

Rolf Weder (Hrsg.)

**Parallelimporte und der Schweizer  
Pharmamarkt**

**D**as **Europainstitut der Universität Basel** ist ein rechts-, politik- und wirtschaftswissenschaftliches Zentrum für interdisziplinäre Lehre und Forschung zu europäischen Fragen. Neben einem einjährigen, praxisbezogenen und interdisziplinären Nachdiplomstudium zum *Master of Advanced European Studies* und dem Vertiefungsstudium *Major in Conflict and Development* werden spezielle Weiterbildungskurse angeboten. In der Forschung werden in Zusammenarbeit mit benachbarten Instituten sowohl fachspezifische wie multidisziplinäre Themen bearbeitet. Das Europainstitut ist als Ansprechpartner für Politik, Wirtschaft und Verwaltung beratend tätig.

**Prof. Dr. Rolf Weder** ist ordentlicher Professor für Ökonomie und europäische Integration an der Universität Basel, Leiter der Abteilung Aussenwirtschaft & Europäische Integration am Wirtschaftswissenschaftlichen Zentrum (WWZ) und Dozent für Ökonomie am Europainstitut der Universität Basel. Der vorliegende Band ist ein Druck der überarbeiteten Referate an der Tagung „Parallelimporte und der Schweizer Pharmamarkt“, die vom Europainstitut und dem WWZ-Forum organisiert und am 22. November 2004 in Basel durchgeführt wurde.

## Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b>	<b>S. 5</b>
<b>BEGRÜSSUNG UND EINFÜHRUNG AUS AUSSENWIRTSCHAFTLICHER SICHT</b> Von Prof. Dr. Rolf Weder	<b>S. 9</b>
<b>RECHTSLAGE UND HANDLUNGSSPIELRAUM</b> Von Dr. Felix Addor	<b>S. 19</b>
<b>WIRKT DIE SCHWEIZER MARKTORDNUNG PREISTREIBEND?</b> Von Rudolph H. Strahm	<b>S. 33</b>
<b>DIE SCHWEIZ UND DAS AUSLAND - KONZEPTIONELLE ÜBERLEGUNGEN</b> Von Guido Barsuglia	<b>S. 47</b>
<b>PARALLELIMPORTE IN DIE SCHWEIZ - EMPIRISCHE RESULTATE</b> Von Dr. Stephan Vaterlaus	<b>S. 61</b>
<b>DIE POSITION DER FORSCHENDEN PHARMAINDUSTRIE SCHWEIZ</b> Von Thomas Cueni	<b>S. 75</b>
<b>POSITION DES SCHWEIZER PREISREGULATORS – DIE SPEZIALITÄTENLISTE</b> Von Dr. Reinhard Kämpf	<b>S. 89</b>
<b>DER PARALLELIMPORTEUR - ERFAHRUNGEN AUS DEUTSCHLAND</b> Von Jörg Geller	<b>S. 101</b>
<b>ÖSTERREICHISCHE KLEINSTAAT-ERFAHRUNGEN MIT PARALLELIMPORTEN</b> Von Gernot Spaninger	<b>S. 113</b>

## Vorwort

„Soll die Schweiz am Parallelimportverbot für patentierte Güter und damit am Prinzip der nationalen Erschöpfung im Patentrecht festhalten?“ Diese Frage wurde, bezogen auf den Schweizer Pharmamarkt, an einer gemeinsam vom Europainstitut und WWZ-Forum der Universität Basel durchgeführten Tagung im November 2004 diskutiert. Die Referate verschiedener Experten aus Beratung, Verwaltung, Wirtschaft und Wissenschaft im In- und Ausland sind in dieser Publikation in überarbeiteter Form abgedruckt.

Die Fragestellung ist komplex, die Diskussion war und ist kontrovers, und eine Antwort bleibt mit einigen Unsicherheiten behaftet. Dies liegt daran, dass die Alternativen (regionale und internationale Erschöpfung des Patentrechtes) bezüglich ihrer wirtschaftlichen Auswirkungen und politischen Machbarkeit unterschiedlich beurteilt werden. Das unterschiedliche Urteil ergibt sich insbesondere daraus, dass die Mechanismen im Pharmamarkt durch die Koexistenz von zahlreichen (zum Teil intransparenten) Regulierungen im In- und Ausland in ihrer Gesamtwirkung momentan kaum wirklich erfasst werden können.

