

Parallelimporte und Patentrecht

**Bericht des Bundesrates vom 8. Mai 2000
in Beantwortung der Anfrage der
Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats (WAK)
vom 24. Januar 2000**

Inhaltsübersicht

1	Einleitung	1
1.1	Hintergrund und Zweck des Berichts	1
1.2	Begriffliches	1
1.3	Aufbau des Berichts	3
2	Rechtliche Aspekte	3
2.1	Bundesgerichtsurteil in Sachen Kodak	3
2.2	Parallelimporte und Patentrecht	4
2.3	Parallelimporte und Wettbewerbsrecht	7
3	Wirtschaftliche Aspekte	10
3.1	Der wirtschaftliche Stellenwert der Regelung der Parallelimporte patentierter Güter	11
3.2	Ökonomie des Patentrechts	12
3.3	Die Problematik der Preisdifferenzierung	13
3.4	Märkte mit staatlichen Preisregulierungen	14
4	Spezialbereiche	15
4.1	Arzneimittel	16
4.2	Medizinprodukte	18
4.3	Gifte / Chemikalien	18
5	Internationales Umfeld	19
5.1	Rechtsvergleichende Aspekte	19
5.2	Verhältnis zum Europarecht und integrationspolitische Aspekte	19
5.3	WTO	19
5.4	Wettbewerb	21
5.5	Ergebnis	21
6	Varianten zur Behandlung der Parallelimporte im Rahmen der Rechtsetzung	22
6.1	Option 1: System der nationalen Erschöpfung mit wettbewerbsrechtlichem Korrektiv bei „überschiessender Rechtsmacht“ des Patentinhabers	22
6.2	Option 2: System der regionalen (bzw. bilateralen) Erschöpfung	25
6.3	Option 3: System einer nach Produkten differenzierenden Erschöpfungsregelung	27
6.4	Option 4: System einer internationalen Erschöpfung	27
7	Gesamtwürdigung und Schlussfolgerungen	29

1 Einleitung

1.1 Hintergrund und Zweck des Berichts

Der vorliegende Bericht¹ stellt die Antwort auf eine Anfrage der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats (WAK) vom 24. Januar 2000 dar (s. Anhang 1), mit welcher diese den Bundesrat ersucht, ihr bis am 9. Juni 2000 eine Gesamtschau zur Problematik der Parallelimporte vorzulegen.

Anlass für die Anfrage der WAK gab das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Kodak SA gegen Jumbo-Markt AG vom 7. Dezember 1999 (s. Anhang 2). In diesem Urteil hat das Bundesgericht in Schliessung einer echten Gesetzeslücke für den Bereich des Patentrechts den Grundsatz der nationalen Erschöpfung statuiert und damit Parallelimporte patentierter Güter, die gegen den Willen des Patentinhabers erfolgen, untersagt. Obwohl der Entscheid des Bundesgerichts der traditionellen Auffassung in Lehre und kantonaler Rechtsprechung folgt, löste er eine zum Teil heftige Debatte aus. Am 22. Dezember 1999 reichte Nationalrätin Simonetta Sommaruga eine Interpellation (99.3647 Mehr Wettbewerb dank Parallelimporten) ein, die vom Bundesrat eine Stellungnahme zum Bundesgerichtsentscheid sowie zu einem möglichen Handlungsbedarf in der Gesetzgebung wünschte. In seiner Antwort vom 6. März 2000 (s. Anhang 3) erklärte sich der Bundesrat angesichts der wirtschaftspolitischen Dimension der Thematik der Parallelimporte bereit, den Bedarf nach einer gesetzlichen Regelung der Erschöpfungsfrage im Patentrecht sowie mögliche Lösungsvorschläge im Rahmen des vorliegenden Berichts zu prüfen.

Die WAK ersucht den Bundesrat, die nach dem Urteil des Bundesgerichts vorherrschende Rechtslage unter Einbezug der volkswirtschaftlichen Aspekte und der Grundanliegen des Patent- und Wettbewerbsrechts darzustellen und denkbare Lösungsvarianten in der Gesetzgebung aufzuzeigen. Zudem soll der Bundesrat zur Frage eines gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Bereich der Parallelimporte Stellung nehmen.

Der Ausgangspunkt der Problematik, nämlich die Erschöpfung patentrechtlicher Schutztitel, ist eine Frage des Immaterialgüterrechts. Die Frage, ob Parallelimporte zugelassen werden oder verboten bleiben sollen, ist allerdings nicht nur von patentrechtlicher, sondern auch von erheblicher (aussen-)wirtschaftspolitischer, wettbewerbsrechtlicher, integrationspolitischer, innovationspolitischer und polizeirechtlicher (vor allem gesundheitspolizeilicher) Bedeutung. Der vorliegende Bericht wird auf diese Aspekte einzugehen haben.

1.2 Begriffliches

Einleitend sind einige Begriffe zu klären:

Erschöpfung: Wird ein immaterialgüterrechtlich geschützter Gegenstand vom Schutzrechtsinhaber selbst oder mit seiner Zustimmung erstmals in Verkehr gebracht, so werden die durch das Immaterialgüterrecht vermittelten Befugnisse an diesem Gegenstand verbraucht, konsumiert oder eben erschöpft. Die Frage ist, ob die Erschöpfung der jeweils nationalen Schutzrechte nur beim Inverkehrbringen im Inland eintritt oder auch beim Inverkehrbringen im Ausland.

¹ Ausgearbeitet durch eine verwaltungsinterne Arbeitsgruppe unter Leitung des Eidg. Instituts für Geistiges Eigentum unter Mitwirkung des Generalsekretariats des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements, des Staatssekretariats für Wirtschaft, des Sekretariats der Wettbewerbskommission, der Preisüberwachung, des Bundesamts für Landwirtschaft, des Integrationsbüros EDA/EVD, des Generalsekretariats des Eidg. Departements für auswärtige Angelegenheiten, des Generalsekretariats des Eidg. Departements des Innern, des Bundesamtes für Gesundheit, des Bundesamtes für Sozialversicherung, des Bundesamtes für Kultur, des Bundesamtes für Justiz, der Eidg. Zollverwaltung sowie der Interkantonalen Kontrollstelle für Heilmittel.

Nationale Erschöpfung: Das Schutzrecht im Inland erschöpft sich nur, wenn das erste Inverkehrbringen durch den Schutzrechtsinhaber (bzw. mit seinem Einverständnis) im Inland (d.h. im Schutzrechtsstaat, z.B. in der Schweiz) erfolgt. Beim Inverkehrbringen im Ausland erschöpft sich das Schutzrecht im Inland nicht.

Internationale Erschöpfung: Das Schutzrecht im Inland erschöpft sich, gleichgültig ob das erste Inverkehrbringen durch den Schutzrechtsinhaber (bzw. mit seinem Einverständnis) im Inland oder im Ausland erfolgt.

Regionale Erschöpfung: Das Schutzrecht in den Staaten eines gemeinsamen Wirtschaftsraums (z.B. EU, EWR) erschöpft sich nur, wenn das erste Inverkehrbringen durch den Schutzrechtsinhaber (bzw. mit seinem Einverständnis) in diesem Wirtschaftsraum erfolgt. Beim ersten Inverkehrbringen ausserhalb dieses Wirtschaftsraums erschöpfen sich die Schutzrechte in den Staaten dieses Wirtschaftsraums nicht.

Parallelimport im engeren Sinn: Unter Parallelimport im hier verwendeten Sinn versteht man den Import einer immaterialgüterrechtlich (z.B. patentrechtlich) geschützten Ware, die vom Schutzrechtsinhaber selber oder mit dessen Zustimmung in einem Drittland in Verkehr gebracht wurde. Parallelimporte sind nur bei einer internationalen oder einer regionalen Erschöpfung möglich, im letztgenannten Fall nur innerhalb des betreffenden Wirtschaftsraums. Sie treten vor allem dann auf, wenn die Preise im Importland signifikant höher sind als im Drittland, in dem das Erzeugnis in Verkehr gebracht wurde.

Parallelimporte im weiteren Sinn²: Der Staat kann über polizeirechtliche Zulassungsverfahren für gesundheits- und umweltgefährdende Stoffe Einfluss auf die Rahmenbedingungen eines Marktes ausüben. Wird in diesem Zusammenhang der Begriff der Parallelimporte verwendet, so bezieht er sich unabhängig vom Bestand eines Immaterialgüterrechts auf die Einfuhr bewilligungspflichtiger Güter ohne separates Zulassungsverfahren im Inland bzw. durch ein erleichtertes Verfahren, wenn im Ausland ein gleichwertiges Zulassungsverfahren durchlaufen wurde³.

Der Sinngehalt dieser Begriffsverwendung ist nicht deckungsgleich mit dem Begriff der Parallelimporte im engeren Sinn. Im Falle polizeirechtlicher Zulassungsverfahren können nämlich auch nicht oder nicht mehr immaterialgüterrechtlich geschützte Produkte Gegenstand von „Parallelimporten“ im weiteren Sinne sein.

Gewöhnliche und (preis-)regulierte Märkte: Produktemärkte unterliegen nicht immer denselben staatlichen Rahmenbedingungen; dementsprechend können sich Parallelimporte volkswirtschaftlich unterschiedlich auswirken. Es ist zweckmässig, in diesem Zusammenhang zwei Grundformen von Märkten zu unterscheiden, nämlich:

1. die sog. gewöhnlichen Märkte,
2. die staatlich preisregulierten Märkte.

In gewöhnlichen Märkten bilden sich die Produktpreise im Wesentlichen nach Angebot und Nachfrage. Der Staat hat keinen Einfluss auf die Preisbildung.

In staatlich preisregulierten Märkten bestimmt der Staat im Wesentlichen die Preise, indem er entweder direkt den Preis, ein Preisband oder einen Höchstpreis für die entsprechenden Produkte festlegt. Als typisches Beispiel eines staatlich preisregulierten Markts kann der Arzneimittelmarkt genannt werden.

² Dieser Begriff ist in Ziff. 4 von Bedeutung.

³ S. z.B. BBl 1999 3471.

1.3 Aufbau des Berichts

In Ziffer 2 des Berichts wird die Zulässigkeit von Parallelimporten aus rechtlicher Sicht beleuchtet. Ausgehend vom Kodak-Entscheid wird auf das geltende Patent- und Wettbewerbsrecht eingegangen. In Ziffer 3 werden mit Hilfe wirtschaftstheoretischer Überlegungen die volkswirtschaftlichen Auswirkungen von Parallelimporten diskutiert, wobei der Unterscheidung zwischen gewöhnlichen und staatlich preisregulierten Märkten besondere Bedeutung zukommen wird. Letztere werden in Ziffer 4 vertieft analysiert und in Beziehung zu den polizeirechtlichen Zulassungsverfahren gebracht. Ziffer 5 beschreibt das internationale Umfeld und zeigt anhand der von der Schweiz eingegangenen multilateralen und bilateralen Verpflichtungen (insbesondere im Rahmen der WTO und mit der EU) den bestehenden Handlungsspielraum auf. Eine synoptische Präsentation der Varianten in Ziffer 6 bildet die Grundlage für die Schlussfolgerungen und Empfehlungen des Bundesrates in Ziffer 7, welche allen angeschnittenen Gesichtspunkten möglichst optimal Rechnung zu tragen suchen.

2 Rechtliche Aspekte

2.1 Bundesgerichtsurteil in Sachen Kodak

Die Frage der nationalen oder internationalen Erschöpfung ist weder im schweizerischen Patentrecht noch in den die Schweiz verpflichtenden internationalen Abkommen geregelt. Die traditionelle schweizerische Rechtslehre befürwortet im Patentrecht die (uneingeschränkte) nationale Erschöpfung⁴. Die kantonale Rechtsprechung hat sich bisher ebenfalls überwiegend für die nationale Erschöpfung ausgesprochen⁵. Von einem Teil der Doktrin wird in jüngerer Zeit allerdings unter Berufung auf die Handels- und Gewerbefreiheit, das aussenwirtschaftliche Umfeld und die Interessen der Konsumentinnen und Konsumenten der Grundsatz der internationalen Erschöpfung vertreten⁶.

Das Bundesgericht kam in seinem Urteil vom 7. Dezember 1999 zum Schluss, dass für den Bereich des Patentrechts das Prinzip der nationalen Erschöpfung gelte. Es machte aber eine wichtige Einschränkung, indem es das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) für anwendbar erklärte. Im Ergebnis kann sich der Patentinhaber auf Grund dieses Urteils Parallelimporten patentierter Güter in die Schweiz widersetzen, im Unterschied zur traditionellen Rechtsauffassung aber nur so weit, als damit nicht eine kartellrechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung verbunden ist. Das Gericht setzte dem Grundsatz der nationalen Erschöpfung mithin Grenzen und fand für den Interessenkonflikt der involvierten Wirtschaftsgruppen über eine Abgrenzung von Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht eine differenzierte Lösung⁷: Sofern die rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen beim erstmaligen Inverkehrbringen im In- und Ausland vergleichbar seien, verleihe das Patentrecht dem Rechtsinhaber mit der Kontrolle über die Einfuhr eine „überschießende Rechtsmacht“. Dieser könne sich nämlich der Einfuhr der mit seiner Zustimmung im Ausland in Verkehr gebrachten patentgeschützten Güter widersetzen, auch wenn er den durch das Patentrecht gesicherten Marktwert der Erfindung habe realisieren können. Die „überschießende Rechtsmacht“ ergebe sich mithin nicht ausschliesslich aus der Patentgesetzgebung. Artikel 3 Absatz 2 KG⁸ schliesse in diesem Fall die Anwendung des Kartellgesetzes nicht aus, sondern erlaube es Missbräuche bei der Ausübung der „überschießenden Rechtsmacht“ mit den Mitteln des Kartellgesetzes zu ahnden. Das Bundesgericht hielt in dieser Hinsicht fest, dass wesentliche Preisunterschiede beim ersten Inverkehrbringen patentrechtlich geschützter Güter

⁴ BGE i.S. Kodak, E. 5a m.w.N.

⁵ BGE i.S. Kodak, E. 5c m.w.N.

⁶ BGE i.S. Kodak, E. 5b m.w.N.

⁷ BGE i.S. Kodak, E. 9.

⁸ Art. 3 Abs. 2 KG lautet: „Nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben.“

im In- und Ausland bei vergleichbaren wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen auf einen kartellrechtlich verpönten Missbrauch schliessen liessen. Das Bundesgericht kam daher zum Schluss, dass es bei dieser Rechtslage nicht ersichtlich sei, „weshalb der erwünschte Wettbewerb auf der Handelsstufe nach der ersten Inverkehrsetzung einer patentierten Ware mit kartellrechtlichen Mitteln weniger gut gefördert werden kann als mit Parallelimporten“⁹.

Für das Bundesgericht war ausserdem entscheidend, dass eine einseitig statuierte internationale Erschöpfung den zwischen den unterschiedlichen Wirtschaftsgruppen bestehenden Interessenkonflikt nicht angemessen auszugleichen und den vom schweizerischen Patentrecht gesicherten Marktwert der Erfindung nicht zu gewährleisten vermöge¹⁰. Weiter wies das Bundesgericht darauf hin, dass die traditionelle Auffassung für das Patentrecht von der nationalen Erschöpfung ausgehe¹¹ und Unterschiede zwischen Marken- und Urheberrecht einerseits und Patentrecht andererseits eine einheitliche Behandlung nicht als zwingend erscheinen liessen¹². Schliesslich führte das Bundesgericht an, dass in rechtsvergleichender Hinsicht fast alle Staaten von der nationalen Erschöpfung ausgingen, die im Europäischen Wirtschaftsraum zur regionalen Erschöpfung erweitert werde¹³.

