetzgeber lösen müsste. Ganz im Gegenteil (Ziff. 4.4, Hervorhebung hinzugefügt):

«Ein Züchter benutzt wissentlich Saatgut, das möglicherweise mit Patenten geschützt ist, da sonst die genetische Diversität bei dieser Kultur (Sonnenblumen) für die Züchtung zu sehr eingeschränkt würde. Er will sich nicht einschüchtern lassen und will nicht auf Ausgangsmaterial verzichten, sondern den gesamten vorhandenen Genpool einsetzen können. Im Falle einer Klage eines Patentinhabers hofft er auf öffentliche Unterstützung, um in einem Präzedenzfall gegen einen Patentinhaber gewinnen zu können.»

- 34 Bei allem Respekt: Einem Züchter, der wissentlich patentgeschütztes Saatgut in seinem Zuchtprogramm einsetzt in der Hoffnung darauf, dass ihm die Öffentlichkeit im Ernstfall schon zur Hilfe eilen wird, ist gesetzgeberisch nicht zu helfen.

- 35 Ein anderer Züchter hat sich wie folgt geäussert (Ziff. 4.4, Hervorhebung hinzugefügt):

«[Er] wollte einen patentierten Mais aus den USA zur Weiterzucht verwenden, und hat dazu Verhandlungen mit dem Patentinhaber geführt. Da er einen Vertrag hätte unterschreiben müssen, in dem er die US-Patentbestimmungen akzeptiert, hat er auf die Verwendung dieser Sorte zur Weiterzucht verzichtet.»

- 36 Diese Wortmeldung ist sehr erhellend.

- 37 Sie zeigt, dass (mangelnde) «Transparenz bei Patentrechten» gerade *nicht* das Problem ist. Dieser Züchter hat ja offensichtlich problemlos davon Kenntnis erlangt, dass der Mais patentiert war.

- 38 Auch das Auffinden des richtigen Ansprechpartners war nicht das Problem.

- 39 Es waren vielmehr die Vertragsverhandlungen, die diesem Züchter zu mühsam waren. Kein Unternehmer, in welcher Branche auch immer, sollte allerdings überrascht sein, dass ein Patentinhaber eine allumfassende *carte blanche* nicht einfach formlos erteilt. Mit nur ein wenig rechtsanwaltlicher bzw. patentanwaltlicher Unterstützung wären diese Verhandlungen mit grosser Sicherheit zur Zufriedenheit des Züchters verlaufen. Den Gesetzgeber braucht es dafür nicht.

- 40 Die Wortmeldung von Andrea Gmür-Schönenberger im Ständerat bringt es auf den Punkt:⁴

«Bisher wurde kein einziges Patent eingeklagt. Überhaupt hat es nur gerade auf 1,5 Prozent des Saatgutes im gesamteuropäischen Raum ein Patent. Züchten kann man damit immer. Legiferieren wir nicht in einem Bereich, wo es nicht notwendig ist.»

- 41 Ergänzend muss man wissen, dass gemäss einer Schätzung des IGE überhaupt nur 250 relevante Patente zur Diskussion stehen.⁵ Für einen Züchtenden, der bspw. eine neue Sonnenblumensorte züchten will, sind wiederum nur ein Bruchteil dieser Patente relevant (jene, die Sonnenblumen adressieren). Das «Universum» der im Einzelfall zu berücksichtigten Patente ist somit keineswegs unendlich, sondern um ein Vielfaches kleiner als das, was Unternehmer in anderen Technologiebereichen regelmässig überblicken müssen und auch können.

- 42 Weshalb man trotzdem zum Schluss gekommen ist, hier gesetzgeberisch aktiv werden zu müssen, verstehe ich nicht. Objektiv nachprüfbar *Fakten*, die einen tatsächlichen Regelungsbedarf erkennen lassen würden, gibt es nicht. Schon nur der organisatorische Aufwand für die Clearingstelle, den das IGE (konservativ) auf zwei zusätzliche Vollzeitstellen während der ersten drei Jahre schätzt (Ziff. 5 des Erläuternden Berichts), ist durch nichts zu rechtfertigen.