Der Bundesrat hat im Dezember 2004 aufgrund eines erneuten Berichtes, der sich speziell mit der Einführung der regionalen Erschöpfung auseinandersetzt, entschieden, am Parallelimportverbot für patentierte Güter festzuhalten.<sup>1</sup> Damit wird die Diskussion aber kaum verstummen. Vor diesem Hintergrund dürften die Beiträge in diesem Band wertvoll bleiben. Dies vor allem deshalb, weil sie in kurzer Form die unterschiedlichen Standpunkte, jeweils betonten Problembereiche und individuellen Folgerungen aufzeigen.

Der Preisüberwacher, *Rudolf Strahm*, fasst die Situation zusammen mit „in unserem Land regulieren alle immer mit bestem Wissen und Gewis-

sen im Sinne der Sicherheit (...), alle tun ihr Bestes, doch niemand denkt an den Preis“, während der Generalsekretär der Interpharma, *Thomas Cueni*, umgekehrt bemängelt, dass man in der ganzen Diskussion um das Gesundheits- und Pharmawesen zu stark auf die Kosten und zu wenig auf den Nutzen hinweise. Die in diesem Band publizierten Beiträge geben weiter einen Einblick in eine Vielzahl von Aspekten, von denen hier einige aufgezählt werden sollen: Problematik der regionalen Erschöpfung (*Felix Addor*), Preisfestsetzung durch den Preisregulator (*Reinhard Kämpf*), Nutzen und Erfahrungen des Parallelimporteurs (*Jörg Geller*), Abschätzung der gesamtwirtschaftlichen Effekte einer Handelsliberalisierung für Pharmaprodukte (*Guido Barsuglia, Stefan Vaterlaus*), Behandlung von Parallelimporten in Österreich (*Gernot Spanninger*).

Ob Parallelimporte ein Zaubermittel gegen hohe Preise, für mehr Wettbewerb und mehr Wohlstand in der Schweiz sind, kann mit dieser Publikation (noch) nicht abschliessend beantwortet werden. Es gibt hier noch zu viele „lose Enden“. <sup>2</sup> Dazu gehört insbesondere auch die Frage, wie die regulierten Preise im In- und Ausland genau zustande kommen und ob bzw. wie diese Preise im Ausland durch eine Aufhebung des Parallelimportverbotes der Schweiz beeinflusst würden. Meines Erachtens ist die Beantwortung dieser Frage entscheidend für die Bewertung der sich aus einer Liberalisierung ergebenden Wohlfahrtseffekte auf die Schweiz. Und hier tragen m. E. die im Laufe der Tagung erwähnten Studien wenig zur Klärung bei.

Nicht unterschätzt werden darf der Informationsgehalt der hier veröffentlichten Beiträge hinsichtlich einer „grösseren Reform des Pharmamarktes“: eine Reform, die sich nicht „nur“ der Frage widmet, welche Auswirkungen die Liberalisierung des internationalen Handels mit patentierten Pharmazeutika auf die Schweiz *bei bestehenden Regulierungen* hätte, sondern eine Reform, die sich mit der Optimierung und

allenfalls Abschaffung von gewissen Produkt- und Preisregulierungen im In- und Ausland befasst. Dazu finden sich in mehreren Beiträgen Ideen und konkrete Vorschläge.

Ich danke den Referenten für ihr Engagement und ihre Bereitschaft, aktiv an der Tagung mitzuwirken und ihre Referatstexte für diese Publikation zu überarbeiten. Dank gebührt auch meinen Assistenten, Guido Barsuglia und Ulf Lewrick, für die inhaltliche und organisatorische Mitbetreuung der Tagung, sowie Ariane Schnueriger für das Erstellen der Textentwürfe auf der Basis von Tonbandaufnahmen und Didier Plaschy für die redaktionelle Begleitung bis zur Drucklegung.

Im April 2005

Rolf Weder

**Fussnoten:**

<sup>1</sup> „Parallelimporte und Patentrecht: Regionale Erschöpfung“. Bericht des Bundesrates vom 3. Dezember 2004 in Beantwortung des Postulats der WAK-N (03.3423) sowie der Postulate 04.3164 und 04.3197.

<sup>2</sup> Zweifel sind meines Erachtens berechtigt, wie ich dies im folgenden Artikel aufzuzeigen versuchte: „Parallelimporte – Ein Zaubermittel?“, *Basler Zeitung*, 28.2.2005, S. 19.