2.2 Parallelimporte und Patentrecht

2.2.1 Grundrechtliche Aspekte

Das geistige Eigentum wird nach Lehre und Praxis durch die Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999, BV; SR 101) gewährleistet¹⁴. Die aus einem Patent berechtigten Personen können sich hinsichtlich der Ausübung ihrer patentrechtlichen Befugnisse folglich auf ein Verfassungsrecht berufen. Diesem Grundrecht stehen bei Parallelimporten die Anliegen der Konsumenten und der Händler gegenüber, die sich hinsichtlich des erworbenen Sacheigentums auf die Eigentumsgarantie sowie im Rahmen der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) berufen können.

Diesem Grundrechtskonflikt gilt es in der Diskussion Rechnung zu tragen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass zu den eigentlichen Rechten aus dem schweizerischen Patent unabdingbar die Monopolstellung beim erstmaligen Inverkehrbringen patentgeschützter Produkte unter den Bedingungen gehört, wie sie die schweizerische Rechts- und Wirtschaftsordnung gewährleistet¹⁵.

2.2.2 Unterschiedliche Behandlung der Immaterialgüterrechte

Das Bundesgericht hat für das Markenrecht in seinem Urteil in Sachen Chanel¹⁶ und für das Urheberrecht im Entscheid Nintendo¹⁷ erkannt, dass die Befugnisse der Inhaber dieser Schutzrechte erschöpft sind, wenn urheberrechtlich geschützte oder mit einer Marke versehene Waren von den Berechtigten (oder mit ihrem Einverständnis) im Ausland in Verkehr gebracht worden sind (Grundsatz der internationalen Erschöpfung). Vielfach wird auf die Rechtslage im Urheber- und im Markenrecht hingewiesen und eine einheitliche Behandlung aller Immaterialgüter postuliert¹⁸. Indessen gilt es, folgende Besonderheiten im Patentrecht zu beachten:

⁹ BGE i.S. Kodak, E. 9c.

¹⁰ BGE i.S. Kodak, E. 8.

¹¹ BGE i.S. Kodak, E. 5.

¹² BGE i.S. Kodak, E. 6.

¹³ BGE i.S. Kodak, E. 7.

¹⁴ BGE i.S. Kodak, E. 8a m.w.N.

¹⁵ BGE i.S. Kodak, E. 8c dd.

¹⁶ BGE 122 III 469.

¹⁷ BGE 124 III 321.

¹⁸ Im Rahmen der Totalrevision des Filmgesetzes hat sich die Expertenkommission Moor auch mit der Problematik der Parallelimporte von audiovisuellen Werken auseinandergesetzt. Der Entwurf zu einem Bundesgesetz über Film-

Die Funktion des Patents:

Eine Marke hat die Funktion, die Produkte und Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Sie hat im Unterschied zum Patent also keine innovationsfördernde, sondern eine Kennzeichnungs- bzw. Herkunftsfunktion. Diese wird durch Parallelimporte nicht beeinträchtigt¹⁹.

Das Urheberrecht hat die Funktion, das kreative, künstlerische Schaffen zu fördern, dient aber grundsätzlich nicht der Förderung der technischen Innovation (ausgenommen Computerprogramme, deren Schutz durch das Patentrecht zur Diskussion steht).

Der Patentschutz ist demgegenüber Lohn und Anreiz für immer neue wertschöpfende Sonderleistungen auf dem Gebiet der Technik. Das Patentrecht dient mithin der Förderung des technischen Fortschritts im Interesse der Allgemeinheit, welche von den Forschungsergebnissen und -resultaten profitiert, die in der Patentschrift offenbart werden.

Die kurze Schutzdauer des Patents:

Die Markengesetzgebung erlaubt es dem Inhaber einer Marke, sein Schutzrecht unbeschränkt zu erneuern. Erneuert der Markeninhaber sein Recht regelmässig, so fällt die Marke also nie an die Öffentlichkeit zur freien Nutzung. Der Markeninhaber profitiert insoweit von einem zeitlich unbegrenzten Schutz.

Das Urheberrecht verschafft dem Urheber und seinen Rechtsnachfolgern bis 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers (bei Computerprogrammen bis 50 Jahre) immaterialgüterrechtlichen Schutz und damit eine sehr lange Verwertungsfrist.

Die Schutzdauer eines Patents ist demgegenüber auf 20 Jahre begrenzt. Bei Arznei- und Pflanzenschutzmitteln kann die Schutzdauer durch so genannte ergänzende Schutzzertifikate um maximal fünf Jahre verlängert werden. Diese bringen einen Ausgleich für einen Teil des Verlusts der effektiven Schutzdauer als Folge der zeitaufwendigen behördlichen Marktzulassungsverfahren. Dem Patentinhaber steht damit eine vergleichsweise kurze Zeit für die Amortisation seiner Investitionen zur Verfügung. Nach Ablauf der Schutzdauer fällt die Erfindung in den Bereich der Gemeinfreiheit, das heisst, sie kann von jedermann frei genutzt werden.

Die Kosten:

Im Schrifttum wird verschiedentlich auf die hohen Forschungs- und Entwicklungskosten für innovative Produkte hingewiesen. Insbesondere im Heilmittelbereich sowie im Bereich der neuen Technologien dürfte der Investitionsbedarf die Kosten für die Erlangung und Aufrechterhaltung einer Marke oder den finanziellen Aufwand für die Schaffung eines urheberrechtlich geschützten Werkes oftmals übertreffen. Investitionen in urheberrechtlich geschützte Computerprogramme können freilich den finanziellen Aufwendungen einer Patententwicklung entsprechen. Auch in der Sache besteht hier ein Bezug zum Patentrecht, weshalb der Schutz von Computerprogrammen durch das Patentrecht derzeit geprüft wird. Im Bereich der traditionellen urheberrechtlich geschützten Werke werden etwa in der Filmbranche hohe Investitionen getätigt, die allerdings über eine gestaffelte Nutzung (Filmvorführung, Videoverleih, Videoverkauf) amortisiert werden können. Eine differenzierte Betrachtungsweise, welche auch Renditevergleiche zwischen patent-, urheber- und markenrechtlich geschützten Erzeugnissen berücksichtigt, erscheint daher angezeigt.

Bei einer differenzierten Handhabung der Erschöpfung im Patentrecht einerseits und im Marken- sowie Urheberrecht andererseits bestehen Befürchtungen, Inhaber von Markenrechten könnten versucht sein, Parallelimporte markenrechtlich geschützter Waren künftig zu unterbin-

produktion und Filmkultur vom 6. April 1999 schlägt in seinen Schlussbestimmungen (vgl. Art. 35 des Entwurfs) vor, für den Bereich audiovisueller Werke – und somit für einen Teilbereich des Urheberrechts – die nationale Erschöpfung festzuschreiben. Die vorgeschlagene Änderung der Erschöpfungsregelung für audiovisuelle Werke stiess im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens auf fast einhellige Zustimmung.

¹⁹ BGE i. S. Kodak, E. 6a.

den, indem sie die Waren mit patentrechtlich geschützten Teilen anreichern, um dann gestützt auf das Patentrecht gegen Parallelimporte der Markenware vorgehen zu können. Diese Bedenken sind an sich nicht unberechtigt. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass ein schon bisher möglicher Doppelschutz – soweit ersichtlich – noch nicht dazu verwendet wurde, um Importe von Markenwaren zu unterbinden, obschon im Bereich der Marken traditionell von der internationalen, im Patentrecht dagegen von der nationalen Erschöpfung ausgegangen wurde. Ein solches Vorgehen könnte ausserdem als rechtsmissbräuchlich angesehen werden und damit unzulässig sein, namentlich wenn der patentierte Zusatz für die Ware von untergeordneter Bedeutung ist. Insofern dürfte sich aus dem Umstand, dass Waren zugleich marken- und patentrechtlich geschützt sein können, kaum ein entscheidendes Argument für eine übereinstimmende Handhabung der Erschöpfung für alle Immaterialgüterrechte ableiten lassen.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass auf Grund der Unterschiede zwischen Marken- und Urheberrecht einerseits und Patentrecht andererseits eine einheitliche Behandlung der Erschöpfungsfrage nicht zwingend ist.

2.2.3 Innovationspolitische Aspekte

2.2.3.1 Allgemeines

Die Erfinder, die der Allgemeinheit einen technischen Fortschritt verschaffen, werden mit einem zeitlich (auf maximal 20 Jahre), territorial (auf das Gebiet des Schutzerteilungsstaates) und inhaltlich (auf die patentierte Erfindung) beschränkten Ausschliesslichkeitsrecht belohnt. Dieses verschafft seinen Inhabern das ausschliessliche Recht, die Erfindung gewerbsmässig zu benützen. Als Benützung gelten neben dem Gebrauch und der Ausführung insbesondere auch das Feilhalten, der Verkauf, das Inverkehrbringen sowie die Einfuhr zu diesen Zwecken (Art. 8 des Patentgesetzes vom 25 Juni 1954, PatG; SR 232.14). Dieses ausschliessliche Nutzungsrecht „beruht auf dem Gedanken der Belohnung für die Bereicherung der Technik und soll dem Erfinder eine Gegenleistung für die Veröffentlichung der Erfindung zugunsten der Allgemeinheit verschaffen. Das befristete Monopol soll dem Patentinhaber die Erzielung eines Gewinnes und die Amortisation seiner Aufwendung ermöglichen und insofern mit wirtschaftlichen Anreizen zur Forschungstätigkeit motivieren“²⁰. Nach Ablauf der Patentschutzdauer wird die Erfindung zur gewerbsmässigen Benützung durch jedermann frei, wobei die Erfindung der Allgemeinheit schon im Zeitpunkt der Patenterteilung bekannt gemacht wird. Der Patentschutz stellt so ein Gleichgewicht zwischen den Interessen der Erfinder einerseits und denjenigen der Allgemeinheit andererseits her. Das Patentrecht ist mithin ökonomisch motiviert und verfolgt unter dem Aspekt der Innovationsförderung wichtige wirtschaftspolitische Ziele. Jede gesetzliche Regelung der Parallelimporte sollte dieser innovationspolitischen Zielsetzung neben den wettbewerbs-, handels- und integrationspolitischen Anliegen Rechnung tragen.

Die Frage, ob mit einer Statuierung der internationalen Erschöpfung die widerstrebenden Interessen der beteiligten Rechtsinhaber, Händler und Konsumenten angemessen ausgeglichen werden können, so dass der Innovationsanreiz gewährleistet ist, wird unterschiedlich beurteilt. Das Bundesgericht sprach sich für die folgende Betrachtungsweise aus: Ein wirksamer Schutz der Innovationstätigkeit erfordere, dass Parallelimporte aus Ländern, deren rechtliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen nicht mit denjenigen der Schweiz vergleichbar seien, unterbunden werden könnten. Das Bundesgericht fasste dies in den beiden folgenden Kernsätzen zusammen: „Zu den eigentlichen Rechten aus dem schweizerischen Patent gehört [...] unabdingbar die Monopolstellung bei der erstmaligen Inverkehrsetzung patentgeschützter Produkte unter den Bedingungen, wie sie die schweizerische Rechts- und Wirtschaftsordnung gewährleistet. Diese soll dem Patentinhaber im Inland auch dann zustehen, wenn im Ausland mit seinem

²⁰ BGE i.S. Kodak, E. 8a.

Einverständnis Waren unter nicht vergleichbaren Bedingungen in Verkehr gebracht worden sind“²¹.

2.2.3.2 Regulierte Märkte

Internationale Preisdifferenzen patentrechtlich geschützter Waren lassen sich nicht pauschal als willkürliche Preisbarrieren qualifizieren, sondern können auch auf wirtschaftlich und rechtlich unterschiedliche Rahmenbedingungen, namentlich geringere Kaufkraft, fehlenden Patentschutz oder staatlich administrierte Preise im Land des ersten Inverkehrbringens zurückgeführt werden²². Hier unterscheidet sich die Situation im Patentrecht von derjenigen bei anderen Schutzrechten, da Objekte des Patentrechts verbreitet existenzielle Bedürfnisse befriedigen. Es handelt sich nicht nur um gängige Konsumgüter. Ihre Vermarktung ist daher vielfach Gegenstand staatlicher (Preis- und Zulassungs-)Regulierung. Im Bereich der Arzneimittel beispielsweise werden die Preise durch Höchstpreisvorschriften mit Blick auf die Gesundheitskosten und unter Hinweis auf die Bereitstellung einer medizinischen Grundversorgung vielerorts künstlich gesenkt²³. Bei der Frage der Zulässigkeit von Parallelimporten muss den unterschiedlichen wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen und dem Vorhandensein regulierter Märkte Rechnung getragen werden, damit unerwünschte Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden können. Das Bundesgericht hat einen Ansatz einer differenzierten Behandlung der Parallelimporte im Rahmen der Abgrenzung zwischen Patent- und Wettbewerbsrecht anhand des Kriteriums der vergleichbaren rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen im In- und Ausland aufgezeigt.

2.2.4 Ergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass immaterialgüterrechtliche und innovationspolitische Überlegungen gegen eine undifferenzierte Statuierung des Grundsatzes der internationalen Erschöpfung im Patentrecht sprechen. Jedenfalls bei regulierten Märkten würde das Prinzip der internationalen Erschöpfung unerwünschte Wettbewerbsverzerrungen mit sich bringen. Umgekehrt führt eine Lösung auf der Grundlage der nationalen Erschöpfung unter dem Gesichtspunkt weiterer Interessen unter bestimmten Umständen zu einer überschüssenden Rechtsmacht des Patentrechthinhabers. Dies legt einen differenzierten Ansatz nahe, der den materiellen Gehalt der Immaterialgüterrechte gewährleistet, ohne wettbewerbspolitische Aspekte ausser Acht zu lassen.

2.3 Parallelimporte und Wettbewerbsrecht

2.3.1 Problematik

Das am 1. Juli 1996 in Kraft getretene totalrevidierte Kartellgesetz bezweckt, den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern. Der Preisüberwacher seinerseits verhindert oder beseitigt die missbräuchliche Erhöhung und Beibehaltung von Preisen (Art. 4 Abs. 2 Preisüberwachungsgesetz, PüG; SR 942.20). Die Verhinderung von Parallelimporten, entweder gestützt auf die nationale Erschöpfung im Patentrecht oder auf privatrechtliche Vereinbarungen, kann dagegen Preisdiskriminierungen ermöglichen und den Wettbewerb beschränken.

²¹ BGE i.S. Kodak, E. 8c dd. Vgl. dazu die ökonomischen Ausführungen in Ziff. 3.2.

²² BGE i.S. Kodak, E. 8c cc.

²³ S. Ziff. 5.

Nachfolgend wird gezeigt, welche Mittel das Kartellgesetz und das Preisüberwachungsgesetz zur Verfügung stellen, um solchen Wettbewerbsbeschränkungen zu begegnen. Insbesondere wird das Verhältnis zwischen Immaterialgüterrechten und Kartellgesetz beschrieben.

2.3.2 Anwendbarkeit und Eingriffsvoraussetzungen des Kartellgesetzes

Das Verhältnis zwischen dem Kartellgesetz einerseits und den Immaterialgüterrechten andererseits wird in Artikel 3 Absatz 2 KG geregelt. Demnach fallen jene "Wettbewerbsbeschränkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben", nicht unter das Kartellgesetz. Dieser Vorbehalt ist restriktiv zu interpretieren, da nur diejenigen Wettbewerbswirkungen nicht unter das Gesetz fallen, welche sich "ausschliesslich" aus Immaterialgüterrechten ergeben. Bis zum Bundesgerichtsurteil in Sachen Kodak gab es keine Rechtsprechung des Bundesgerichts zu dieser Bestimmung.