4. Die Diskussion ist nicht grundsätzlich neu; und der Bundesrat hat bereits vor Jahren (anders) Stellung bezogen

- 43 Die Züchtung mit verfügbaren Sorten ist immer frei. Das ist sowohl im Sortenschutzgesetz (Art. 6 let. c SSchG) als auch im Patentgesetz (Art. 9 Abs. 1 let. e PatG) so verankert. Siehe hierzu auch vorne, Rz. 40.

- 44 Interessant ist die historische Entwicklung.

- 45 Früher war das Sortenschutzgesetz so ausgestaltet, dass auch die *Vermarktung* der neugezüchteten Sorte ohne Erlaubnis des an der Ursprungsorte Berechtigten möglich war. Das wurde von Sortenschutzinhabern als «ungerecht» empfunden, weil der Ursprungszüchtende die Vermarktung einer mit wenig Aufwand von seiner Sorte abgeleiteten Sorte nicht verhindern konnte. Schlagworte wie «Imitationszüchtungen», «cosmetic breeding» und «parasitäre Miniabweichungen» wurden herumgereicht.⁶

⁴ AB 2022 S 177 / BO 2022 E 177

⁵ Erläuternder Bericht zum Vorentwurf, Ziff. 1.1.9

⁶ BBI 2004 4155, 4167

- 46 Seit 1. September 2008 erstreckt sich der Sortenschutz der Ursprungsorte nun auch auf «im Wesentlichen von der geschützten Sorte abgeleitete» Neuzüchtungen; Art. 5 Abs. 2 let. a. SSchG.
- 47 Über die Frage, ob eine Sorte «im Wesentlichen abgeleitet» ist oder nicht, wird durchaus erbittert gestritten.⁷ Erstaunlicherweise wird diese *tatsächlich* bestehende, mangelnde Rechtssicherheit von Züchtenden aber *nicht* beklagt, obschon sie doch beim Beginn eines Züchtungsprogramms nicht sicher wissen können, ob sie mit einer «im Wesentlichen abgeleiteten» Sorte enden werden und ihre Neuzüchtung also möglicherweise nicht werden vermarkten können. Die «garantierte» Rechtssicherheit, die in Bezug auf Patente so vehement gefordert wird (obschon noch *kein einziges* Patent eingeklagt wurde), ist also nicht mal innerhalb des Sortenschutzsystems gegeben.
- 48 Diese offenbare Inkonsistenz der Argumentation kann man nur vor dem Hintergrund verstehen, dass es im Kern gerade nicht um «Rechtssicherheit» geht. Vielmehr werden Patente schlicht grundsätzlich als «störend» empfunden werden und sollen aus dem eigenen Verantwortungsbereich herausdefiniert werden.
- 49 Bestrebungen, auch die Vermarktung nach wie vor von freizustellen, hat der Bundesrat aber bereits vor Jahren aus guten Gründen eine Abfuhr erteilt. In der Botschaft des Bundesrats vom 23. November 2005 zur Änderung des PatG ist festgehalten (Hervorhebung hinzugefügt):⁸

«Die Vermarktung der neuen Sorte bedarf allerdings dann der Zustimmung des Patentinhabers, wenn die neue Sorte Merkmale des patentgeschützten pflanzlichen Ausgangsmaterials beibehält. Die Restriktionen mit Bezug auf die Vermarktung der resultierenden Ergebnisse der Weiterzucht ergeben sich aus dem Bedürfnis, das Sortenschutz- bzw. Patentrecht nicht derart auszuhöhlen, dass die Leistungen des Züchters oder Erfinders keinen angemessenen Schutz mehr erhalten. Sie lassen sich umso mehr rechtfertigen, als mit der im Zuge der Revision des Sortenschutzgesetzes vorgesehenen Regelung von Zwangslizenzen bei abhängigen Schutzrechten ein Instrument bereitgestellt wird, dass auch auf der Stufe der Vermarktung eine gegenseitige Blockierung bei der Verwertung der Schutzrechte verhindert.»