## RECHTSLAGE UND HANDLUNGSSPIELRAUM

*Dr. Felix Addor, Leiter Recht & Internationales, Mitglied der Direktion des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum, Bern*

Das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum ist das Kompetenzzentrum des Bundes für alle Fragen im Immaterialgüterrecht und damit aus immaterialgüterrechtlicher Seite mit dieser Fragestellung befasst. Zunächst einmal:

### **Was sind Parallelimporte?**

Unter Parallelimport im hier verwendeten Sinne<sup>1</sup> versteht man den Import einer immaterialgüterrechtlich (z.B. durch ein Patent) geschützten Ware, die vom Schutzrechtsinhaber selber oder mit dessen Zustimmung in einem Drittland in Verkehr gebracht wurde. Parallelimporte sind nur bei einer internationalen (= weltweiten) oder einer regionalen (= innerhalb eines Wirtschaftsraums) Erschöpfung des Schutzrechts möglich. Sie treten vor allem dann auf, wenn die Preise im Drittland signifikant tiefer sind als im Importland.

Die Frage der Zulässigkeit von Parallelimporten betrifft die Ausgestaltung und den Umfang der dem Patentinhaber eingeräumten Ausschliesslichkeitsrechte bzw. die Frage, aufgrund welcher Handlungen des Patentinhabers sich seine Rechte *erschöpfen*. Die Zulassung von Parallelimporten bedeutet eine Einschränkung der Ausschliesslichkeitsrechte, welche letztlich die Refinanzierungsmöglichkeiten der gemachten Erfindung und somit die Verkaufsstrategien und die Preispolitik des Patentinhabers (auch im Ausland) beeinflusst.

### **Parallelimporte marken- und urheberrechtlich geschützter Produkte sind in der Schweiz nach geltendem Recht zulässig ...**

Im Markenrecht gilt in der Schweiz das Prinzip der internationalen Erschöpfung. Somit sind Parallelimporte von Markenartikeln (z.B.

Kleider, Parfums, Lebensmittel) aus der ganzen Welt zulässig. Dies hat das Bundesgericht zuletzt in seinem Entscheid „Chanel“ (BGE 122 III 469) bestätigt. Ebenso entschied es für das Urheberrecht im Urteil „Nintendo“ (BGE 124 III 321).

Allerdings hat das Parlament im Rahmen der Revision des Filmgesetzes eine Sonderregelung für die Erschöpfung der Urheberrechte an audiovisuellen Werken geschaffen. Diese Bestimmung, welche für diese Werkkategorie generell die nationale Erschöpfung vorsah, wurde per 1. April 2004 dahingehend modifiziert, dass das Recht, Parallelimporte von Videokassetten und DVDs zu verbieten, nur so lange besteht, als die erste Kinoverwertung des Werks nicht abgeschlossen ist. Sobald die primäre Kinoverwertung beendet ist, ist der Parallelimport aus der ganzen Welt erlaubt.<sup>2</sup> Die Erstaufführung von Kinofilmen wird somit geschützt, ohne dass der Wettbewerb in Bezug auf den Vertrieb von Videokassetten und DVDs durch ein Parallelimportverbot eingeschränkt würde.

#### **... und der Grundsatz der nationalen Erschöpfung im Patentrecht gilt nicht uneingeschränkt**

Im „Kodak“-Urteil (BGE 126 III 129) hat das Bundesgericht die im Patentgesetz nicht explizit geregelte Frage der Erschöpfung zugunsten der nationalen Erschöpfung entschieden. Das Bundesgericht schloss sich damit der weltweit überwiegend geltenden Rechtslage an.

#### **Es besteht eine kartellrechtliche Eingriffsmöglichkeit ...**

Das Bundesgericht hat aber in seinem „Kodak“-Urteil das Prinzip der nationalen Erschöpfung dadurch eingeschränkt, als es festhält, dass sich der Patentinhaber Parallelimporten patentierter Güter in die Schweiz nur so weit widersetzen kann, als damit nicht eine kartellrechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung verbunden ist. Diese Feststellungen des Bundesgerichts wurden anlässlich der Revision des Kartellgesetzes durch eine Ergänzung von Art. 3 Abs. 2 KG gesetzlich verankert. Darin wurde klargestellt, dass die Ausübung der geistigen

Eigentumsrechte dann nicht vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgeschlossen ist, wenn es um Einfuhrbeschränkungen gestützt auf diese Rechte geht.<sup>3</sup> Dem Kartellgesetz kommt somit die Rolle des Korrektivs gegenüber Preismissbräuchen zu, welche auf der nationalen Erschöpfung basieren.