2.3.2.1 Rechtslage nach dem Bundesgerichtsurteil in Sachen Kodak

In seinem Urteil in Sachen Kodak hat das Bundesgericht auf nationale Erschöpfung im Patentrecht erkannt, gleichzeitig aber in Bezug auf Artikel 3 Absatz 2 KG entschieden, dass das patentrechtliche Einfuhrmonopol dem Rechtsinhaber dort eine „überschiessende Rechtsmacht“ einräumt, wo die rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen des ersten Inverkehrbringens im Ausland mit den Bedingungen in der Schweiz vergleichbar sind. In diesen Fällen ist das Kartellgesetz auch bei nationaler Erschöpfung im Patentrecht anwendbar.

Am Beispiel des bundesgerichtlich beurteilten Sachverhalts könnte die Jumbo Markt AG also allenfalls geltend machen, dass die rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen in Grossbritannien und der Schweiz vergleichbar seien, der Rechtsinhaberin (Kodak) aus dem patentrechtlichen Einfuhrmonopol daher eine „überschiessende Rechtsmacht“ erwachse und das Kartellgesetz somit anwendbar sei.

Zudem indiziert gemäss Bundesgericht ein „wesentlicher Preisunterschied“ beim ersten Inverkehrbringen in der Schweiz im Vergleich zum Ausland einen kartellrechtlich verpönten Missbrauch, wenn die wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen vergleichbar sind.

Einige mit dem Urteil in Sachen Kodak verbundene Detailfragen der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes sind noch nicht beantwortet. Die weitere Praxis wird zeigen, inwiefern das Kartellgesetz die ihm zugedachte Rolle als Korrektiv gegen auf nationaler Erschöpfung basierende Preismissbräuche erfüllen kann. Von Bedeutung ist, dass zunächst die Begriffe des „wesentlichen Preisunterschiedes“ und der „vergleichbaren wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen“ zu klären sind. Auch wenn es das Bundesgericht offen gelassen hat, kann bei Vorliegen der zwei genannten Voraussetzungen nicht generell auf kartellrechtliche Unzulässigkeit geschlossen werden, sondern es müssen die übrigen Voraussetzungen gemäss Kartellgesetz vorliegen²⁴.

Festzuhalten ist, dass (anders als bei der nachfolgend dargestellten internationalen Erschöpfung) bei nationaler Erschöpfung Parallelimporte durch den Rechtsinhaber gestützt auf das Patentrecht zunächst verhindert werden können. Das Patentrecht kann somit als „staatliche Marktzutrittsschranke“²⁵ eingesetzt werden. Es liegt dann am Parallelimporteur, die Wettbe-

²⁴ Vgl. zu den Eingriffsvoraussetzungen unten Ziff. 2.3.2.3.

²⁵ Marktzutrittsschranken sind aus der Sicht der etablierten Unternehmen alle Faktoren, die es ihnen erlauben, sich dem Wettbewerbsdruck potenzieller Konkurrenten zu entziehen. Aus der Sicht der potenziellen Konkurrenten geht es um Kosten, die ihre Gewinnerwartungen bei einem möglichen Marktzutritt schmälern. Neben Marktzutrittsschranken, die auf Entscheidungen der Wirtschaftssubjekte zurückzuführen sind (private Marktzutrittsschranken), gibt es auch solche, die ihre Ursache in den vom Staat gesetzten rechtlichen Rahmenbedingungen des Wirtschaftens bzw. in

werkskommission oder den Zivilrichter anzurufen, um gestützt auf die Bestimmungen des Kartellgesetzes eine Behinderung von Parallelimporten zu beseitigen.

2.3.2.2 Rechtslage bei internationaler Erschöpfung im Patentrecht

Die Einführung der internationalen Erschöpfung im Patentrecht führt dazu, dass das Patentrecht nicht herangezogen werden kann, um den Import von Originalwaren zu verhindern. Das Kartellgesetz wäre damit vollumfänglich auf Sachverhalte der Behinderung von Parallelimporten - wie z.B. vertragliche Vereinbarungen zwischen Produzenten und Händlern, welche die Vertragshändler verpflichten, die Ware nur in einem bestimmten Gebiet zu verkaufen (vertikale Vereinbarungen) - anwendbar. Bei internationaler Erschöpfung fällt somit die Möglichkeit weg, das Patentrecht als staatliche Marktzutrittsschranke einzusetzen.

2.3.2.3 Eingriffsvoraussetzungen des Kartellgesetzes

Die Behinderung von Parallelimporten ist nur dann kartellrechtlich unzulässig, wenn die Voraussetzungen nach Artikel 5 oder 7 KG gegeben sind. Somit muss entweder eine unzulässige Wettbewerbsabrede oder eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens nachgewiesen werden.

Allgemein gilt, dass die Behinderung von Parallelimporten kartellrechtlich unbedenklich ist, wenn der wirksame Wettbewerb gewährleistet bleibt. Dies dürfte insbesondere dann der Fall sein, wenn in der Schweiz genügend Substitute desjenigen Produktes vorhanden sind, bei dem Parallelimporte behindert werden.

Vertragliche Exportverbote, mit denen der Hersteller ausländischen Vertreibern die Veräusserung seiner patentgeschützten Waren zum Weiterverkauf in der Schweiz untersagt, um Parallelimporte in die Schweiz zu verhindern, können als Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 5 KG erfasst werden. Beeinträchtigen solche Vereinbarungen den Wettbewerb erheblich und sind sie nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt oder eröffnen sie die Möglichkeit, den Wettbewerb zu beseitigen, so müssten sie nach Artikel 5 KG als unzulässig beurteilt werden. Bei Vorliegen der vom Bundesgericht im Urteil in Sachen Kodak genannten Voraussetzungen könnte sich der inländische Rechtsinhaber zwecks Unterbindung von Parallelimporten nicht mehr auf das Patentrecht berufen.

Die vom Bundesgericht angesprochenen Missbrauchstatbestände beziehen sich dagegen auf Artikel 7 KG und setzen demnach eine marktbeherrschende Stellung gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG voraus. Das durch das Patentgesetz eingeräumte ausschliessliche Recht schafft nicht automatisch eine marktbeherrschende Stellung. Ob Marktbeherrschung im Einzelfall gegeben ist, hängt von der Bedeutung der patentierten Erzeugnisse auf dem relevanten Markt ab, d.h. andere Produkte, welche diese Erzeugnisse ersetzen können, sind mit zu berücksichtigen. Das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung ist eine Voraussetzung für den Nachweis einer missbräuchlichen Verhaltensweise, z.B. überhöhter Preise gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG. Ist eine marktbeherrschende Stellung gegeben, so ist dem Rechtsinhaber weiter eine missbräuchliche Verhaltensweise nachzuweisen. Dabei kann der Rechtsinhaber immer noch darlegen, dass die unterschiedliche Preispolitik kaufmännischen Grundsätzen (legitimate business reasons) entspricht und demnach keine missbräuchliche Verhaltensweise darstellt²⁶.

Im Fall Kodak wäre abzuklären, ob Kodak in Bezug auf Farbfilme und Einwegkameras eine marktbeherrschende Stellung inne hat. Dabei wäre insbesondere zu berücksichtigen, ob es

konkreten Massnahmen staatlicher Wirtschaftspolitik (staatliche Marktzutrittsschranken) haben (s. Ingo Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 5. Auflage, Stuttgart 1996, S. 64 f.).

²⁶ S. BBl 1995 I 570.

Anbieter von anderen Einwegkameras und Farbfilmen gibt (oder ob solche rasch Zutritt zum Schweizer Markt haben könnten), die in der Lage sind, die Marktmacht von Kodak zu begrenzen und auf diese Weise bereits Preismissbräuche auszuschliessen. Käme die WEKO zum Schluss, dass eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, so müsste weiter untersucht werden, ob sich die Preisunterschiede, welche zwischen Grossbritannien und der Schweiz bestehen, nicht durch sachliche Gründe (z.B. Kosten für Vertriebsorganisation, Werbung) rechtfertigen lassen. Liegen keine sachlichen Gründe vor, so hätte der schweizerische Händler gemäss Bundesgericht gestützt auf das Kartellgesetz Anspruch auf Abschluss von marktgerechten Vertriebsverträgen.

2.3.3 Anwendbarkeit und Eingriffsvoraussetzungen des Preisüberwachungsgesetzes

Im Unterschied zum Kartellgesetz gibt es im Preisüberwachungsgesetz (PüG) keinen expliziten Vorbehalt zugunsten des Immaterialgüterrechts. Preismissbrauch von marktmächtigen Anbietern bleibt grundsätzlich Preismissbrauch, unabhängig vom Status des Anbieters. Entwicklungsvorsprünge und Innovationen können gegebenenfalls über Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe d PüG honoriert werden.

Auch in Bezug auf das PüG ist hervorzuheben, dass eine patentgeschützte Ware in aller Regel im Wettbewerb mit anderen Erzeugnissen steht. Auch das PüG (wie das KG²⁷) greift bei patentgeschützten Waren somit nicht automatisch.

2.3.4 Ergebnis

In Märkten, in denen genügend Substitute für ein patentrechtlich geschütztes Gut vorhanden sind, dürfte der Rechtsinhaber gestützt auf sein Patentrecht nicht die Möglichkeit haben, den wirksamen Wettbewerb einzuschränken oder zu beseitigen. Auf solchen Märkten bedarf es keiner Korrektur durch den Gesetzgeber. In anderen Märkten kann der Patentinhaber seine „überschiessende Rechtsmacht“ aus dem Patent missbrauchen. Mit dem Urteil in Sachen Kodak steht in diesem Fall fest, dass die materiellen Vorschriften des Kartellgesetzes – unter gewissen Bedingungen – anwendbar sind. Grundsätzlich steht somit eine Möglichkeit zur Verfügung, eine missbräuchliche Ausnützung „überschiessender Rechtsmacht“ anzugehen, welche sich bei der nationalen Erschöpfung des Patentschutzes ergeben kann. Die weitere Praxis wird allerdings zeigen, inwiefern das Kartellgesetz die ihm zugeordnete Rolle als Korrektiv erfüllen kann.

3 Wirtschaftliche Aspekte

In Ziffer 3.1 wird ausgeführt, welche volkswirtschaftlichen Werte Patente verkörpern und in welchen Märkten Parallelimporte potenziell zu Preissenkungen führen könnten. Ziffer 3.2 zeigt den ökonomischen Hintergrund des Patentrechts auf. In Ziffer 3.3 werden einige Überlegungen zum Nutzen und Schaden von Preisdifferenzierungen angestellt und dargelegt, inwieweit Parallelimporte voraussichtlich zu Preissenkungen führen könnten. Produktemärkte unterliegen nicht immer denselben staatlichen Rahmenbedingungen; dementsprechend können sich Parallelimporte unterschiedlich auswirken. Es ist zweckmässig, bei der ökonomischen Betrachtung zwei Grundformen von Märkten zu unterscheiden, nämlich die gewöhnlichen und die staatlich preisregulierten Märkte²⁸. Deshalb wird in Ziffer 3.4 geprüft, ob die Überlegungen in den vorangehenden Teilen auch in staatlich preisregulierten Märkten Gültigkeit haben.

²⁷ Vgl. Ziff. 2.3.2.3

²⁸ Vgl. Ziff. 1.2

3.1 Wirtschaftlicher Stellenwert der Regelung der Parallelimporte patentierter Güter

Ausgangspunkt der wirtschaftlichen Überlegungen sind die Fragen, auf welchen Märkten patentierten Gütern überhaupt eine grössere Rolle zukommt und wie gross auf diesen Märkten die internationalen Preisunterschiede sind. Leider ist die statistische Ausgangslage zur Beantwortung dieser Fragen schlecht. Soweit entsprechende Angaben vorhanden sind, unterliegen sie dem Statistik-, dem Steuer- oder dem Amtsgeheimnis. Eine Annäherung an eine Antwort ist deshalb nur indirekt, über Indikatoren aus verwandten Statistiken, möglich.

Die Schweiz ist ein bedeutender Forschungs- und Entwicklungsstandort. Nach den letzten Erhebungen des Bundesamtes für Statistik gab die Schweiz im Jahre 1996 fast 10 Milliarden Franken für Forschung und Entwicklung aus. 71% der Ausgaben, d.h. über 7 Milliarden Franken, wurden von der Privatwirtschaft getätigt. Dieser Betrag entspricht 2,75% des Bruttoinlandsprodukts. Im internationalen Vergleich setzte sich die Schweiz mit diesem hohen Forschungs- und Entwicklungsaufwand (relativ zum Bruttoinlandsprodukt) nach Schweden, Japan und Korea an die vierte Stelle der Länder mit den weltweit höchsten Forschungsausgaben und rangierte damit noch vor den Vereinigten Staaten²⁹. Die Schweiz hat zudem die weltweit höchste Patentdichte (angemeldete Patente pro Kopf der Bevölkerung)³⁰.

Wie die Forschungs- und Entwicklungsstatistik zeigt, wurden 1992 in der Schweiz 82% der privaten Gesamtinvestitionen für Forschung und Entwicklung (F&E) in Chemie, Elektrotechnik und Maschinenindustrie getätigt. Laut Angaben der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) ist die Struktur der F&E-Investitionen nach Branchen ausgeglichener, die Chemie und die von Ingenieuren hergestellte Technologie stehen aber ebenfalls an der Spitze. Die Anzahl Patente pro Forschungsfeld bestätigt die Hinweise, welche durch die Investitionen in F&E gegeben werden: Weltweit am meisten Patente bringen Chemie (einschliesslich Agrochemie), Pharma (einschliesslich Medizinaltechnik), Biotechnologie, Sensortechnik, Elektrotechnik und Elektronik, neue Materialien, Optik und Metallurgie hervor.

Preisstatistiken geben einen Hinweis darauf, welche Güter und Dienstleistungen vor allem zum Ruf der Schweiz als teures Land beitragen. Die Preisunterschiede zwischen der Schweiz und der EU sind in den folgenden Sektoren besonders gross: Nahrungsmittel, öffentlicher Verkehr, Wohnungsbau, öffentliche Dienste, Gesundheit, Freizeit und Kultur. In den genannten Bereichen spielt der Patentschutz indessen nur eine marginale Rolle. Anders ist dies nur im (preis-)regulierten Gesundheitssektor. Die erwähnten Preisdifferenzen lassen sich mithin nicht durch den Patentschutz erklären.

Die Preisunterschiede zwischen den EU-Ländern können für die vorliegende Untersuchung ebenfalls aufschlussreich sein, entfällt doch auf Grund des Prinzips der regionalen Erschöpfung das Argument des Patentschutzes als erklärende Ursache. Die Angaben von EUROSTAT machen deutlich, dass in der EU weiterhin bedeutende Preisunterschiede bestehen. Dies legt die Vermutung nahe, dass die Ausgestaltung des Patentschutzes als Argument nicht ausreicht, um Preisdifferenzen zwischen den Regionen zu erklären.

Es stellt sich also die Frage, wie die internationalen Preisunterschiede vor allem erklärt werden können:

- Die Preisbildung steht in engem Zusammenhang mit der internationalen Handelbarkeit eines Gutes. Ist ein Gut nicht handelbar, so können grosse Preisdifferenzen zwischen den Regionen ohne weiteres aufrecht erhalten werden. Von ihrer Natur her können patentierbare Güter gehandelt werden.