- 50 Nun wird im Wesentlichen die gleiche Diskussion unter dem «Transparenz» - Deckmäntelchen erneut geführt. An den Fakten hat sich aber seither nichts geändert. Es gibt keine Patentstreitfälle und somit auch keinen objektiven

⁷ Michael A. Kock: *Neue Gemomische Techniken in der Pflanzenzüchtung in Wechselwirkung mit Rechten des geistigen Eigentums und dem Zulassungsrecht* (29. Oktober 2023), Ziff. 4.4.2.

⁸ BBl 2006 1, 74

Grund, von der damaligen Beurteilung abzuweichen. Die Vermarktung braucht nicht freigestellt zu werden – weder pauschal noch mittels einer Clearingstelle gewissermassen «durch die Hintertür».

51 Sowohl im PatG als auch im Sortenschutzgesetz sind spiegelbildliche Regelungen zu Zwangslizenzen enthalten. So ist bereits sichergestellt, dass die Vermarktung einer Neuzüchtung durch Patente nicht blockiert werden kann. Das ist nur – aber immerhin – an die Bedingung geknüpft, dass es sich bei der Neuzüchtung um

«einen namhaften Fortschritt von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung»

handelt; Art. 22a Abs. 1 SSchG bzw. Art. 36a Abs 1 PatG iVm Art. 40e PatG.

52 Das macht sehr viel Sinn. Wenn eine Neuzüchtung ein patentgeschütztes Merkmal übernimmt, ohne dass sie insgesamt einen namhaften technischen Fortschritt von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung darstellt, dann muss sie auch in keiner Weise privilegiert behandelt werden.

53 Man denke an die im Erläuternden Bericht als Beispiel genannte Resistenz gegen die Weisse Fliege (Ziff. 1.1.3). Dass eine Sorte mit einer solchen Resistenz patentgeschützt sein kann, darf heute keinen Züchtenden mehr überraschen. Wenn eine Sorte mit einer solchen Resistenz trotzdem ohne weitere Abklärungen in einem Züchtungsprogramm eingesetzt wird, dann geschieht das natürlich nicht zufällig. Für ebendiese Resistenz ist die Sorte ja bekannt, und sie ist vom Züchtenden auch zweifellos erwünscht. Die Neuzüchtung wird schlussendlich diese Resistenz mit hoher Wahrscheinlichkeit auch immer noch aufweisen; die gegenteilige Annahme, dass gerade diese gewünschte Resistenz später vom Züchtenden bewusst wegselektioniert würde, wäre jedenfalls lebensfremd.

54 Wenn die Neuzüchtung über diese Resistenz gegen die Weisse Fliege hinaus aber keinen anderweitigen «namhaften Fortschritt von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung» aufweist, dann ist sie – ganz analog zum Sortenschutz – eine blosse «Imitationszüchtung», das Resultat von «cosmetic breeding» bzw. eine «parasitäre Miniabweichung» (vorne, Rz. 45). Sie stellt keinen eigentlichen Fortschritt dar, auf den die (Land)Wirtschaft gewartet hat, sondern eher einen unternehmerischen Fehlschlag. Es gibt jedenfalls keinen Grund, einer solchen Neuzüchtung gesetzgeberisch den Marktzugang zu erleichtern und dafür den Patentschutz auszuhöhlen.

55 Das bestehende Mittel der Geltendmachung einer Zwangslizenz an einem Patent wurde, soweit ersichtlich, von Züchtenden noch nie genutzt. Dafür kann es nur zwei Gründe geben: Entweder hat sich die Notwendigkeit noch nie gestellt (wovon ich ausgehe); dann besteht aber auch kein anderweitiger gesetzlicher Regelungsbedarf, schon gar nicht im Sinne des Vorentwurfs. Oder

die Züchtenden nutzen das System der Zwangslizenz nicht, obschon tatsächlich ein Anrecht auf eine Zwangslizenz bestünde. Dann sind die Züchtenden aber auf das bestehende Mittel zu verweisen.