#### **... und eine Regelung zur Verhinderung des Missbrauchs des Mehrfachschutzes ist in Vorbereitung**

Während in der Schweiz der Parallelimport von marken- und urheberrechtlich geschützten Produkten aufgrund des dort geltenden Grundsatzes der internationalen Erschöpfung überwiegend zulässig ist, gilt im Patentrecht die nationale Erschöpfung. Um zu verhindern, dass über einen „nebensächlichen“ patentierten Bestandteil Parallelimporte von marken- und/oder urheberrechtlich geschützten Waren missbräuchlich unterbunden werden, wird in der laufenden Patentgesetzrevision eine Regelung dieser sog. Mehrfachschutzproblematik vorgeschlagen. Demnach ist im Einzelfall abzuwägen, welches Schutzrecht aufgrund seines spezifischen Zwecks einer mehrfach geschützten Ware die Charakteristik verleiht. Parallelimporte mehrfach geschützter Waren könnten somit dann nicht unterbunden werden, wenn die durch das Patent geschützte technische Innovation die Charakteristik der Ware insgesamt nicht entscheidend prägt.<sup>4</sup>

So wird zum Beispiel im Fall eines Markenparfums, dessen Flacon mit einem patentierten Zerstäuber versehen ist, in aller Regel die mit der Marke verbundene Kennzeichnungsfunktion des Produkts im Vordergrund stehen und nicht die technische Innovation des Zerstäubers. Anders zu beurteilen wäre dagegen ein Pflaster mit einem patentgeschützten transdermalen Wirkstoff, der zudem noch ein für Kinder ansprechendes Design hat oder ein Personenfahrzeug mit einer patentierten Ventilsteuerung des Motors, welche den innovativen Charakter dieses Autos ausmacht. Bei diesen Beispielen führt die Abwägung nach dem spezifischen Schutzzweck zum Ergebnis, dass die technische Innovation im Verhältnis zum Zweck des Mar-

ken- und Urheberrechtsschutzes massgebend und nicht bloss von untergeordneter Bedeutung ist.

### **Wie regelt die EU die Frage der Parallelimporte?**

Im *Markenrecht* gilt sowohl nach dem Recht der Mitgliedstaaten (Art. 7 Erste Richtlinie 89/104/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken; ABl. L 40 vom 11.02.1989, S. 1) als auch für die Gemeinschaftsmarken (Art. 13 Verordnung (EG) Nr. 40/94 über die Gemeinschaftsmarke; ABl. L 11 vom 14.01.1994, S. 1) die regionale Erschöpfung. Es ist den EU-Mitgliedstaaten insbesondere auch untersagt, nationalrechtlich weiterhin das Prinzip der internationalen Erschöpfung anzuwenden (EuGH, Rs. C-355/96, Silhouette International Schmied/Hartlauer Handelsgesellschaft, Slg. 1998, I-4799). Anders interpretierte der EFTA-Gerichtshof die Bestimmung hinsichtlich deren Tragweite für Norwegen, Island und Liechtenstein, indem er befand, dass es den EWR-Staaten auch unter Richtlinie 89/104/EWG unbenommen bleibe, die Doktrin der internationalen Erschöpfung des Markenrechts anzuwenden (EFTA-Gerichtshof, Rs. E-2/97, Mag Instrument Inc./California Trading Company Norway). Diese Entscheidung ist jedoch wegen Art. 2 des EWR-Protokolls 28 nicht mehr anwendbar; auch der EFTA-Gerichtshof muss das EU-Recht (wie es vom EuGH interpretiert wurde) befolgen.

Im *Urheberrecht* gilt ebenfalls die regionale Erschöpfung. Dies ergibt sich aus der Rechtsprechung des EuGH (Rs. 78/70, Deutsche Gramophon Gesellschaft/Metro-SB-Grossmärkte, Slg. 1971, 487) sowie aus dem relevanten Richtlinienrecht, welches namentlich auch eine nationalrechtliche internationale Erschöpfung im Recht der Mitgliedstaaten ausschliesst.<sup>5</sup>

Bezüglich *Patenten* hat der EuGH bereits früh auf die regionale Erschöpfung der Rechte und damit die freie Zirkulation patentgeschützter Waren innerhalb der Gemeinschaft erkannt (EuGH, Rs. 15/74, Centrafarm/Sterling Drug, Slg. 1974, 1147). In seiner Rechtsprechung

stellte der Gerichtshof zudem klar, dass die regionale Erschöpfung auch im Falle von staatlichen Preiskontrollen gelte (EuGH, verb. Rs. C-267/95 u. C-268/95, Merck/Primecrown, Slg. 1996, 6371). Auch die Richtlinie 98/44/EG über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen (ABl. L 213 vom 30.7.1998, S. 13) und der Vorschlag für eine Verordnung über das Gemeinschaftspatent<sup>6</sup> sehen das Prinzip der regionalen Erschöpfung vor.