²⁹ Vgl. Bundesamt für Statistik, Science et Technologie en Suisse, Vue d'ensemble 1996/97, Neuchâtel 1998, S. 38.

³⁰ B. Hotz-Hart / C. Küchler, Technologieportfolio und Wettbewerbsfähigkeit des Industriestandortes Schweiz, eine Patentanalyse, Bern 1992, S. 21 ff.

- Bestehen bei handelbaren Gütern trotzdem Preisunterschiede, so können diese auch auf die staatliche Wirtschaftspolitik zurückgeführt werden. Im Verhältnis Schweiz-EU stechen diesbezüglich die Nahrungsmittel heraus. Hier gestattet vor allem ein massiver tarifärer Grenzschutz die markanten Preisunterschiede. Teure Vorleistungen der Landwirtschaft wegen des Patentschutzes auf Erzeugnissen der Agrochemie sind als Ursache dieser Preisunterschiede heute höchstens zweitrangig.
- Polizeirechtliche Zulassungsverfahren und Aufnahmebedingungen für gesundheits- und umweltgefährdende Stoffe sowie staatliche Preisregulierungen sind weitere Elemente, die Preisunterschiede erklären können.
- Die Verhältnisse in den gewöhnlichen Märkten der Investitionsgüter weisen darauf hin, dass das Patentrecht als Ursache für Preisunterschiede bestenfalls an vierter Stelle steht. Obwohl beispielsweise die Maschinenindustrie viel Geld in F&E steckt, finden sich bei deren Erzeugnissen am wenigsten Preisdifferenzierungen. Der Grund dürfte die starke Konkurrenz unter den zwar sehr spezialisierten, aber doch substituierbaren Produkten sein.

Soweit es die Datenlage überhaupt zulässt, kann ein erstes Fazit somit lauten:

- Patente sind in der Schweiz vor allem in den Bereichen Pharma, (Agro-)Chemie, Elektrotechnik und Maschinen von Bedeutung.
- Die grössten Preisunterschiede bestehen in Branchen, in denen der Patentschutz keine oder eine bloss marginale Rolle spielt.
- Eine Ausnahme bilden die (preis-)regulierten Pharma-Märkte, in denen Patente eine grosse Rolle spielen. Ob hier Preisunterschiede auf die Ausgestaltung des Patentrechts zurückzuführen sind, ist vertieft abzuklären.

3.2 Ökonomie des Patentrechts

Die ökonomische Erklärung der Funktion des patentrechtlichen Ausschliesslichkeitsrechts³¹ beruht auf der Erkenntnis, dass es sich bei immateriellen Schöpfungen um sog. „öffentliche“ Güter handelt. Ein öffentliches Gut weist im Vergleich zu anderen Wirtschaftsgütern insbesondere die Sondereigenschaft auf, dass Dritte von der Nutzung dieses Gutes nicht effektiv ausgeschlossen werden können, so dass sich in einem freien Markt nicht verhindern lässt, dass Marktteilnehmer die von anderen geschaffenen Güter wirtschaftlich nutzbar machen, ohne sich an deren Gestehungskosten zu beteiligen (sog. Trittbrettfahrerproblematik).

Eine rein marktmässige Bereitstellung eines öffentlichen Gutes führt auf Grund der genannten Eigenschaften zu seiner Unterversorgung: Ist die Entwicklungsleistung erbracht, so können öffentliche Güter zu geringen Kosten (re)produziert und angeboten werden. Da die Kosten zur Hervorbringung eines solchen Gutes regelmässig hoch sind, besteht ohne Immaterialgüterrechtsschutz infolge der fehlenden Möglichkeit, Dritte von der Verwendung des Gutes auszuschliessen, kein Anreiz zur Erzeugung solcher Güter. Damit kommt es zu einem sogenannten Marktversagen. Durch die Anerkennung und Zuweisung von übertragbaren Ausschliesslichkeitsrechten werden nicht bezahlende Dritte von der Verwendung dieser Güter ausgeschlossen. Nur durch den im Patent enthaltenen Ausschliesslichkeitsanspruch gelingt es, der Innovation den Charakter eines privaten Gutes zu geben, d.h. das Problem des öffentlichen Gutes zu lösen. Ohne diesen Ausschliesslichkeitsanspruch gäbe es somit weniger Innovationen. In diesem Sinne behebt das Patentrecht das Marktversagen. Kern des Patentrechts ist aus ökonomischer Sicht somit der Schutz vor Imitation durch unberechtigte Dritte.

Innerhalb des schweizerischen Marktes beschränkt das Prinzip der Erschöpfung das Ausschliesslichkeitsrecht des Patentinhabers auf die erstmalige Inverkehrsetzung der patentge-

³¹ Zu den rechtlichen Ausführungen vgl. Ziff. 2.3.3.1.

mässig hergestellten Ware. In Bezug auf Importe des Gutes erlaubt der Patentschutz dem Patentinhaber auf der Grundlage der nationalen Erschöpfung, die Einfuhr von im Ausland mit seiner Zustimmung in Verkehr gebrachten patentgeschützten Gütern zwecks Wiederverkauf zu verbieten. Inwiefern dieses Recht etwas zur Heilung des oben beschriebenen Marktversagens beiträgt, ist fraglich. Der Patentinhaber wehrt sich nämlich gegen die Einfuhr seiner eigenen Produkte, d.h. es handelt sich nicht um Nachahmungen. Somit gefährden Parallelimporte den im Patentrecht verankerten Schutz vor Nachahmung nicht.

An dieser Stelle ist das Argument aufzugreifen, wonach die nationale Erschöpfung im Interesse des Forschungsstandortes Schweiz steht. Zu diesem Punkt hat das Bundesgericht festgehalten, dass ein wirksamer Schutz der Innovationstätigkeit erfordere, dass Parallelimporte aus Ländern, deren rechtliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen nicht mit denjenigen der Schweiz vergleichbar sind, unterbunden werden können³². Aus wirtschaftstheoretischen Gründen erscheint dieser Zusammenhang allerdings fraglich. Was den Zusammenhang zwischen Parallelimporten und Forschungsaufwendungen anbelangt, wären die Auswirkungen für den schweizerischen Markt angesichts dessen Grösse ohnehin gering. Die meisten in der Schweiz gemachten Erfindungen mit grossem wirtschaftlichem Wert werden auf den internationalen Märkten verkauft. Der Rückfluss der Mittel, die in die Entwicklung des Patentes gesteckt wurden, muss aus den globalen Erträgen sichergestellt werden; er ist nur beschränkt vom Preis abhängig, der sich auf dem Schweizer Markt erzielen lässt.

Auch die Aussage, wonach die Forschung ins Ausland verlegt würde, wenn Parallelimporte patentgeschützter Güter uneingeschränkt zugelassen würden, muss auf Grund der ökonomischen Literatur hinterfragt werden. Für Forschungszentren sind verschiedene Standortfaktoren, zum Beispiel das Vorhandensein einer grossen Zahl gut ausgebildeter Forscherinnen und Forscher, tiefer Steuern und hoher Lebensqualität von Bedeutung. Die Möglichkeit zur Verhinderung von Parallelimporten dürfte kaum im Vordergrund stehen, auch wenn ein insgesamt starker Patentschutz ein Entscheidungskriterium bei der Standortwahl sein kann.

Allerdings sind die möglichen Auswirkungen einer Zulassung von Parallelimporten auf den Forschungsstandort Schweiz bisher in keiner empirischen Studie untersucht worden. Dementsprechend lassen sich höchstens theoretische, aber keine empirisch gesicherten Aussagen über die Folgen eines Wechsels zur internationalen Erschöpfung machen.

3.3 Problematik der Preisdifferenzierung

Unter Preisdifferenzierung versteht man den Verkauf eines identischen Gutes zu unterschiedlichen Preisen. Preisdifferenzierungen können wohlfahrtsfördernd oder wohlfahrtsmindernd sein. Wohlfahrtsfördernd wirken Preisdifferenzierungen, wenn sie ein Angebot ermöglichen, welches bei Einheitspreisen auf Grund einer zu schwachen Nachfrage überhaupt nicht zu Stande käme. Kann z.B. ein Hersteller in Gebiet A einen hohen Preis für sein Produkt verlangen und Gebiet A von Gebiet B abschotten, so wird er unter gewissen Umständen auch Gebiet B bedienen, selbst wenn das dortige Preisniveau um einiges tiefer ist.

Dieses Argument kann dort Beachtung finden, wo ethische Gesichtspunkte eine Rolle spielen. Zu denken ist etwa an die Situation, in welcher der Hersteller auf öffentlichen Druck hin Märkte zu Preisen beliefern muss, die mit der tiefen Kaufkraft in diesen Ländern in Einklang stehen (z.B. Lieferung besonders wichtiger Agrochemikalien an Entwicklungsländer). Würde bei einer solchen Konstellation die internationale Erschöpfung eingeführt und gleichzeitig vertikale Abreden unterbunden, so könnten preisgünstige Parallelimporte aus diesen Ländern vorgenommen werden. Allerdings würden letztere dann möglicherweise nicht mehr beliefert, was ethisch kaum zu vertreten wäre.

³² S. Ziff. 2.2.3.1.

Erfolgt eine Abschottung jedoch zwischen Ländern mit vergleichbaren Bedingungen (bezüglich Kaufkraft, Präferenzen der Konsumentinnen und Konsumenten usw.), so hat das Land mit den höheren Preisen ein Interesse, Parallelimporte zuzulassen. Dafür sprechen die Interessen der Kundschaft sowie die günstige Wirkung des Wettbewerbs auf die Effizienz bei Herstellung und Vertrieb. Der Staat soll und kann nicht gegen alle Preisdifferenzierungen vorgehen. Regulierungen, die solche Preisdifferenzen stützen, sind – falls dies gesamtwirtschaftlich angezeigt ist – zu beseitigen. Soweit die wettbewerbsrechtlichen Voraussetzungen hierfür gegeben sind, soll sich der Staat auch gegen private Absprachen zur Preisdifferenzierung wenden. Allerdings dürfte auf gewöhnlichen Märkten der Wettbewerb durch verwandte Produkte (Substitutionskonkurrenz) ausreichen, um übermässige Preisdifferenzierungen zu verhindern.

Es ist zu vermuten, dass auf gewöhnlichen Märkten und bei vergleichbaren Bedingungen die internationale Erschöpfung kurzfristig zu Preissenkungen führen dürfte, soweit nicht ohnehin ein funktionierender Wettbewerb auf den betreffenden Märkten herrscht. Die Unternehmen dürften auf die neuen Rahmenbedingungen allerdings reagieren. Vorstellbar ist etwa, dass die Unternehmen ihre Produkte zeitlich und/oder räumlich differenzieren³³ oder dass sie die Preisdifferenzen verringern, indem sie z.B. die Preise in Niedrigpreisländern anheben und sie in Hochpreisländern unverändert belassen³⁴. Die Hersteller können auch den Vertrieb selbst übernehmen, d.h. vertikal integrieren, und die länderweise Preisdifferenzierung dadurch aufrecht erhalten. Sie können auch die Produkte aus gewissen Märkten zurückziehen³⁵ oder das Angebot verknappen³⁶.

Es kann nicht mit Sicherheit vorausgesagt werden, inwieweit bei Einführung der internationalen Erschöpfung solche Reaktionen in der Schweiz und in den Herkunftsländern der Parallelimporte erfolgen würden.

Aus wirtschaftstheoretischer und ordnungspolitischer Sicht ist die internationale Erschöpfung somit grundsätzlich wünschbar. Über die volkswirtschaftlichen Gesamtauswirkungen eines solchen Systemwechsels lassen sich mangels empirischer Studien allerdings keine gesicherten Aussagen machen. So kann insbesondere nicht erhärtet werden, ob ein Wechsel zur internationalen Erschöpfung im Patentrecht der Schweiz auch tatsächlich tiefere Preise bringt. Auch das Ausmass allfälliger Preissenkungen lässt sich nicht mit Sicherheit vorhersagen.

3.4 Märkte mit staatlichen Preisregulierungen

Staatliche Regulierungen lassen sich auf verschiedene Motive zurückführen, und sie können verschiedene Ausprägungen annehmen. Der Staat kann beispielsweise über polizeirechtliche Zulassungsverfahren für gesundheits- und umweltgefährdende Stoffe Einfluss auf die Rahmenbedingungen des Marktes ausüben. Diese Regelungen werden unter Ziffer 4 behandelt. Nachfolgend sollen Märkte mit staatlichen Preisregulierungen näher angesehen werden.

Preisregulierungen sind insbesondere im Bereich der Arzneimittel anzutreffen. Die unter Ziffer 3.1 festgestellten Preisunterschiede zeigen, dass auch in der EU, welche auf der Grundlage der

³³ So ist z.B. bekannt, dass Pharmaunternehmen neue Produkte in der EU dort am spätesten einführen, wo die Medikamentenpreise am tiefsten (reguliert) sind (vgl. dazu Tim Booer et al. 1999, 262). Die Unternehmen haben auch die Möglichkeit, die Vergleichbarkeit der Produkte durch unterschiedliche Verpackungen, Mengeneinheiten, Ausstattungen und dergleichen mehr zu erschweren (vgl. auch Ahlberg et al. 1999).

³⁴ So gibt es Hinweise, wonach die Automobilindustrie genau dies tut bzw. tun will (vgl. IP/99/60 vom 1. Febr. 1999 zum Bericht der EU-Kommission über die Autopreise).

³⁵ Als Reaktion auf eine Entscheidung der EU im Jahr 1978 hat die Distillers Company Limited ihre Red-Label-Scotch-Marke in Grossbritannien nicht mehr angeboten, damit kein Handel zwischen Grossbritannien, wo diese Marke billiger zu haben war, und dem Kontinent stattfinden konnte (vgl. Duijm 1996).

³⁶ Im Remit-Bericht von 1992 an die EU (zit. in Malueg und Schwartz 1993) wurde festgestellt, dass die Hersteller von Pharmazeutika das Angebot in Niedrigpreisländern bewusst verknappen.

regionalen Erschöpfung Parallelimporte zulässt, die staatlichen Eingriffe in diese Märkte gross sind. Ein fairer grenzüberschreitender Handel ist unter diesen Voraussetzungen nicht zu erwarten. Vieles spricht deshalb dafür, auf dem Arzneimittelmarkt vorerst die nationale Erschöpfung zur Anwendung zu bringen und es dem Patentinhaber zu ermöglichen, Paralleleinfuhren aus Ländern, die keine vergleichbaren wirtschaftlichen und rechtlichen Voraussetzungen bieten, zu unterbinden.

Zwar bleibt auch in diesen Märkten die Anwendung des Prinzips der internationalen Erschöpfung denkbar, doch kann ein solcher Schritt erst nach zusätzlichen wirtschaftlichen Abklärungen ins Auge gefasst werden. Diese Abklärungen müssten aufzeigen, dass die Einführung der internationalen Erschöpfung nicht zu einem (nachteiligen) Wettbewerb der staatlichen Regulierungen führt, sondern zu einem Wettbewerb um günstige Produkte. Allerdings kann ein echter Preiswettbewerb im Sinne des KG nur erwartet werden, wenn auf Seiten der Nachfrage wirksame Anreize für den Kauf preisgünstiger Medikamente gesetzt werden. Zur Zeit entfällt nämlich angesichts der Kassenpflichtigkeit vieler Arzneimittel das Interesse des Kunden, am preisgünstigsten einzukaufen. Bei Einführung der internationalen Erschöpfung könnte in staatlich preisregulierten Märkten somit der Zwischenhandel, der die Preisunterschiede für sich ausnutzt, erster Nutzniesser sein.