5. Was kommt als nächstes?

a) Gleichbehandlung anderer Branchen

56 Der Vorentwurf stellt einen ordnungspolitischen Dambruch dar.

57 Mit einer analogen (ebenso untauglichen) Begründung könnte beinahe jede andere Branche eine Gleichbehandlung fordern, sofern ihre Produkte regelmässig von mehreren Immaterialgüterrechts-Kategorien betroffen sind. Das ist heute tatsächlich eher der Regelfall als die Ausnahme.

58 Nehmen wir die Bekleidungsbranche als Beispiel.

59 Traditionell waren in dieser Branche vor allem Designschutzrechte relevant; es geht dabei (nur) um das schöne Äussere, nicht um eine technische Funktion.

60 Heute geht es oftmals aber nicht mehr nur um die ansprechende äussere Erscheinung eines Kleidungsstücks, sondern um patentfähige technische Eigenschaften; man denke an Outdoor-Bekleidung und sonstige Funktionsbekleidung. Besonders einfach bedienbare oder besonders gut dichtende Reissverschlüsse können patentiert sein, ebenso wie wasserdichte / atmungsaktive Membranen. Auch bestimmte Formen von Kapuzen oder Armabschlüssen sind möglicherweise patentiert, wenn sie bspw. das Eindringen von Spritzwasser verhindern helfen. Ein high-end Outdoor-Bekleidungsstück ist heute mit einer Vielzahl von Patenten «verbunden» (wie es in der Motion 22.3014 ausgedrückt ist).

61 Die Entwicklung von high-end Outdoor-Bekleidung dauert viele Jahre,⁹ und sie ist eher kostenintensiver als eine Pflanzenzüchtung.¹⁰

62 Die Begründung für die Notwendigkeit einer Gleichbehandlung der Outdoor-Bekleidungsbranche wäre sicher nicht weniger überzeugend als im Bereich der Pflanzenzucht, wie nachstehend anhand einer nur redaktionell angepassten Begründung im Sinne der Motion 22.3014 illustriert ist:

«Die Wechselwirkung zwischen ~~Sortenschutzgesetz~~ Designgesetz und Patentgesetz funktioniert in der Schweiz nicht in allen Bereichen optimal. Handlungsbedarf ergibt sich vor allem bei der Transparenz. Ob ~~eine~~ Sorte ein

⁹ Die bekannte Outdoor-Bekleidungsfirma Arcteryx gibt an (Hervorhebung hinzugefügt): «Wir arbeiten so lange an einem Produkt bis wir einen problemlosen, effizienten Prozess und ein tolles Ergebnis entwickelt haben. Das kann drei Jahre dauern, manchmal länger.» Siehe <<https://arcteryx.com/ch/de/explore/whoweare/design>> (zuletzt abgerufen am 6. September 2024).

¹⁰ Die Züchtung einer neuen Pflanzensorte kostet durchschnittlich (nur) CHF 345'000.-- (Erläuternder Bericht zum Vorentwurf, Ziff. 1.1.3)

Kleidungsstück mit einem Patent verbunden ist, ist für die ~~Züchter~~ Hersteller nicht einfach ersichtlich. Dies führt zu potentiellen Klagerisiken und beeinträchtigt den für eine Züchtung Entwicklung essentiellen Investitionsschutz. Für die ~~Pflanzenzüchtungs-~~ Unternehmen ist es wichtig, vor Beginn einer langjährigen Züchtung Entwicklung zu wissen, ob das entsprechende ~~Zucht~~ Ausgangsmaterial von Patenten betroffen ist.»