In Bezug auf *pharmazeutische Produkte* hat die Europäische Kommission vor kurzem eine Mitteilung über Paralleleinfuhren von Arzneimitteln, deren Inverkehrbringen bereits genehmigt ist, veröffentlicht.<sup>7</sup> Darin stellt die Kommission klar, wie der Grundsatz des freien Warenverkehrs in der EU bei Paralleleinfuhren von Arzneimitteln anzuwenden ist. Die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten sollen für ein parallel eingeführtes Arzneimittel auf der Basis eines vereinfachten Verfahrens eine Zulassungsgenehmigung erteilen, wenn sie bereits über die zum Schutz der öffentlichen Gesundheit erforderlichen Informationen verfügen. Dieses Vorgehen steht in Einklang mit der Praxis des EuGH, wonach der Gebrauch des Markenrechts nicht zur künstlichen Abschottung des Binnenmarktes führen darf (EuGH, Rs. C-443/99, Merck, Sharp & Dohme/Paranova Pharmazeutika Handels GmbH, Sgl. 2002, I-03703). Parallel eingeführte Originalarzneimittel dürfen also umgepackt, umetikettiert und mit der Marke des Bestimmungslandes versehen werden, solange dadurch der Originalzustand der Ware nicht beeinträchtigt oder der Ruf der Marke bzw. ihres Inhabers geschädigt wird. Weiter ist auf der neuen Verpackung anzugeben, von wem das Erzeugnis umgepackt und hergestellt wurde, und der Markeninhaber ist zu unterrichten, bevor das umgepackte Erzeugnis zum Kauf angeboten wird.

In Bezug auf die *wettbewerbsrechtlichen Aspekte* von Parallelimporten von Arzneimitteln hat der EuGH unlängst bestätigt, dass Produzenten aus dem EU/EWR-Raum die Möglichkeit haben, die Lieferung ihrer Produkte auf die zur Versorgung der Mitgliedstaaten notwendige Menge zu begrenzen und so Parallelimporte zu vermeiden (EuGH,

verb. Rs. C-2/01 P und C-3/01, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure & EG-Kommission/Bayer AG, Slg. 2004). Eine solche Begrenzung der Versorgung gilt nicht als verbotene wettbewerbshindernde Vereinbarung zwischen Unternehmen nach Art. 81 EG-Vertrag. Die Schlussfolgerungen von Generalstaatsanwalt Jacobs im vor dem EuGH hängigen Fall GlaxoSmithKline<sup>8</sup>, in dem er dieselbe Frage unter dem Aspekt des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung prüft, gehen in dieselbe Richtung (Rs C-53/03, Syfait/GlaxoSmithKline): Da Preisunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten im Arzneimittelmarkt die Folge staatlicher Regelung seien, würde eine Verpflichtung zur Versorgung nicht zwingend den freien Warenverkehr begünstigen; zudem könnte es der Innovation abträglich sein. Gemäss Generalstaatsanwalt Jacobs liegt der Parallelhandel nicht immer im Interesse der Konsumentinnen und Konsumenten, sondern vor allem im Interesse der Zwischenhändler. Die Beschränkung von Parallelimporten von Arzneimitteln seien deshalb nicht als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu betrachten.<sup>9</sup>

### **Warum hat der Bundesrat die Einführung der internationalen Erschöpfung im Patentrecht bisher abgelehnt?**

Der Bundesrat hat in seinen verschiedenen, seit dem Kodak-Urteil ergangenen Stellungnahmen zur Frage eines Systemwechsels im Patentrecht von der nationalen zur internationalen Erschöpfung immer am Grundsatz der nationalen Erschöpfung festgehalten. Der Grund dafür liegt insbesondere in den als gering veranschlagten gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen eines Systemwechsels, welcher gemäss einer externen Studie lediglich zu einem BIP-Wachstum zwischen 0,0 und 0,1% führen würde.<sup>10</sup> Zudem sind auch die möglichen negativen Konsequenzen eines Systemwechsels genauer zu beachten.