Inwieweit die Tatsache staatlich regulierter Preise einen Einfluss auf die Zulässigkeit privater Vereinbarungen hat, müsste ebenfalls vertieft geprüft werden.

Schliesslich sind gerade bei Arzneimitteln die in Ziffer 3.3 dargestellten ethischen Gründe für Preisdifferenzierungen zu berücksichtigen. Dabei ist zu beachten, dass ethische sowie sozialpolitische Überlegungen nicht nur im Verhältnis zu Ländern mit tiefer Kaufkraft, sondern auch in den entwickelten Ländern selbst von Bedeutung sind.

Als Fazit kann festgehalten werden, dass auch in staatlich preisregulierten Märkten ungewiss ist, inwieweit Parallelimporte zu Preisreduktionen führen. In Bezug auf diese Märkte sind Abklärungen nötig, welche über die patentrechtlichen Fragen hinausgehen.

4 Spezialbereiche

Zu den Spezialbereichen gehören vorab jene Märkte, deren Produkte aus politischen Gründen staatlich preisreguliert sind oder die wegen ihres Gefährdungspotenzials für die Gesundheit von Mensch und Tier oder für die Umwelt einer Zulassungspflicht für den schweizerischen Markt unterstehen.

Zu diesen Produkten gehören Arzneimittel, Chemikalien und gewisse landwirtschaftliche Hilfsstoffe. Bei ihnen muss sichergestellt werden, dass das Gesundheitsrisiko durch Parallelimporte nicht erhöht wird, bzw. dass die Sicherheit der Produkte mit geeigneten Massnahmen gewährleistet werden kann. Der Parallelimport³⁷ kann dort eine Gefährdung der Gesundheit und der Umwelt mit sich bringen, wo die Qualität bzw. die Herstellungsweise eines im Ausland in Verkehr gebrachten Produktes nicht notwendigerweise derjenigen des in der Schweiz in Verkehr gebrachten Produktes entspricht (beispielsweise auf Grund von Qualitätsunterschieden zwischen verschiedenen Betriebsstätten).

Gilt die nationale Erschöpfung, so relativiert sich diese Problematik für patentgeschützte Produkte, soweit der Patentinhaber gestützt auf sein Recht aus dem Patent Parallelimporte unterbindet. Dieser relative Schutz entfällt hingegen für nicht oder nicht mehr patentgeschützte Produkte. Zur Sicherstellung des Schutzes vor parallelimportierten Produkten, die gesundheits- oder umweltgefährdend sind, sollten unabhängig von der patentrechtlichen Regelung Produktvorschriften und Zulassungsverfahren in den Spezialgesetzen (z.B. HMG, ChemG, LWG) vor-

³⁷ Es handelt sich hier um Parallelimporte im weiteren Sinn, vgl. Ziff. 1.2.

gesehen werden. Soweit solche bestehen, ist der Schutz vor gesundheits- oder umweltgefährdenden Produkten (Arzneimittel, Pflanzenschutzmittel, Chemikalien) unabhängig von der patentrechtlichen Regelung gesichert. Allerdings würde eine Steigerung der Parallelimporte wegen des Übergangs zur regionalen oder internationalen Erschöpfung auch eine Zunahme der Arbeitsbelastung für die Vollzugsbehörden bedeuten. Zudem ist ein wichtiger Teil des Arzneimittelmarktes staatlich preisreguliert. Die Preise für jene Arzneimittel, deren Kosten von den Krankenversicherungen obligatorisch zu vergüten sind, werden vom Bundesamt für Sozialversicherung festgelegt. In ähnlicher Weise werden die Arzneimittelpreise für die Sozialversicherung in fast allen Ländern (Ausnahme: USA) staatlich festgelegt und zum Teil künstlich tief gehalten.

4.1 Arzneimittel

4.1.1 Gesundheitsschutz

Das zur Zeit noch für die meisten Arzneimittel geltende interkantonale Recht sieht vor, dass im Arzneimittelmarkt ein Produkt nur von einer einzigen Firma in der Schweiz vertrieben werden darf. Mit dieser Regelung wird der Parallelimport von Arzneimitteln ausgeschlossen. Damit ist es nach geltender Rechtslage für die auf den schweizerischen Markt gelangenden Arzneimittel irrelevant, ob nach Patentgesetz die nationale, regionale oder internationale Erschöpfung gilt.

Der vom Nationalrat als Erstrat am 8. und 13. März 2000 behandelte Entwurf für ein neues Heilmittelgesetz (E-HMG) sieht in Artikel 14 Absatz 2 unter bestimmten Voraussetzungen ein vereinfachtes gesundheitspolizeiliches Zulassungsverfahren und damit den erleichterten Import für gewisse Arzneimittel vor. Das vereinfachte Zulassungsverfahren ist nötig, um die Arzneimittelsicherheit und den Schutz der Patientinnen und Patienten gewährleisten zu können. Es soll dadurch sichergestellt werden, dass durch parallelimportierte Arzneimittel das Gesundheitsrisiko nicht erhöht wird. Die Zulassungsbehörden sollen durch geeignete Kontrollen sicherstellen, dass die Identität mit dem bereits in der Schweiz zugelassenen Arzneimittel gegeben ist und dass die Gefahren aus Qualitätsmängeln und ungenügender oder falscher Produkteinformation ausgeschlossen werden können.

Die vereinfachte Zulassung ist grundsätzlich sowohl für patentgeschützte als auch für alle anderen Arzneimittel anwendbar. Solange sich allerdings der Patentinhaber gestützt auf sein Recht dem Parallelimport seines Arzneimittels widersetzt, wird eine vereinfachte Zulassung von patentgeschützten Arzneimitteln nicht gewährt. Sofern aus immaterialgüterrechtlichen Gründen Parallelimporte gestattet sind (nach Ablauf des Patentschutzes oder bei regionaler oder internationaler Erschöpfung), dürfen diese Arzneimittel zwar eingeführt werden, bedürfen aber aus gesundheitspolizeilichen Gründen einer vereinfachten Zulassung gestützt auf das Heilmittelgesetz. Die Botschaft³⁸ macht aber klar, dass die gesundheitspolizeiliche Zulassung eines Parallelimports im weiteren Sinne³⁹ den allfälligen Verbotsanspruch eines Inhabers von Immaterialgüterrechten am betreffenden Produkt nicht aufhebt. Entsprechend sieht Artikel 14 E-HMG in Absatz 3 vor, dass die Regelungen des Immaterialgüterrechts vom vereinfachten Zulassungsverfahren nicht berührt werden. Der Nationalrat blieb in der Frühjahrssession 2000 bei diesem Ansatz und stimmte einem Artikel zu, der Parallelimporte im weiteren Sinne von Arzneimitteln unter bestimmten Bedingungen zulässt, die Fragen des Immaterialgüterrechts aber explizit ausklammert⁴⁰. Die Abstimmung zu dieser Frage ging knapp aus: 89 befürwortende standen 86 ablehnenden Stimmen gegenüber.

³⁸ BBl 1999 3453 ff.

³⁹ S. dazu oben Ziff. 1.2.

⁴⁰ Die Bestimmung lautet in der vom Nationalrat beschlossenen Fassung:

Art. 14 Vereinfachte Zulassungsverfahren

1

...

² Das Institut sieht für ein Gesuch eines weiteren Inverkehrbringers für ein aus einem Staat mit einem gleichwertigen Zulassungssystem parallelimportiertes Arzneimittel ein vereinfachtes Zulassungsverfahren vor, wenn:

Bei Arzneimitteln bestehen verschiedene Risiken der Gesundheitsgefährdung. Zum einen ist das Produkt selbst eine mögliche Gefahrenquelle. Weist es beispielsweise Verunreinigungen oder einen zu tiefen Wirkstoffgehalt auf, so kann sich dies fatal auswirken. Auch die richtige Anwendung ist entscheidend. Ein Arzneimittel ist nicht per se nützlich oder schädlich, sondern immer nur in Relation zur Anwendung (Indikation, Dosierung, Applikation usw.). Deshalb gehört zu einem Arzneimittel unabdingbar die Information, welche sich an Fachpersonen und Konsumentinnen und Konsumenten richtet. Diese Information muss verständlich formuliert sein und dem Arzneimittel in den Landessprachen beigelegt werden. Um diese Anforderungen zu garantieren, wird ein Arzneimittel in allen Staaten mit einem vergleichbaren Gesundheitssystem behördlich kontrolliert, bevor es in Verkehr gebracht werden darf.

Auch bei Parallelimporten im weiteren Sinne müssen diese Anforderungen erfüllt sein. Deshalb muss die Behörde zumindest kontrollieren, ob das parallelimportierte Produkt mit dem erstregistrierten Produkt identisch ist. Nur so kann sichergestellt werden, dass das parallelimportierte Produkt bereits evaluiert worden ist. Dabei muss geprüft werden, in welchen Belangen eine hundertprozentige Identität verlangt werden muss und wo kleine Abweichungen keine gesundheitlichen Auswirkungen haben.

Die Verantwortlichkeiten müssen festgelegt sein. Jede Person oder Firma, die Arzneimittel parallelimportieren will, braucht eine entsprechende Bewilligung und ist verantwortlich für die Zulassung und die Marktüberwachung, einschliesslich Werbung, Meldepflicht für unerwünschte Wirkungen, Rückrufe usw. Es soll sichergestellt werden, dass die parallelimportierten Produkte in einer Packung und mit Packungsangaben vertrieben werden, die mit den für das Originalpräparat genehmigten übereinstimmen. Dies ist insbesondere für die Konsumentinnen und Konsumenten wichtig⁴¹.

4.1.2 Arzneimittelpreise

In der Schweiz besteht keine Studie oder Zusammenstellung von Zahlen, welche über das mögliche Ausmass von Parallelimporten und das diesbezügliche Einsparungspotenzial bei kassenpflichtigen Arzneimitteln Auskunft gibt. Auch verlässliche Schätzungen sind in diesem Bereich schwierig. Geht man von Kosten für kassenpflichtige Arzneimittel von ca. 2,9 Milliarden Franken pro Jahr aus⁴², so ergäbe sich unter Berücksichtigung des erwarteten Drucks auf das nach wie vor hohe Preisniveau in der Schweiz sowie der Annahme, dass die Erstinverkehrbringer zur Verhinderung von Parallelimporten die Preise ihrer Arzneimittel von sich aus senken, ein mögliches, statistisch nicht erhärtetes Einsparungspotenzial durch Parallelimporte von 10-15% und damit von gegen 300 Millionen Franken. Erfahrungen in anderen Ländern zeigen je-

-
- a. dieses im betreffenden Staat und in der Schweiz bereits zugelassen ist;
 - b. seine Identität hinreichend belegt ist;
 - c. die Anforderungen an die Kennzeichnung und Arzneimittelinformation nach Artikel 11 eingehalten sind;
 - d. keine Sicherheitsanforderungen entgegenstehen.

³ Die Regelungen des Wettbewerbs- und des Immaterialgüterrechts werden von den Bestimmungen dieses Artikels nicht berührt.

⁴ Parallelimporte können ausnahmsweise unterbunden werden, wenn:

- a. die Voraussetzungen nach diesem Gesetz nicht erfüllt sind;
- b. im Ursprungsland subventionierte Preise herrschen.

⁴¹ Der Europäische Gerichtshof hat festgestellt (EuGH, Slg. 1976, 613 = NJW 1976, 1575 – de Peijper), dass ein parallelimportiertes Arzneimittel lediglich keine „therapeutisch relevanten Unterschiede“ aufweisen dürfe. Es ist also nicht zulässig, eine 100-prozentige Übereinstimmung des „Originals“ mit dem parallelimportierten Produkt zu verlangen. Da Parallelimporteure meist keinen Zugang zu den für die Zulassung des importierten Arzneimittels erforderlichen Unterlagen haben, sollen sich die Zulassungsstellen die notwendigen Informationen selber, z.B. von den Behörden anderer Mitgliedstaaten oder vom Hersteller, verschaffen (Mitteilung der Kommission, ABl. EG Nr. C 115 vom 6.5.1982, S. 5).

⁴² Siehe Das Gesundheitswesen in der Schweiz, Pharma Information 1999, Basel.

doch, dass das theoretisch errechnete Einsparungspotenzial in der Praxis normalerweise nicht ausgeschöpft wird.

Neue Erkenntnisse über die Erfahrungen mit Parallelimporten in der EU fehlen. In Deutschland existiert eine Studie über parallelimportierte Arzneimittel⁴³, gemäss welcher in Deutschland im Jahr 1998 die Parallelimport-Arzneimittel 13,4% der Gesamtzahl von 16'082 Arzneimitteln (ohne Diagnostika) ausmachten. Der hohe zahlenmässige Anteil der Parallelimport-Arzneimittel widerspiegelt sich weder im Absatz noch im Umsatz. In der Studie wird im Weiteren darauf hingewiesen, dass in der Regel kein Preiswettbewerb unter den Parallelimporteuren stattfindet. Weil in der EU andere Vorgaben für Parallelimporte im Arzneimittelmarkt sowie nicht vergleichbare Preis- und Marktmechanismen bestehen, können aus ausländischen Arbeiten keine zuverlässigen Schlüsse für die Schweiz gezogen werden.

4.2 Medizinprodukte

Bei den Medizinprodukten, die zu den Heilmitteln gehören, sind Parallelimporte im weiteren Sinne – vorbehältlich Immaterialgüterrechten – heute schon zulässig. Für Medizinprodukte besteht ein Kontrollsystem („New and Global Approach“), das nicht auf staatlichen Zulassungen basiert, sondern bei dem die Selbstkontrolle eine tragende Rolle spielt, welche mit einem speziellen Zeichen bescheinigt wird. Dieses System eignet sich gleichermaßen für „Originalprodukte“ wie für parallelimportierte Produkte. Werden die bilateralen Verträge angenommen, so anerkennt die Schweiz das CE-Zeichen der EU, womit die schweizerischen Auflagen zur Angabe der Adresse des Importeurs wegfallen.

4.3 Gifte / Chemikalien

Im Rahmen der Vorlage „Agrarpolitik 2002“ wurden neue Bestimmungen in das Landwirtschaftsgesetz vom 29. April 1998 (LwG; SR 910.1) und das Giftgesetz vom 21. März 1969 (SR 813.0) eingeführt, nämlich Artikel 160 Absatz 7 LwG und Artikel 3a Giftgesetz. Damit sollen für landwirtschaftliche Hilfsstoffe Parallelimporte im weiteren Sinne zur Senkung der Produktionskosten in der Landwirtschaft ermöglicht werden. Die Ausführungsverordnungen zu den beiden Bestimmungen des Landwirtschafts- bzw. Giftgesetzes, die Pflanzenschutzmittelverordnung vom 23. Juni 1999 (SR 916.161) bzw. die entsprechende Änderung der Giftverordnung vom 19. September 1983 (SR 813.01), sehen eine Bezeichnung der frei importierbaren Pflanzenschutzmittel durch die zuständigen Bundesstellen auf einer so genannten Positivliste vor. Sowohl die Pflanzenschutzmittelverordnung (Art. 15 Abs. 5) als auch die Giftverordnung (Art. 17a Abs. 3) halten jedoch explizit fest, dass die Aufnahme in die Positivliste lediglich vom Durchlaufen des ordentlichen Bewilligungsverfahrens befreit, das Immaterialgüter- und das Wettbewerbsrecht als solche aber nicht berührt werden. Besteht an einem der Produkte auf der Positivliste noch ein Patentrecht, so kann sich dessen Inhaber bei der Geltung der nationalen Erschöpfung im Patentrecht gegen den Parallelimport seines Produktes zur Wehr setzen.