- 63 Man müsste also doch zur Verbesserung der Transparenz bei Patentrechten im Bereich der Outdoor-Bekleidung eine Clearingstelle beim IGE einrichten, bei der Hersteller alle angedachten Features eines geplanten Produkts anmelden können (Jacke mit GORE-TEX® ePE Membran; TIZIP® MasterSeal 10 Reissverschluss; etc.). Patentinhaber dürfen dann gerne innerhalb von 90 Tagen reagieren und auf bestehenden Patentschutz hinweisen. Melden sich Patentinhaber hingegen nicht, so kann der anfragende Bekleidungshersteller die Technik der fraglichen Membran bzw. des Reissverschlusses in seinem eigenen Produkt reproduzieren, ohne sich weiter um mögliche Patente kümmern zu müssen.
- 64 Das kann niemand ernsthaft wollen. Nur: Mit welcher überzeugenden Begründung wollte man der Outdoor-Bekleidungsbranche denn eine solche Gleichbehandlung verwehren?

b) Grundsätzlicher Patentierungsausschluss von Pflanzen

- 65 Wie vorne bereits dargelegt (Rz. 32), geht es nur vordergründig um «Transparenz» oder «Rechtssicherheit». Es geht vielmehr im Kern darum, das Patentsystem jedenfalls im Hinblick auf Pflanzen möglichst vollständig auszuhöhlen. Man ist «klar gegen» die Patentierung von Pflanzen; der Sortenschutz sei «geeigneter», um «die Arbeit des Züchters zu schützen.»
- 66 Das ist eine geschichtsvergessene Darstellung der immaterialgüterrechtlichen Entwicklung. Die beiden Schutzrechtskategorien stehen sich nicht im Wege. Ganz im Gegenteil: Der Doppelschutz durch Patent- und Sortenschutzgesetz ist bewusst nicht (mehr) ausgeschlossen. Der Bundesrat hat das bereits vor vielen Jahren sehr prägnant zusammengefasst (Hervorhebung hinzugefügt):¹¹

«Dieser Patentierungsausschluss [für Pflanzensorten im damaligen Art. 1a PatG] ist nicht aus ethischen Gründen eingeführt worden, sondern erklärt sich historisch: [...] Diese Bestimmung ist im Wesentlichen auf das Bestehen eines Schutzsystems für Pflanzenzüchtungen zurückzuführen, das wiederum aus dem technischen Verständnis des Patentrechts zu begreifen ist. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurden nämlich Züchtungsergebnisse bezüglich Pflanzen und Tieren

¹¹ BBI 2004 4155, 4172-3 (ebenso: BBI 2006 1, 61-64).

mangels Wiederholbarkeit als nicht patentfähig angesehen (BBI 1989 III 249 unter Verweis auf BBI 1976 II 68; BBI 1995 III 1339). Um die entsprechenden Züchtungsergebnisse dennoch zu schützen, schuf man für Pflanzenzüchtungen ein eigenständiges Schutzsystem. Der Patentierungsausschluss in Artikel 1a PatG ist Ausdruck dieser Entwicklung. Er trägt ferner dem Doppelschutzverbot von Artikel 2 UPOV-Ü (1961, 1972, 1978) Rechnung, das die Zuerkennung eines Züchterrechts durch die kumulative Gewährung eines besonderen Schutzrechts und eines Patents ausschloss. Mit der Entwicklung der modernen Methoden der Bio- und insbesondere der Gentechnologie fiel der patentrechtliche Hinderungsgrund der fehlenden Wiederholbarkeit weg (BBI 1989 III 249; BBI 1995 III 1339). Mit dem UPOV-Ü (1991) ist sodann auch das Doppelschutzverbot weggefallen, womit es den Verbandsparteien frei steht, Pflanzensorten mit einem Recht «sui generis», mit einem Patent oder mit beidem zu schützen. Artikel 1a PatG steht mithin zwar Pflanzensorten als Patentierungshindernis entgegen, beinhaltet aber kein allgemeines Verbot der Patentierbarkeit von Pflanzen (BBI 1989 III 249; BBI 1995 III 1339). Nach der vom Bundesgericht geteilten Auffassung ist daher der Patentschutz zu gewähren, wenn sich der Anspruch nicht auf eine individuelle Pflanzensorte, sondern auf Pflanzen richtet, selbst wenn er Pflanzensorten umfasst.»