Zunächst ist den möglichen Folgen im Kontext des Welthandels Rechnung zu tragen: Als Reaktion auf die Einführung der internationalen Erschöpfung in Hochpreisländern ist zu befürchten, dass in

Niedrigpreisländern die Preise an das höhere Preisniveau angeglichen oder diese Märkte nicht mehr oder erst viel später beliefert würden. In Entwicklungsländern könnte dies ernsthafte Konsequenzen auf die Versorgung haben, so vor allem im auf internationaler Ebene heftig debattierten Bereich der Medikamente.

Zudem besteht das Risiko, dass Medikamente zur Behandlung verbreiteter epidemischer Krankheiten wie etwa HIV/AIDS, Tuberkulose oder Malaria, die von der Industrie stark verbilligt an bedürftige Entwicklungsländer abgegeben werden, nicht den eigentlich Bedürftigen zugute kommen, sondern letztlich als parallelimportierte Produkte wieder auf den Märkten der Industrieländer auftauchen. Ohne Gewähr, dass ihre patentgeschützten Produkte nicht über Parallelimporte in die Industriestaaten gelangen können, zeigen sich die Hersteller nicht bereit, ihre Preise der Kaufkraft der Entwicklungsländer anzupassen. Die Möglichkeit, Parallelimporte aus Entwicklungsländern gestützt auf das Patentrecht zu verhindern, bringt dabei klar die grösste Sicherheit.

Weiter ist auch zu bedenken, dass forschungsintensive Unternehmen in der Schweiz einen Regimewechsel als Signal interpretieren könnten, dass der politische Wille abnimmt, Immaterialgüterrechte angemessen zu schützen und der *slippery slope* der Patentrechtserosion eingeschlagen würde. Dies könnte sich letztlich zum Nachteil der Standortattraktivität der Schweiz für Forschung und Entwicklung aus der Sicht dieser Unternehmen auswirken, selbst wenn bei einer auf den vergleichsweise kleinen schweizerischen Markt beschränkten Einführung der internationalen Erschöpfung keine gravierenden Konsequenzen auf die Refinanzierungsmöglichkeiten für die kostenintensive Forschung und Entwicklung zu erwarten wären und somit die objektiven Standortfaktoren weitgehend unverändert blieben.

Zumindest die beiden erstgenannten Nachteile würden wegfallen, wenn die Schweiz den Systemwechsel lediglich mit Bezug auf die EU-Länder vollziehen und eine sog. regionale Erschöpfung einführen würde. Der Bundesrat hat deshalb auch diese Alternative eingehend

geprüft.

### **Was hat der Bundesrat bisher im Hinblick auf die Einführung einer regionalen Erschöpfung mit der EU unternommen?**

Der Versuch, im Rahmen 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 bisher am fehlenden Interesse der EU-Kommission (vgl. Bericht des Bundesrats vom Mai 2000, S. 19).

Die Frage der regionalen Erschöpfung wurde im Rahmen der Vorbereitungsarbeiten zu den bilateralen Verhandlungen II verwaltungsintern diskutiert. Angesichts der schweizerischen Interessenlage und der Schwierigkeiten in den verschiedenen Verhandlungsdossiers – insbesondere bezüglich der Abkommen Schengen/Dublin – wurde damals darauf verzichtet, dieses Thema ins Verhandlungsmandat aufzunehmen.

Eine interdepartementale Arbeitsgruppe erarbeitet dieses Jahr einen (dritten!) Bericht zu Händen des Bundesrates, in welchem in Beantwortung eines Postulats der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats (Postulat 03.3423) die Aufnahme von Verhandlungen mit der EU geprüft wird, welche die Einführung einer *gegenseitigen* regionaleuropäischen Erschöpfung im Patentrecht zum Ziel haben. Der Bericht soll vom Bundesrat im Dezember 2004 behandelt und danach veröffentlicht werden.

### **Abklärung der Auswirkungen ...**

Der Bericht klärt die Möglichkeit der Einführung der gegenseitigen regionaleuropäischen Erschöpfung im Patentrecht ab. Er untersucht, welche positiven und negativen Auswirkungen die Vereinbarung der regionalen Erschöpfung für die Schweizer Wirtschaft hätte, wobei sämtliche Betroffenen, also nebst Konsumentinnen und Konsumenten auch Rechtsinhaberinnen und Rechtsinhaber sowie Verkaufs- und