Der Übergang zum System der internationalen Erschöpfung hätte im Zusammenhang mit dem Parallelimport von Giften keine unmittelbaren Auswirkungen auf das Schutzniveau, da die bestehenden administrativen Anmelde- bzw. Zulassungsverfahren für Gifte davon nicht berührt würden. Die Parallelimporteure müssten im Interesse des Gesundheitsschutzes nach wie vor sämtliche Anforderungen der Giftgesetzgebung erfüllen.

Auch nach dem neuen Chemikaliengesetz (ChemG), das zurzeit von der SGK des Ständerats behandelt wird, würde ein allfälliger Systemwechsel keine unmittelbaren Auswirkungen auf das Schutzniveau entfalten. Nach dem ChemG werden Parallelimporte im weiteren Sinne von Stoff-

⁴³ J. M. Fox / Merz + Co., Gibt es in Deutschland zu viele Arzneimittel?, Pharm Ind. 61, Nr. 9, 1999, S. 774 ff.

fen und Zubereitungen unter chemikalienrechtlichen Gesichtspunkten leichter möglich sein als heute, da die generelle Anmelde- und Zulassungspflicht, welche heute nach Giftgesetz besteht, entfallen wird. Importeure werden jedoch einer Selbstkontrolle unterliegen. Sie müssen die importierten Chemikalien in Eigenverantwortung beurteilen, einstufen und entsprechend ihrer Gefährlichkeit verpacken und kennzeichnen.

5 Internationales Umfeld

5.1 Rechtsvergleichende Aspekte

Im internationalen Rechtsvergleich ist die nationale Erschöpfung im Patentrecht vorherrschend. Nur Argentinien und Hongkong sehen die internationale Erschöpfung vor und lassen demzufolge Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter zu. Alle übrigen Staaten wenden entweder den Grundsatz der nationalen Erschöpfung an oder ermöglichen dem Patentinhaber auf Grund der Theorie der *implied license*, durch Vereinbarung das mitübertragene Recht zur Weiterveräusserung zu beschränken (so z.B. Japan, Kanada, Grossbritannien und Australien).

5.2 Verhältnis zum Europarecht und integrationspolitische Aspekte

In der Europäischen Union gilt die regionale Erschöpfung. Damit wird die internationale Erschöpfung abgelehnt, und der europäische Binnenmarkt bleibt für Parallelimporte aus Staaten ausserhalb der EU geschlossen. Innerhalb der EU sind Parallelimporte indessen grundsätzlich zulässig. Im europäischen Binnenmarkt wird die nationale Erschöpfung folglich zu einer regionalen Erschöpfung erweitert. Diese Ausweitung basiert auf wirtschaftlich und rechtlich weitgehend vereinheitlichten Rahmenbedingungen und auf der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH), welche die EU-Mitgliedstaaten verpflichtet, das Inverkehrbringen in anderen Mitgliedstaaten für ihr Gebiet im Sinne der Gegenseitigkeit zu anerkennen (Cassis-de-Dijon-Prinzip⁴⁴). Bezeichnenderweise wendet der EuGH die für den Binnenmarkt entwickelten Grundsätze nicht auf Drittstaaten an, mit denen lediglich ein Wirtschaftsabkommen besteht (z.B. die Schweiz). Eine Ausnahme bildet das EWR-Abkommen, das zwischen der EU und den EWR-Ländern die regionale Erschöpfung auch im Patentrecht vorsieht.

Da die rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen in der Schweiz mit denjenigen in den EU-Mitgliedstaaten zumindest in gewöhnlichen Märkten vermutlich vergleichbar sind, wäre für die Schweiz die regionale Erschöpfung gegenüber dem EU/EWR-Raum eine denkbare Lösung. Der Versuch, im Rahmen des Gemischten Ausschusses des Freihandelsabkommens Schweiz – EG eine Ausdehnung der regionalen Erschöpfung der EU auf die Schweiz auf der Grundlage der Gegenseitigkeit zu diskutieren bzw. zu erreichen, scheiterte am fehlenden Interesse der EG-Kommission. Solange eine dem EG-Vertrag vergleichbare internationale Weltwirtschaftsordnung fehlt, steht mit Blick auf die internationale Rechtslage die vom Bundesgericht getroffene Lösung für die nationale Erschöpfung im Patentrecht im Vordergrund. Bei einem allfälligen EU/EWR-Beitritt würde ein Wechsel zur EU- bzw. EWR-weiten regionalen Erschöpfung erfolgen.

5.3 WTO

Das die Schweiz verpflichtende internationale Recht beantwortet die Frage nach der Zulässigkeit von Parallelimporten im Patentrecht nicht. Dies gilt namentlich auch in Bezug auf das Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum (TRIPS-Abkommen; SR 0.632.20, Anhang 1C), das Bestandteil des WTO-Übereinkommens ist. Beim

⁴⁴ EuGH, Urteil vom 20. Febr. 1979, Rs. 120-78, „Cassis de Dijon“, Slg. 1979, 649.

Abschluss des TRIPS-Abkommens wurde die Frage der Erschöpfung von Immaterialgüterrechten bewusst ausgeklammert und nach Artikel 6 des TRIPS-Abkommens ausdrücklich dem nationalen Gesetzgeber vorbehalten⁴⁵.

Sofern der nationale Gesetzgeber von seiner Regelungskompetenz in Bezug auf die Erschöpfungsfrage Gebrauch macht, ist er zwingend an seine Verpflichtungen bezüglich der Inländerbehandlung (Art. 3 TRIPS-Abkommen) und der Meistbegünstigung (Art. 4 TRIPS-Abkommen) gebunden. Diese Bestimmungen gehen nach heute überwiegend vertretener Ansicht anderen Teilen des WTO-Übereinkommens vor, so auch dem Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen 1994 (GATT) und dem Allgemeinen Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)⁴⁶. Insoweit ist nach dem heutigen Stand der Praxis davon auszugehen, dass im Immaterialgüterrecht keine Möglichkeit zur Abweichung von der Meistbegünstigungsverpflichtung gemäss TRIPS-Abkommen zu Gunsten regionaler Freihandelszonen oder Zollunionen besteht, ausser diese bestanden bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens des TRIPS-Abkommens und sind der Welthandelsorganisation notifiziert worden⁴⁷. Entscheidet sich der schweizerische Gesetzgeber daher künftig für eine über-nationale Erschöpfung, so hat er den Rechtsinhabern aus sämtlichen WTO-Mitgliedstaaten die entsprechenden Rechtsvorteile ohne Gegenrecht zu gewähren. Insoweit erweist sich eine bilateral oder regional beschränkte (z.B. EU- oder EWR-weite) Zulassung von Parallelimporten (einseitig oder aber durch vertragliche Vereinbarung der Reziprozität mit einzelnen Staaten, beispielsweise den EU-Mitgliedstaaten) als letztlich mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz nicht vereinbar.

Weiter gilt es auch zu berücksichtigen, dass sich die Schweiz höchstwahrscheinlich dem Vorwurf einer Verletzung von Artikel 27 Absatz 1 TRIPS-Abkommen aussetzen würde, wenn sie eine nach einzelnen Kategorien von patentrechtlich geschützten Gütern unterschiedliche Regelung der Parallelimporte vorsähe. Artikel 27 Absatz 1 verbietet Differenzierungen bei der Ausübung von Patentrechten nach dem Gebiet der Technik. Eine nach Technologiebereichen unterscheidende Regelung für Parallelimporte – beispielsweise im Heilmittel- oder im Autozubehörbereich – wäre deshalb nach mehrheitlich vertretener Ansicht ebenfalls WTO-widrig⁴⁸.

Obschon das TRIPS-Abkommen in den Artikeln 27 ff. einen Mindestschutz zugunsten der Patentinhaber für alle Mitgliedstaaten verbindlich vorschreibt, schafft es keine dem EG-Vertrag vergleichbare Weltwirtschaftsordnung. Das TRIPS-Abkommen vermag namentlich nicht zu gewährleisten, dass die wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen für das Inverkehrbringen patentierter Güter in allen Mitgliedstaaten vergleichbar sind, weshalb ein sachgerechter Interessenausgleich bei einer uneingeschränkten Statuierung des Grundsatzes der internationalen Erschöpfung nicht erreicht wird. Eine einseitige Einführung der internationalen Erschöpfung durch die Schweiz bliebe auf das schweizerische Territorium beschränkt: Parallelimporte aus Drittstaaten könnte der schweizerische Rechtsinhaber nicht mehr unterbinden, Parallelimporte aus der Schweiz in Drittstaaten wären dagegen auf Grund der gegenwärtig weltweit vorherrschenden nationalen Erschöpfung weiterhin ausgeschlossen. Der gegenseitige Freihandel liesse sich somit nicht erreichen; dazu käme es nur auf der Grundlage eines multilateralen Abkommens.

Im Rahmen der internationalen Verpflichtungen der Schweiz gilt es vor allem mit Bezug auf Parallelimporte pharmazeutischer und agrochemischer Produkte, die einem staatlichen

⁴⁵ S. BBI 1994 IV 291 f. Vgl. auch die amtliche Fussnote zu Art. 28 Abs. 1 TRIPS-Abkommen, wonach die Rechte aus dem Patent, insbesondere das Recht auf Einfuhr, den Bestimmungen von Art. 6 TRIPS-Abkommen unterliegen.

⁴⁶ Klarheit bezüglich der Frage des Vorrangs dieser Bestimmungen des TRIPS-Abkommens liesse sich lediglich auf Grund einer Panel-Entscheidung im Rahmen des WTO-Streitbeilegungsverfahrens gewinnen.

⁴⁷ Die EG und ihre Mitgliedstaaten haben sowohl die Römer Verträge als auch den EWR-Vertrag als Ausnahme vom Meistbegünstigungsprinzip notifiziert (WTO Dok IP/N/4/EEC/1), nicht jedoch ihre Drittlandregelungen wie das Freihandelsabkommen Schweiz – EG von 1972.

⁴⁸ Klarheit bezüglich dieser Frage liesse sich lediglich auf Grund einer Panel-Entscheidung im Rahmen des WTO-Streitbeilegungsverfahrens gewinnen.

Marktzulassungsverfahren unterliegen, auf den Erstanmelderschutz hinzuweisen. Die Schweiz ist als WTO-Mitglied im Rahmen des TRIPS-Abkommens – konkret durch dessen Artikel 39 Absatz 3 – verpflichtet, einen Erstanmelderschutz zu gewährleisten. Beim Erstanmelderschutz handelt es sich um einen vom Patentrecht unabhängigen, selbstständigen immaterialgüterrechtlichen Schutz von vertraulichen Daten. Er stellt für den Patentinhaber, sofern er der Erstanmelder ist, ein zusätzliches Schutzrecht dar. Der Erstanmelderschutz und seine Dauer sind also unabhängig vom Bestand eines Patents und von dessen Schutzdauer. Der Erstanmelderschutz verpflichtet die zuständigen Behörden, die ihr vom Erstanmelder im Rahmen des Zulassungsverfahrens anvertrauten vertraulichen Dokumentationen und Untersuchungsergebnisse vor Preisgabe und vor unlauterer gewerblicher Verwendung durch Dritte zu schützen. Bei der Zulassung von parallelimportierten Arznei- und Pflanzenschutzmitteln, ob durch ordentliches oder durch ein erleichtertes Verfahren, wie es beispielsweise im Entwurf zum neuen Heilmittelgesetz und in der Pflanzenschutzmittel- und Giftverordnung vorgesehen ist, ist der Erstanmelderschutz gebührend zu berücksichtigen.

5.4 Wettbewerb

Im Gegensatz zu den bestehenden umfangreichen Regelungen immaterialgüterrechtlicher Aspekte auf internationaler Ebene bestehen im Wettbewerbsrecht kaum einschlägige völkerrechtliche Regeln. Dies gilt insbesondere für die Frage der Parallelimporte. Die Ausgestaltung allfälliger zukünftiger Wettbewerbsregeln innerhalb der OECD oder allenfalls der WTO ist aus heutiger Sicht noch äusserst ungewiss und kann für den vorliegenden Bericht vernachlässigt werden.

Anders ist die Situation innerhalb des europäischen Binnenmarktes, wo die Zulässigkeit von Parallelimporten zwischen den Mitgliedstaaten wesentlich durch das bestehende gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht bestimmt wird. Parallelimporte aus Drittstaaten werden hingegen nicht zugelassen.

5.5 Ergebnis

Rechtsvergleichend würde ein Systemwechsel in der Schweiz von der nationalen zur internationalen Erschöpfung als Alleingang empfunden. Ein Systemwechsel wäre sowohl mit WTO- wie auch mit europapolitischen Schwierigkeiten verbunden. Zu bedenken ist insbesondere, dass der Schweiz im Falle einer einseitigen Einführung der internationalen Erschöpfung kein Gegenrecht gewährt würde. Zudem würde die Schweiz von ihrer in der GATT/Uruguay-Runde und seither in der WTO vertretenen Verhandlungsposition (nationale Erschöpfung im Patentrecht) abrücken und bisherige Allianzen mit den anderen Staaten aufgeben.

6 Varianten zur Behandlung der Parallelimporte im Rahmen der Rechtsetzung

Im Folgenden soll ein Überblick über verschiedene Optionen einer gesetzlichen Regelung der Parallelimporte aufgezeigt und kurz dazu Stellung genommen werden⁴⁹. Gesetzgeberisch im Vordergrund stehen eine Änderung des Patentgesetzes, eine Änderung des Kartellgesetzes sowie eine Änderung beider Gesetze. Eine Regelung der Frage der Erschöpfung von Immaterialgüterrechten in Spezialerlassen (wie z.B. dem Heilmittelgesetz) wird als nicht opportun erachtet, weshalb dazu nicht vertieft Stellung genommen wird. Nicht diskutiert wird die Option einer uneingeschränkten nationalen Erschöpfung, da diese gegenüber dem Bundesgerichtsentscheid einen wettbewerbspolitischen Rückschritt bedeuten würde.

6.1 Option 1: System der nationalen Erschöpfung mit wettbewerbsrechtlichem Korrektiv bei „überschiessender Rechtsmacht“ des Patentinhabers

Bei dieser Option geht es darum, die vom Bundesgericht bei „überschiessender Rechtsmacht“ des Patentinhabers⁵⁰ dargestellte mögliche Beschränkung des Wettbewerbs zu verhindern. Als gesetzliche Regulative bieten sich sowohl das Patentgesetz⁵¹ als auch das Kartellgesetz⁵² an.

6.1.1 Variante 1 (nationale Erschöpfung mit beschränkter Zulässigkeit von Parallelimporten)

Eine erste Variante besteht darin, den Grundsatz der nationalen Erschöpfung als Regel festzuschreiben und diese – auf der Basis des Bundesgerichtsentscheids in Sachen Kodak⁵³ – in sachlicher Hinsicht zu durchbrechen.

Art. 8a PatG (neu)

¹ Wird ein Erzeugnis vom Patentinhaber oder mit seiner Zustimmung in der Schweiz in Verkehr gebracht, so ist das Recht an diesem Erzeugnis erschöpft⁵⁴.

² Der Rechtsinhaber kann sich der Einfuhr patentgeschützter Erzeugnisse, die von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung im Ausland in Verkehr gebracht wurden, nicht widersetzen, sofern er sein Recht auf Grund der wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen beim Inverkehrbringen im gleichen Umfang wie in der Schweiz geltend machen konnte.

Absatz 1 geht vom Grundsatz der nationalen Erschöpfung aus. Absatz 2 lässt als Ausnahme Parallelimporte zu, wobei die Beweislast für das Vorliegen vergleichbarer Rahmenbedingungen den Parallelimporteuren treffen soll⁵⁵. Dabei finden die Umstände, unter denen die patentrechtlich geschützten Güter in Verkehr gebracht wurden, Berücksichtigung.