- 67 Auch die Schweiz hat sich international nachdrücklich dafür stark gemacht, dass es kein Doppelschutzverbot (mehr) gibt.¹² Sie ist damit nach wie vor in sehr guter Gesellschaft.
- 68 Man mag aus hehren Gründen grundsätzlich «gegen die Patentierung von Saatgut» sein. Immaterialgüterrechtlich bedeutet das, einen vollständigen Patentierungsausschluss für Pflanzen anzustreben. Das wäre zwar zumindest theoretisch wohl möglich. Wollte man das in der Schweiz aber tatsächlich umsetzen, müsste man allerdings aus der Europäischen Patentorganisation (EPO) austreten, denn mit dem Europäischen Patentübereinkommen (EPÜ) ist ein solcher Vorbehalt nicht vereinbar.¹³ Nun könnte man auch das natürlich tun. Damit wäre man dann jedoch im Bestreben, ein nicht existentes Problem zu lösen, vollends in der immaterialgüterrechtlichen Kleinstaaterei angekommen.
- 69 Statt wiederholt die Axt an das Patentsystem zu legen und es weiter auszuhöhlen, wäre eine ganz andere Diskussion angezeigt: Weil sowohl das Doppelschutzverbot als auch der patentrechtliche Hinderungsgrund der mangelnden Wiederholbarkeit weggefallen sind, hat sich die *ratio legis* des

¹² BBI 2004 4155, 4160-1

¹³ Dies übrigens auch gemäss Einschätzung des Bundesrats; BBI 2006 1, 64.

ehemaligen Art. 1a PatG überlebt. Der heutige Art. 2 Abs. 2 let. a PatG (ehemals Art. 1a PatG) wäre konsequenterweise zu streichen.

IV. UNVEREINBARKEIT MIT TRIPS

70 Der Erläuternde Bericht hält in Ziff. 6.2 fest:

«Die in diesen Abkommen [PCT, EPÜ 2000 und TRIPS] zum Erfindungsschutz aufgestellten Anforderungen werden bereits von den geltenden patentrechtlichen Regelungen erfüllt, die vorliegende Revision ändert daran nichts.»

71 Das habe ich nicht verstanden; ich war zu einem anderen Schluss gelangt. Ich habe daher die diesbezüglichen Abklärungen beim IGE gestützt auf das BGÖ angefordert und das Memorandum «Mo. 22.3014 WBK-S» erhalten, wofür ich mich nochmal ausdrücklich bedanke.¹⁴

72 Meine Bedenken sind damit jedoch nicht zerstreut. Im Gegenteil. Offensichtlich wurde nur die Vereinbarkeit des Vorentwurfs mit Art. 30 TRIPS geprüft. Die Vereinbarkeit mit Art. 30 mag letztlich dahingestellt bleiben.

73 Wesentlich ist hingegen, dass die Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. 27 TRIPS gar nicht geprüft wurde. Art. 27 TRIPS legt fest, dass die Geltendmachung von Patentrechten ohne Diskriminierung auf allen Gebieten der Technik möglich sein muss.