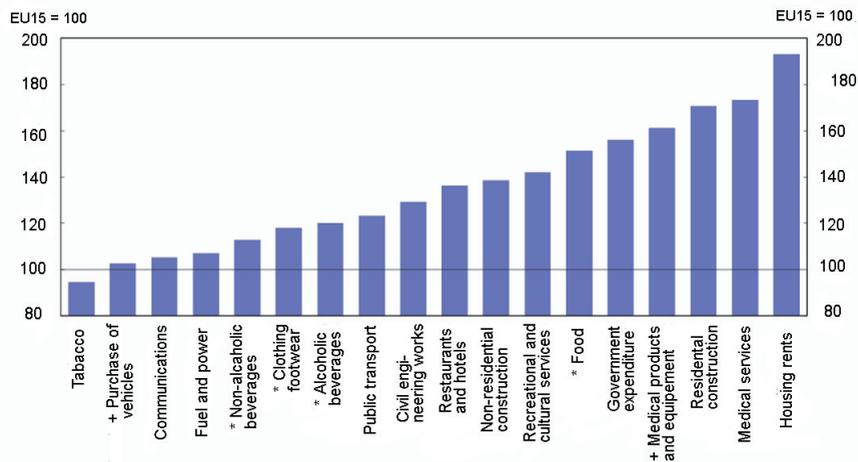
Detailhandelskreise zu berücksichtigen sind.

Zu beachten ist auch, dass die EU einer Vereinbarung der regionalen Erschöpfung wohl nur zustimmen würde, wenn sie sämtliche Immaterialgüterrechte, also auch das Marken- und Urheberrecht umfasst. Da sich nach bisherigem Recht Marken- und Urheberrechte in der Schweiz international erschöpfen, besteht das Risiko einer Einschränkung des freien Warenverkehrs: Parallelimporte marken- oder urheberrechtlich geschützter Güter aus Tiefpreisländern ausserhalb der EU wären diesfalls nicht mehr zulässig.

### **... insbesondere auch des Preissenkungspotentials einer Einführung der regionalen Erschöpfung im Patentrecht im Allgemeinen ...**

Der zweite Bericht des Bundesrats zu Parallelimporten und Patentrecht hat aufgezeigt, dass bereits das Wachstumspotential, das aus der Einführung der internationalen Erschöpfung im Patentrecht resultieren würde, bescheiden ist (BIP-Wachstum von 0.0% - 0.1%). Entsprechend sind aufgrund des höheren Preisniveaus in der EU die zu erwartenden Effekte der Einführung einer regionalen Erschöpfung noch geringer.

Auch eine Analyse der in der Economic Survey der OECD über die Schweiz für 2003 aufgeführten Preisunterschiede gegenüber der EU im Konsumentenbereich ergibt, dass von den aufgeführten Waren und Dienstleistungssektoren Patentschutz einzig bei Arzneimitteln und allenfalls bei Fahrzeugen eine Rolle spielt. Gerade im Arzneimittelmarkt gelten aber aufgrund der Preisregulierungen besondere Regeln. Wichtig ist auch die Feststellung, dass bezüglich markenrechtlich geschützter Güter trotz der internationalen Erschöpfung und der damit verbundenen Zulässigkeit von Parallelimporten in der Schweiz bisher keine Angleichung des Preisniveaus an das umliegende Ausland stattfand.



keine immaterialgüterrechtlich geschützte Güter  
 \* primär markenrechtlich geschützte Güter  
 + patentrechtlich geschützte Güter

*Mögliche Auswirkungen der regionalen Erschöpfung des Patentrechts auf das Preisniveau in der Schweiz  
 (Quelle des Diagramms: OECD Economic Survey Switzerland 2003, S. 94)*

### ... und bei preisregulierten Märkten wie dem Arzneimittelmarkt im Besonderen

Während sich die Produktpreise in gewöhnlichen Märkten nach Angebot und Nachfrage bilden, bestimmt in preisregulierten Märkten der Staat im Wesentlichen die Preise, indem er entweder direkt den Preis selbst, ein Preisband oder einen Höchstpreis für die entsprechenden Produkte festlegt. Im preisregulierten Arzneimittelmarkt führt die Zulassung von Parallelimporten somit nicht zum Preiswettbewerb, sondern zum Wettbewerb zwischen den unterschiedlichen Regulierungen. Die Folge ist nicht eine Aufhebung der Preisverzerrungen, sondern eine Unterwanderung der politischen Entscheide eines Landes

in Bezug auf seine Gesundheitspolitik. Die Legitimität eines solchen Wettbewerbs der Regulierungen ist deshalb fragwürdig.