⁴⁹ Zu der mit dem BGE i.S. Kodak geltenden Situation, s. Ziff. 2.1.

⁵⁰ Gemäss dem BGE i.S. Kodak verleiht das patentrechtliche Einfuhrmonopol dem Berechtigten „insoweit eine überschiessende Rechtsmacht, als die Ware mit Einverständnis des schweizerischen Patentinhabers im Ausland unter Bedingungen in Verkehr gebracht worden ist, die mit den inländischen vergleichbar sind“ (E. 9b).

⁵¹ Vgl. nachfolgend Variante 1 sowie Option 4, Variante 2.

⁵² Vgl. nachfolgend Varianten 2 und 3.

⁵³ BGE i.S. Kodak, E. 9.

⁵⁴ Variante: Das ausschliessliche Recht des Inhabers nach Artikel 8 erschöpft sich mit dem ersten Inverkehrbringen des geschützten Produktes durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung in der Schweiz.

⁵⁵ Dies im Unterschied zu Option 4, Variante 2 (internationale Erschöpfung mit sachlichen Einschränkungen).

Würdigung dieser Variante:

- + Diese Variante schafft einen Ausgleich der Interessen zwischen den Inhabern schweizerischer Patente sowie den Konsumentinnen und Konsumenten („vermittelnde Lösung“).
- + Dieser Vorschlag wahrt die Rechte der Inhaber schweizerischer Patente beim erstmaligen Inverkehrbringen patentgeschützter Produkte.
- + Die bei vergleichbaren Rahmenbedingungen im Aus- und im Inland bestehende „überschiessende Rechtsmacht“ der Patentinhaber wird im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs beseitigt.
- Die Feststellung, ob im Exportland vergleichbare wirtschaftliche und rechtliche Rahmenbedingungen bestehen wie in der Schweiz, könnte in der Praxis zu Schwierigkeiten bzw. erhöhtem Arbeitsaufwand führen, weil die vom Bundesgericht genannten Kriterien konkretisierungsbedürftig sind.
- Integrationspolitisch ist diese Variante in mehrfacher Hinsicht problematisch:
 - Soweit die wirtschaftliche Situation bei regulierten Märkten in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten nicht generell mit den Marktbedingungen in der Schweiz identisch bzw. vergleichbar ist, könnte diese Variante zu einer unterschiedlichen Behandlung der Einfuhr aus verschiedenen EU-Staaten bezüglich der Zulässigkeit von Parallelimporten führen.
 - Ohne Gegenrecht erscheint es integrationspolitisch wenig sinnvoll, Vorleistungen gegenüber der EU (im Sinne einer beschränkten Zulässigkeit von Parallelimporten aus dem EU/EWR-Raum) zu erbringen.
 - In der EU sind Parallelimporte aus Drittstaaten in den europäischen Markt untersagt, weshalb eine solche Vorgehensweise nicht eurokompatibel ist. Da die Schweiz nicht EU-Mitglied ist, wiegt dieser Nachteil allerdings nicht besonders schwer.
 - Unklar ist, inwieweit eine solche Lösung WTO-kompatibel ist (vgl. offene Fragen).
- Wettbewerbspolitisch unerwünschte Preisdifferenzierungen müssen nicht zwingend nur dann vorliegen, wenn Parallelimporte aus Ländern mit vergleichbaren Rahmenbedingungen wie der Schweiz verhindert werden.
- Da es bei der Problematik der „überschiessenden Rechtsmacht“ um die Frage eines kartellrechtlich verpönten Missbrauchs des Patentrechts geht, erscheint es sachgerechter, diese Frage im Kartellgesetz zu regeln.

Offene Fragen:

- ⇒ Praktikabilität des entsprechenden Verfahrens: Es wird sich in der Praxis weisen müssen, ob und mit welchem Aufwand im Einzelfall nachgewiesen werden kann, dass die Rahmenbedingungen zwischen dem Exportland und der Schweiz vergleichbar sind.
- ⇒ Es stellt sich zudem die Frage, inwieweit eine solche Lösung WTO-kompatibel wäre.

6.1.2 Variante 2 (Kodifizierung des BGE i.S. Kodak)

Variante 2 belässt das Patentgesetz unverändert, d.h. es bleibt bei dem vom Bundesgericht festgestellten Prinzip der nationalen Erschöpfung. Einem allfälligen Missbrauch des Patentrechts im Zusammenhang mit der Unterbindung von Importen der patentgeschützten Ware wird – in Kodifizierung der vom Bundesgericht aufgestellten Kriterien in Bezug auf Parallelimporte⁵⁶ – kartellrechtlich begegnet.

⁵⁶ BGE i.S. Kodak, E. 9.

Art. 3 Abs. 2 KG

² Nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Beschränkungen der Einfuhr von Gütern gestützt auf Rechte des geistigen Eigentums unterliegen jedoch der Beurteilung nach diesem Gesetz, wenn der Rechtsinhaber seine Rechte auf Grund der wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen beim ersten Inverkehrbringen im Ausland im gleichen Umfang wie in der Schweiz geltend machen konnte.

Auf Grund dieser Änderung wird der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes umrissen und hinsichtlich der Parallelimporte festgeschrieben, dass deren Behinderung der Beurteilung durch das Kartellgesetz unterliegt. Es bleibt der Praxis überlassen, die Tatbestände der Artikel 5 und 7 KG im Einzelfall anzuwenden.

Würdigung dieser Variante / offene Frage:

- + Da die Problematik der „überschiessenden Rechtsmacht“ den Fall eines kartellrechtlich verpönten Missbrauchs des Patentrechts betrifft, erscheint die Regelung dieser Frage im Kartellgesetz als sachgerecht.

Ansonsten gleich wie in Variante 1.

6.1.3 Variante 3 (nationale Erschöpfung mit umfassendem kartellrechtlichem Vorbehalt bei patentrechtlichen Einfuhrmonopolen)

Im Rahmen der Behandlung des Heilmittelgesetzes im Nationalrat schlug Nationalrätin Lucrezia Meier-Schatz folgende Änderung des Kartellgesetzes vor⁵⁷:

Art. 3 Abs. 2 KG

² Nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben, soweit sie keine Behinderung von Parallelimporten verursachen.

Würdigung dieser Variante:

Während sich die Varianten 1 und 2 an der vom Bundesgericht im Kodak-Entscheid formulierten Grenzziehung zwischen wettbewerbsrechtlich relevanter und irrelevanter Ausübung von Immaterialgüterrechten orientieren, geht Variante 3 weiter, indem jegliche Behinderung von Parallelimporten gestützt auf Immaterialgüterrechte vom Kartellgesetz erfasst wird.

- Der Vorschlag verwendet den Terminus „Parallelimporte“, ohne ihn zu definieren.
- Ausserdem könnte die gewählte Formulierung den Eindruck erwecken, dass Wettbewerbswirkungen, die eine Behinderung von Parallelimporten verursachen, sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Eine solche Betrachtungsweise ist jedoch fragwürdig und sollte daher nicht gesetzlich verankert werden.

Alternative (redaktionell abgewandelter Vorschlag Meier-Schatz):

Zweckmässiger erscheint der folgende Wortlaut, der ebenfalls jegliche Behinderung von Parallelimporten gestützt auf Immaterialgüterrechte dem Kartellgesetz unterstellt:

⁵⁷ Der Antrag wurde vorläufig zurückgezogen, damit er im vorliegenden Bericht geprüft werden kann.

Art. 3 Abs. 2 KG

² Nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Einfuhrbeschränkungen von Gütern gestützt auf Rechte des geistigen Eigentums unterliegen der Beurteilung nach diesem Gesetz.

Würdigung dieser Variante:

- + Diese Variante bietet einen sachgerechten Ausgleich („vermittelnde Lösung“) zwischen den Interessen der Inhaber schweizerischer Patente und den Interessen der Allgemeinheit an einem möglichst funktionierenden Wettbewerb.
- + Wettbewerbspolitisch unerwünschte Preisdifferenzierungen werden im Gegensatz zu den Varianten 1 und 2 auch dann vom Kartellgesetz erfasst, wenn Parallelimporte aus Ländern mit nicht vergleichbaren Rahmenbedingungen wie der Schweiz behindert werden.
- + Will man nicht die Erschöpfung, sondern die Frage des daraus allenfalls resultierenden wettbewerbsrechtlichen Missbrauchs regeln, so ist eine kartellrechtliche Regelung sachgerecht.
- + Die Variante steht in Einklang mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz (insb. WTO).
- Es wird nicht zwischen regulierten und gewöhnlichen Märkten unterschieden.
- Es fehlen Kriterien, welche aufzeigen, wo die Grenze zwischen wettbewerbsrechtlich zulässigen und unzulässigen Beschränkungen der Einfuhr von Gütern gestützt auf Rechte des geistigen Eigentums verläuft. Diese wären durch die Praxis in Anwendung der Tatbestände der Artikel 5 und 7 KG zu entwickeln. Solange es an einer solchen Praxis fehlt, ist es für die Rechtsunterworfenen schwierig, die massgeblichen Entscheidkriterien vorauszusehen.
- Ohne Gegenrecht erscheint es integrationspolitisch wenig sinnvoll, Vorleistungen gegenüber der EU (im Sinne einer beschränkten Zulässigkeit von Parallelimporten aus dem EU/EWR-Raum) zu erbringen.
- Die Vorgehensweise ist nicht eurokompatibel, weil in der EU Parallelimporte aus Drittstaaten in den europäischen Markt untersagt sind. Da die Schweiz nicht EU-Mitglied ist, kommt diesem Umstand allerdings keine entscheidende Bedeutung zu.

Offene Frage:

- ⇒ Es ist zu prüfen, ob im Rahmen einer Änderung von Artikel 3 Absatz 2 KG allenfalls noch weitere Bestimmungen des Kartellgesetzes (z.B. Art. 7 Abs. 2) zu ändern bzw. zu ergänzen wären.

6.2 Option 2: System der regionalen (bzw. bilateralen) Erschöpfung

6.2.1 Variante 1 (einseitig eingeführte bilaterale/regionale Erschöpfung)

Im Rahmen der Behandlung des Heilmittelgesetzes im Nationalrat schlug Nationalrat Rudolf Strahm folgende Änderung des Patentgesetzes vor⁵⁸:

Art. 8 Abs. 2 PatG:

² Als Benützung gelten neben dem Gebrauch und der Ausführung insbesondere das Feilhalten, der Verkauf, das Inverkehrbringen im Inland und im EU/EFTA-Raum sowie die Einfuhr zu diesen Zwecken.

⁵⁸ Der Antrag wurde vorläufig zurückgezogen, damit er im vorliegenden Bericht geprüft werden kann.

Das Ziel der Einführung der regionalen Erschöpfung lässt sich nicht im Rahmen der Umschreibung der Benützungshandlungen in Artikel 8 Absatz 2 PatG erreichen. Denn die schweizerische Patentgesetzgebung ist territorial begrenzt: Sie umschreibt die Befugnisse des Patentinhabers auf dem schweizerischen Territorium. Das Inverkehrbringen im Ausland untersteht dem dort geltenden Immaterialgüterrecht. Die vorgeschlagene Formulierung würde den schweizerischen Schutzrechten teilweise extraterritoriale Wirkung verleihen und damit gerade das Gegenteil der beabsichtigten Wirkung herbeiführen. Um eine regionale Erschöpfung gesetzlich zu statuieren, wäre eine neue Bestimmung im Patentgesetz erforderlich, welche die Erschöpfung der Patentbefugnisse entsprechend regelt. Die Bestimmung könnte wie folgt lauten:

Art. 8a PatG (neu):

Wird ein Erzeugnis vom Patentinhaber oder mit seiner Zustimmung im Gebiet der Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation oder der Europäischen Union in Verkehr gebracht, so ist das Recht an diesem Erzeugnis erschöpft.

Würdigung dieser Variante:

- + Wettbewerbspolitisch unerwünschte Preisdifferenzierungen zwischen der Schweiz und den EU/EWR-Staaten werden im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs verhindert.
- + Die Rechte der Inhaber schweizerischer Patente beim erstmaligen Inverkehrbringen ihrer patentgeschützten Produkte werden angemessen gewahrt, soweit zwischen der Schweiz und der EU – jedenfalls in gewöhnlichen Märkten – vergleichbare wirtschaftliche und rechtliche Bedingungen herrschen.
- + Diese Variante ist eurokompatibel.
- Integrationspolitisch erscheint es wenig sinnvoll, ohne Gegenrecht Vorleistungen gegenüber der EU (im Sinne einer Zulässigkeit von Parallelimporten aus dem EU/EWR-Raum) zu erbringen.
- Es wird nicht zwischen regulierten und gewöhnlichen Märkten unterschieden. Die erwähnten Rechte der Inhaber schweizerischer Patente werden im Falle regulierter Märkte gegenüber dem heutigen Zustand nicht gewahrt, weil die wirtschaftliche Situation nicht in allen Staaten der EU gleich bzw. mit derjenigen in der Schweiz vergleichbar ist.
- Eine einseitige Differenzierung nach dem Land des Inverkehrbringens ist mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz nicht vereinbar; sie scheitert am Prinzip der Meistbegünstigung gemäss WTO-Abkommen. Will der schweizerische Gesetzgeber eine übernationale Erschöpfung, so hat er allen Angehörigen der Mitgliedstaaten der WTO unter den gleichen Voraussetzungen die gleichen Rechtsvorteile ohne Gegenrecht zu gewähren.

6.2.2 Variante 2 („echte“ bilaterale/regionale Erschöpfung)

Eine auf Gegenseitigkeit beruhende regionale Erschöpfung nach dem Vorbild der EU kann nicht mit einer Regelung im Patentgesetz, sondern lediglich mittels eines Beitritts der Schweiz zu einem von der WTO-Meistbegünstigungspflicht ausgenommenen Wirtschaftsraum (z.B. EU oder EWR) eingeführt werden⁵⁹.

Der ebenfalls denkbare Vorschlag der bilateralen Vereinbarung einer EWR-weiten Erschöpfung mit der EU wurde im Rahmen des Gemischten Ausschusses des Freihandelsabkommens Schweiz-EG von der EG-Kommission abgelehnt⁶⁰.

⁵⁹ S. hierzu Ziff. 5.3.

⁶⁰ S. hierzu Ziff. 5.2.

Offene Frage:

- ⇒ Empirische Studie zwecks Prognose der möglichen volkswirtschaftlichen Auswirkungen: Wie hat sich der Markt (insbes. bei den Arzneimitteln) innerhalb der EU nach der Einführung der regionalen Erschöpfung verändert?

6.3 Option 3: System einer nach Produkten differenzierenden Erschöpfungsregelung

Vor dem Hintergrund der Unterscheidung zwischen regulierten und gewöhnlichen Märkten könnte eine weitere Lösung in der Aufnahme einer Spezialbestimmung ins Patentgesetz bestehen, die für regulierte Produktemärkte (insbes. Arzneimittel) – sei es als Ausnahme vom Grundsatz der nationalen oder als Ausnahme vom Grundsatz der internationalen Erschöpfung – Parallelimporte zulassen bzw. verbieten würde. Ein sinngemässes Vorgehen ist in jedem anderen Spezialerlass denkbar, der ein vom Patentrecht erfasstes Teilgebiet betrifft.