74 Das ist bei dem Vorentwurf ersichtlich nicht mehr der Fall: Die Geltendmachung von Patentrechten ausschliesslich im Bereich der Pflanzenzucht würde vielmehr an Bedingungen geknüpft, die es für Erfindungen auf anderen Gebieten der Technik nicht gibt. Das ist eine klare *de jure* Diskriminierung, die mit Art. 27 TRIPS nicht vereinbar ist.¹⁵

75 Zudem dürfte es sich auch um eine *de facto* Diskriminierung handeln, da der Zweck der Revision allzu offensichtlich ist: Den Züchtenden soll eine Bürde abgenommen werden, die stattdessen den Patentinhabern übertragen werden soll. Die angeblichen Vorteile für Patentinhaber, die in Ziff. 5.3 des Erläuternden Berichts genannt werden, treten dahinter klar zurück. Sie erscheinen vielmehr allesamt konstruiert. Mit Begeisterungstürmen bei Patentinhabern darüber, dass aufgrund der geplanten Revision «die Transaktionskosten sinken» (das werden sie nicht), die «Rechtssicherheit [...] steigt» (das wäre primär zugunsten der Züchtenden der Fall, wenn Patentinhaber übersehen, rechtzeitig eine Meldung bei der Clearingstelle zu machen), und man «die Zuchtaktivitäten der Züchterinnen und Züchter besser verfolgen» könne (wurde jemals ein

¹⁴ Mo. 22.3014 WBK-S - Analyse compatibilité avec l'Accord ADPI

¹⁵ Siehe hierzu auch den WTO Analytical Index zu Art. 27, Ziff. 1.2.2.

solches Interesse seitens der Patentinhaberschaft bekundet?), ist jedenfalls nicht zu rechnen. Dementsprechend sind auch keine Quellen für diese angeblichen Vorteile im Erläuternden Bericht genannt.

V. ALTERNATIVE(N)

- 76 Die Züchtenden finden sich augenscheinlich in dem zunehmend technisierten Umfeld ihrer unternehmerischen Tätigkeit noch nicht ausreichend gut zurecht. Da kann und sollte man ansetzen. Im Erläuternden Bericht ist bereits erwähnt, dass das IGE an entsprechenden Angeboten arbeitet (Ziff. 1.1.12). Als «Geprüfte Alternative» wird dementsprechend auch die «Unterstützung der Züchterinnen und Züchter durch Dienstleistungen des IGE» erwähnt (Ziff. 1.2.1.2). Es wird festgehalten: «Der Aufwand für die Umsetzung dieser Massnahme läge beim IGE und bei den Züchterinnen und Züchtern.» Und das ist gut so: Auch Züchtende sind Unternehmer, die man nicht aus ihrer unternehmerischen Eigenverantwortung entlassen sollte. Aber man kann sie dabei mit Dienstleistungen des IGE unterstützen. Das ist angemessen und fair.
- 77 Aus nicht nachvollziehbaren Gründen wird diese Alternative im Erläuternden Bericht jedoch sofort wieder verworfen: Für die Züchtenden «wäre der administrative Mehraufwand allerdings gross und vergleichsweise kostspielig.» Der administrative Mehraufwand bei Züchtenden wäre zwar sicher grösser als in dem vorgeschlagenen Szenario, bei dem man seine Verantwortung einfach wegdelegieren kann. Unzumutbar wäre er aber sicher nicht, denn immerhin bietet das IGE ja Hand. Völlig unverständlich ist der Hinweis, das sei für Züchtende «vergleichsweise kostspielig». Womit wird denn da verglichen? Das Gegenteil ist doch vielmehr der Fall. Patentrecherchen sind aufgrund der Brancheninitiativen bereits sehr vereinfacht. Und das IGE ist nicht dafür bekannt, seine Dienstleistungen zu übersteuerten Preisen anzubieten, die unternehmerisch untragbar wären.
- 78 Den Gesetzgeber braucht es dafür nicht. Diese nichtlegislative Alternative sollte somit präferiert werden.
- 79 Falls eine legislative Umsetzung der Motion – möglicherweise einem diffus patentfeindlichen Zeitgeist folgend – trotz allem für notwendig erachtet werden sollte, dann ist dem Alternativvorschlag des VESPA der Vorzug zu geben. Damit würde zumindest der ordnungspolitische Flurschaden gering gehalten.

Freundliche Grüsse

/Martin Wilming/