### Machbarkeit eines Systemwechsels zur gegenseitigen regionalen Erschöpfung

Der 3. Bericht setzt sich auch mit der rechtlichen und politischen Machbarkeit einer Vereinbarung mit der EU auseinander. Der Übergang von der nationalen zur regionalen Erschöpfung im Patentrecht wäre im Rahmen der internationalen Verpflichtungen der Schweiz und der EU unproblematisch. Anders im Marken- und Urheberrecht: Ein Übergang von der internationalen auf die regionale Erschöpfung könnte als Errichtung eines neuen Handelshemmnisses für Güter von ausserhalb der EU qualifiziert werden, was den Bestimmungen des WTO-Rechts zuwiderlaufen würde.

Wichtig für den Entscheid über die Aufnahme von Verhandlungen mit der EU sind auch die potentiellen Gegenforderungen, welche von Seiten der EU zu erwarten wären. Die Erfahrungen mit den bilateralen Verhandlungen II haben gezeigt, dass die EU den Verhandlungsvorschlägen der Schweiz jeweils mit umfangreichen Gegenforderungen zur Wahrung von Gemeinschaftsinteressen gegenübertritt. Deren mögliche Auswirkungen für die Schweiz sind bei der Entscheidung über die Aufnahme von Verhandlungen über die regionale Erschöpfung mitzubedenken.

### Weshalb kann die regionale Erschöpfung von der Schweiz nicht einseitig eingeführt werden?

Die regionale Erschöpfung kann nur aufgrund eines bilateralen Abkommens mit der EU oder den EWR-Staaten abgeschlossen werden. Eine einseitige Einführung der regionalen Erschöpfung würde das Diskriminierungsverbot nach WTO/GATT, WTO/TRIPS-Abkommen sowie der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums verletzen. Zudem erschiene es ohne Gegenrecht integrationspolitisch

wenig sinnvoll, Vorleistungen gegenüber der EU (im Sinne der Zulassung von Parallelimporten aus dem EU-Raum) zu erbringen.

#### Fussnoten:

<sup>1</sup> Zu Begriff und Hintergründen s. <<http://www.evd.admin.ch/evd/dossiers/parallelimporte/index.html?lang=de>>.

<sup>2</sup> Art. 12 Abs. 1bis URG (in Kraft seit 1. April 2004): „Exemplare von audiovisuellen Werken dürfen so lange nicht weiterveräußert oder vermietet werden, als der Urheber oder die Urheberin dadurch in der Ausübung des Aufführungsrechts (Art. 10 Abs. 2 Bst. c) beeinträchtigt wird.“

<sup>3</sup> Art. 3 Abs. 2 KG (in Kraft seit 1. April 2004): „Nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. *Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz.*“

<sup>4</sup> Art. 9b Abs. 2 E-PatG (Bestandteil der Ende Oktober 2004 abgelaufenen Vernehmlassung zur Patentgesetzrevision): „Die Zustimmung des Patentinhabers zum Inverkehrbringen im Inland ist nicht erforderlich für eine patentgeschützte Ware, an der weitere Rechte des geistigen Eigentums bestehen und für deren Charakter der Patentschutz im Vergleich zu diesen Rechten untergeordnete Bedeutung hat.“

<sup>5</sup> Vgl. Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. L 167 vom 22.06.2001, S. 10); Art. 9 Abs. 2 Richtlinie 92/100/EWG zum Vermiet- und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums (ABl. L 346 vom 27.11.1992, S. 61) sowie Art. 4 Bst. c zweiter Satz der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (ABl. L 122 vom 17.05.1991 S. 42).

<sup>6</sup> Vgl. Rat der Europäischen Union, Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Gemeinschaftspatent vom 8. März 2004 (Dok.-Nr. 7114/04), abrufbar unter <<http://register.consilium.eu.int/pdf/de/04/st07/st07119.de04.pdf>>.

<sup>7</sup> Mitteilung der Kommission über Paralleleinfuhren von Arzneispezialitäten, deren Inverkehrbringen bereits genehmigt ist, KOM(2003) 839 endg. <[http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/goods/docs/com-893\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/goods/docs/com-893_de.pdf)>.

<sup>8</sup> <[curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de&Submit=Suchen&docrequire=alldocs&numaff=C-53%2F03&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&ots=&resmax=100](http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de&Submit=Suchen&docrequire=alldocs&numaff=C-53%2F03&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&ots=&resmax=100)>.

<sup>9</sup> Zum Verbot des Verkaufs von rezeptpflichtigen Medikamenten.