Würdigung dieser Variante:

- + Diese Variante trägt den unterschiedlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten bei regulierten und gewöhnlichen Märkten Rechnung. Wettbewerbspolitisch unerwünschte Preisdifferenzierungen zwischen der Schweiz und dem Ausland bei gewöhnlichen Märkten werden im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs vollumfänglich verhindert.
- Diese Variante steht möglicherweise nicht in Einklang mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz (insbes. WTO). Mit der Einführung einer nach Produkten bzw. Gebieten der Technik differenzierenden Regelung der Erschöpfung ist die Wahrscheinlichkeit sehr hoch, dass sich die Schweiz dem Vorwurf einer Verletzung von Artikel 27 Absatz 1 des TRIPS-Abkommens aussetzen könnte⁶¹.
- Diese Variante ist nicht eurokompatibel und integrationspolitisch wenig sinnvoll.
- Die Rechte der Inhaber schweizerischer Patente beim erstmaligen Inverkehrbringen ihrer patentgeschützten Produkte werden dort, wo die internationale Erschöpfung festgeschrieben wird, nicht angemessen gewahrt, weil zwischen der Schweiz und den übrigen Staaten vermutlich nicht überall vergleichbare wirtschaftliche und rechtliche Bedingungen herrschen.

Offene Frage:

- Juristische Abklärung: Ist es der Schweiz unter Berücksichtigung der von ihr eingegangenen internationalen Verpflichtungen erlaubt, die Erschöpfung nach Produkten bzw. Märkten differenziert zu regeln? Gibt es andere (WTO-Mitglied-)Staaten, welche ein derartiges Mischsystem kennen?

6.4 Option 4: System einer internationalen Erschöpfung

6.4.1 Variante 1 (uneingeschränkte internationale Erschöpfung)

Nationalrat Jean Spielmann reichte am 8. März 2000 eine Motion (00.3042 Patentgesetz. Änderung) ein, in welcher er den Bundesrat auffordert, das Patentgesetz dergestalt zu ändern, dass Parallelimporte umfassend zulässig sind.

Eine entsprechende gesetzliche Regelung könnte z.B. wie folgt aussehen:

⁶¹ Vgl. Ziff. 5.3.

Art. 8a PatG (neu)

Wird ein Erzeugnis vom Patentinhaber oder mit seiner Zustimmung in der Schweiz oder im Ausland in Verkehr gebracht, so ist das Recht an diesem Erzeugnis erschöpft.

Würdigung dieser Variante:

- + Aus wirtschaftstheoretischer (wettbewerbs- bzw. ordnungspolitischer) Sicht wird davon ausgegangen, dass die Zulässigkeit von Parallelimporten in gewöhnlichen Märkten tendenziell zu sinkenden Preisen führen würde, wobei zur Zeit keine Angaben über das Ausmass möglich sind.
- + Die Variante steht in Einklang mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz (insbes. WTO).
- Es liegen keine gesicherten Erkenntnisse über die volkswirtschaftlichen Auswirkungen eines Wechsels von der nationalen zur internationalen Erschöpfung vor.
- Alleingang der Schweiz: Abgesehen von Argentinien und Hongkong ist dem Bundesrat kein anderes Land bekannt, welches im Patentrecht das Prinzip der internationalen Erschöpfung kennt.
- Abkehr von der seitens der Schweiz in der GATT/Uruguay-Runde und seither in der WTO vertretenen Verhandlungsposition (nationale Erschöpfung im Patentrecht).
- Ohne Gegenrecht erscheint es integrationspolitisch wenig sinnvoll, Vorleistungen gegenüber der EU (im Sinne einer Zulassung von Parallelimporten aus dem EU-Raum) zu erbringen.
- Die Vorgehensweise ist nicht eurokompatibel, weil in der EU Parallelimporte aus Drittstaaten in den europäischen Markt untersagt sind. Da die Schweiz nicht EU-Mitglied ist, kommt diesem Umstand allerdings keine entscheidende Bedeutung zu.
- Weil nicht überall vergleichbare Bedingungen herrschen, wie sie die schweizerische Rechts- und Wirtschaftsordnung gewährleistet, werden gegenüber der aktuellen Situation die unabdingbaren ausschliesslichen Rechte der Inhaber schweizerischer Patente beim erstmaligen Inverkehrbringen ihrer patentgeschützten Produkte nicht gewahrt.
- Die einseitige Einführung der internationalen Erschöpfung führt zu einer einseitigen Öffnung des Marktes, ohne dass für die schweizerische Exportindustrie Gegenrecht besteht.
- Es erscheint aussen(wirtschafts)politisch problematisch, wenn die Schweiz auf dem Wege der Zulässigkeit von Parallelimporten von regulierten Preisen Profit zu ziehen versucht (Vorwurf des „Rosinenpickens“).

Offene Fragen:

- ⇒ Empirische Studie zwecks Abklärung der möglichen Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft, insbesondere:
- Welches sind die Auswirkungen auf das Preisgefüge in den verschiedenen Märkten?
 - Welches sind die Auswirkungen auf die betroffenen Wirtschaftsgruppen (insbes. Patentinhaber, Zwischenhandel, Konsumentinnen und Konsumenten)?
 - Welches sind die Auswirkungen auf den Forschungsstandort Schweiz?
Welche flankierenden Massnahmen könnten allenfalls gegen eine missbräuchliche Nutzung des Systems eingeführt werden?

6.4.2 Variante 2 (internationale Erschöpfung mit sachlichen Einschränkungen)

Der Grundsatz der internationalen Erschöpfung wird als Regel festgeschrieben und in sachlicher Hinsicht eingeschränkt, indem die Umstände, unter denen die patentrechtlich geschützten Güter in Verkehr gebracht wurden, berücksichtigt werden.

Art. 8a PatG (neu)

Wird ein Erzeugnis vom Patentinhaber oder mit seiner Zustimmung in der Schweiz oder im Ausland in Verkehr gebracht, so ist das Recht an diesem Erzeugnis erschöpft, sofern der Patentinhaber sein Recht auf Grund der wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen beim ersten Inverkehrbringen im Ausland im gleichen Umfang wie in der Schweiz geltend machen konnte.

Würdigung dieser Variante / offene Frage:

Es besteht eine sachliche Ähnlichkeit mit der Option 1, Variante 1, mit ähnlich gelagerten Vor- und Nachteilen. Der Unterschied zur Option 1, Variante 1, besteht darin, dass die Beweislast für das Vorliegen vergleichbarer Rahmenbedingungen hier dem Patentinhaber, dort jedoch dem Parallelimporteur obliegt.

7 Gesamtwürdigung und Schlussfolgerungen

Der vorstehende Bericht zeigt, dass es sich bei der Frage der Zulassung von Parallelimporten und der Erschöpfung von Immaterialgüterrechten um eine komplexe und vielschichtige Problematik handelt, die nicht nur von erheblicher patentrechtlicher, sondern auch von grosser wettbewerbsrechtlicher, (ausser-)wirtschaftspolitischer, integrationspolitischer, innovationspolitischer und polizeirechtlicher Bedeutung ist.

Hinzu kommt, dass das Problem nicht nur unter dem Blickwinkel dieser vielschichtigen nationalen Interessen bzw. Gegebenheiten betrachtet werden darf, sondern dass auch das internationale Umfeld und die internationalen Verpflichtungen der Schweiz – insbesondere in Bezug auf die WTO und die EU – zu berücksichtigen sind. Weil zur Erstellung des Berichts nur wenig Zeit zur Verfügung stand, konnten die Probleme zwar identifiziert, jedoch nicht abschliessend beantwortet werden.

Den Inhabern (schweizerischer) Patente wird von der Rechtsordnung aus Gründen der Innovationsförderung ein zeitlich, örtlich und sachlich beschränktes Ausschliesslichkeitsrecht eingeräumt⁶². Nach Auffassung des Bundesgerichts folgt hieraus, dass sich das unabdingbare Recht der Patentinhaber, die patentgeschützten Produkte erstmals in Verkehr zu setzen, nur dann erschöpfen soll, wenn die Inverkehrsetzung in der Schweiz oder unter Bedingungen erfolgt ist, die mit denjenigen der schweizerischen Rechts- und Wirtschaftsordnung vergleichbar sind⁶³. Dies gilt sowohl bei gewöhnlichen als auch bei staatlich preisregulierten Märkten. Dieser Interessenlage vermag eine einseitige Statuierung des Grundsatzes der regionalen oder der internationalen Erschöpfung nicht gerecht zu werden. Aus patentrechtlicher Sicht ist das Prinzip der nationalen Erschöpfung im heutigen Zeitpunkt deshalb sachgerecht. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil in Sachen Kodak darauf hingewiesen, dass einer „überschiessenden Rechtsmacht“⁶⁴ des Patentinhabers mit den Mitteln des Kartellrechts zu begegnen ist. Was das Ausland betrifft, so ist festzustellen, dass dem Bundesrat abgesehen von Argentinien und Hong-

⁶² Vgl. Ziff. 2.2.3.1.

⁶³ BGE i.S. Kodak E. 8c dd; vgl. Ziff. 2.1.

⁶⁴ Vgl. Ziff. 2.1.

kein Land bekannt ist, welches im Patentrecht das Prinzip der internationalen Erschöpfung kennt.

Der vom Bundesgericht entschiedene Rechtsstreit betraf ein in der Schweiz patentgeschütztes Produkt, das in einem so genannten gewöhnlichen Markt gehandelt wird, in dem der Staat weder direkt Einfluss auf die Preisbildung nimmt noch durch polizeirechtliche Zulassungsverfahren zum Schutze der Gesundheit oder der Umwelt den entsprechenden Handel einschränkt⁶⁵.

In gewöhnlichen Märkten ist aus wirtschaftstheoretischer (wettbewerbs- bzw. ordnungspolitischer) Sicht ein Systemwechsel – das heisst die Zulässigkeit von Parallelimporten – sachgerecht, weil bei Einführung der internationalen Erschöpfung die Preise der entsprechenden Güter tendenziell sinken dürften⁶⁶.

Mit Bezug auf die staatlich preisregulierten Märkte (insbes. bei Arzneimitteln) ist dagegen offen, ob die Einführung der internationalen Erschöpfung und damit eine Einschränkung der Rechte der Patentinhaber das adäquate Mittel wäre, um die aus Konsumentensicht erwünschten Preisvorteile zu bewirken. Hierfür existieren noch andere, eventuell geeignetere Mittel. So zum Beispiel das auch vom Bundesgericht erwähnte Kartellgesetz, welches es erlaubt, einer kartellrechtlich relevanten Beschränkung des Handels mit patentgeschützten Waren entgegenzutreten. Zu denken ist ausserdem an die Möglichkeit der Überprüfung der Regelungen zu den staatlich preisregulierten Märkten.

Zu bedenken ist schliesslich, dass sich Parallelimporte auf das Gesundheits- und Umweltschutzniveau auswirken können. Der Schutz vor gesundheits- oder umweltgefährdenden Produkten kann durch Produktvorschriften und Zulassungsverfahren in den Spezialgesetzen (z.B. HMG, ChemG, LwG) gewährleistet werden. Soweit solche bestehen, wirkt sich die nationale, regionale oder internationale Erschöpfung nicht direkt auf das Gesundheits- und Umweltschutzniveau bei Produkten (Arzneimitteln, Pflanzenschutzmitteln, Chemikalien) aus.

Der Bundesrat kann somit die Frage nach den gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen eines Systemwechsels von der nationalen zur internationalen Erschöpfung gegenwärtig nicht beantworten. Er ist der Auffassung, dass ein entsprechender Entscheid nicht voreilig in die Wege geleitet werden soll. Es ist unerlässlich, dass zuvor die zur Beurteilung eines solchen Systemwechsels notwendigen Informationen zur Verfügung stehen.

Der Bundesrat nimmt zu der von der WAK aufgeworfenen Problematik wie folgt Stellung:

1. Da die für die Beurteilung notwendigen Abklärungen zur Zeit nicht vorliegen, bekennt sich der Bundesrat zu der im Bundesgerichtsentscheid in Sachen Kodak dargelegten Rechtslage, das heisst zum Prinzip der nationalen Erschöpfung im Patentrecht. Der Bundesrat empfiehlt deshalb, von einer Revision des Patentgesetzes mit Bezug auf die Erschöpfungsproblematik im jetzigen Zeitpunkt abzusehen.
2. Der Bundesrat ist jedoch bereit, im Hinblick auf die Erschöpfungsproblematik [in dieser Legislaturperiode] weitere Abklärungen zu treffen, um die zur Diskussion der Frage notwendigen Informationen bereitzustellen. Dabei schlägt er vor, die folgenden Fragen zu untersuchen:
 - Wie würde sich die Einführung der internationalen Erschöpfung (empirisch) auf die schweizerische Volkswirtschaft auswirken, namentlich auf das Preisgefüge in den verschiedenen – gewöhnlichen sowie staatlich preisregulierten – Märkten, die beteiligten Wirtschaftsgruppen (insbes. Patentinhaber, Zwischenhandel, Konsumentinnen und

⁶⁵ Zur Unterscheidung zwischen gewöhnlichen und staatlich preisregulierten Märkten s. Ziff. 1.2.

⁶⁶ Vgl. Ziff. 2.3 und 4.

Konsumenten) sowie den Forschungsstandort Schweiz? Welche flankierenden Massnahmen könnten allenfalls gegen eine missbräuchliche Nutzung des Systems eingeführt werden⁶⁷?

- Wie haben sich die Preise innerhalb der EU – in gewöhnlichen wie in staatlich preisregulierten Märkten – nach Einführung der regionalen Erschöpfung verändert⁶⁸?
- Ist es der Schweiz unter Berücksichtigung der von ihr eingegangenen internationalen Verpflichtungen erlaubt, die Erschöpfung nach Produkten bzw. Märkten differenziert zu regeln? Gibt es andere (WTO-Mitglied-)Staaten, welche ein derartiges Mischsystem kennen⁶⁹?

Der Bundesrat ist – unter Berücksichtigung der von der Schweiz eingegangenen internationalen Verpflichtungen, insbesondere im Rahmen der WTO und im Verhältnis zur EU, und der Gewährung des Gegenrechts – bereit, die Frage der Parallelimporte im Lichte der entsprechenden Erkenntnisse nochmals zu überprüfen.

3. Sofern das Parlament einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf bejahen sollte, hält der Bundesrat im gegenwärtigen Zeitpunkt eine Änderung des Kartellgesetzes für sinnvoll, um eine kartellmässig missbräuchliche Behinderung von Parallelimporten gestützt auf Immaterialgüterrechte zu verhindern. In diesem Fall befürwortet er eine Änderung von Artikel 3 Absatz 2 KG⁷⁰.
4. Da das – vor allem in staatlich preisregulierten Märkten – hohe Preisniveau in der Schweiz vermutlich nicht (nur) eine Frage der Erschöpfung von Patentrechten ist, erklärt sich der Bundesrat bereit, die verschiedenen Regelungen der staatlich preisregulierten Märkte zu überprüfen.

⁶⁷ Vgl. Ziff. 6.4., Option 4 Variante 1.

⁶⁸ Vgl. Ziff. 6.2., Option 2.

⁶⁹ Vgl. Ziff. 6.3., Option 3.

⁷⁰ S. hierzu Ziff. 6.1., Option 1, Variante 3, Alternative (redaktionell abgewandelter Vorschlag Meier-Schatz).

Anhänge

1. Anfrage der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats (WAK) vom 24. Januar 2000
2. Urteil des Bundesgerichts in Sachen Kodak SA gegen Jumbo-Markt AG vom 7. Dezember 1999
3. Antwort des Bundesrates vom 6. März 2000 auf die Interpellation Sommaruga (99.3647 Mehr Wettbewerb dank Parallelimporten)