

# **Erläuternder Bericht zum Systementscheid bei der Erschöpfung im Patentrecht**

vom 18. April 2007

---

# Übersicht

## Ausgangslage

*Mit Urteil vom 7. Dezember 1999 stellte das Bundesgericht für den Bereich des Patentrechts den Grundsatz der nationalen Erschöpfung auf. Patentinhaber können sich demnach dem Import von im Ausland veräusserten patentgeschützten Erzeugnissen in die Schweiz widersetzen, sofern damit nicht eine kartellrechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung verbunden ist. Das Urteil löste eine Kontroverse aus, die bis heute anhält.*

*Der Bundesrat nahm in drei Berichten zur Erschöpfung im Patentrecht Stellung: Er verwarf darin einen Wechsel zum System der internationalen oder regionalen Erschöpfung im Patentrecht, weil der erwartete wirtschaftliche Nutzen die Nachteile eines solchen Wechsels nicht aufwiege. Der Bundesrat hielt am geltenden System der nationalen Erschöpfung fest. Diese Haltung bekräftigte er seither mehrfach. Er befürwortete jedoch Massnahmen zur Verhinderung eines Missbrauchs des Patentrechts. Die Botschaft vom 23. November 2005 zur Änderung des Patentgesetzes und zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Patentrechtsvertrags und der Ausführungsordnung (BBl 2006 I) setzte diese Haltung durch entsprechende Vorschläge um.*

*Am 20. Dezember 2006 beschloss der Nationalrat, die Frage der Erschöpfung im Patentrecht aus der Vorlage herauszulösen. Zugleich stimmte er einer Motion zu, die den Bundesrat ersucht, auf die Frage der patentrechtlichen Erschöpfung zurückzukommen und bis Ende 2007 in einer Botschaft eine Lösung vorzuschlagen. Am 14. März 2007 beschloss auch der Ständerat die Annahme der Motion.*

## Inhalt der Vorlage

*Die Vernehmlassungsvorlage legt die Fragestellung der Erschöpfung im Patentrecht ganzheitlich dar. Diese Gesamtschau soll es ermöglichen, die Meinung aller Interessierten über Kohärenz, Zweckmässigkeit und Akzeptanz der möglichen Lösungsansätze einzuholen und damit abschliessend Aufschluss über die Grundlagen für den beabsichtigten Systemscheid zu erhalten.*

*Ausgehend von den bisherigen Untersuchungen der Fragestellung durch den Bundesrat stellt die Vorlage die ganze Breite der Lösungsansätze dar und bewertet die verschiedenen Optionen rechtlich und wirtschaftlich. Um ein vollständiges Bild der Sachargumente zu erhalten, wird auf eine Eingrenzung der Lösungsansätze im Sinne eines eingeschränkten Variantenvorschlags verzichtet.*

# Inhaltsverzeichnis

<b>Übersicht</b>	<b>2</b>
<b>1 Allgemeines zur Vorlage</b>	<b>6</b>
1.1 Ausgangslage	6
1.2 Zweck der Vernehmlassungsvorlage	7
1.3 Abgrenzungen	7
1.3.1 Erschöpfung	7
1.3.2 Parallelimport	9
1.4 Hochpreisdebatte und Stellenwert der nationalen Erschöpfung im Patentrecht	10
<b>2 Lösungsansätze</b>	<b>14</b>
2.1.1 Nationale Erschöpfung	14
2.1.1.1 Grundoption: nationale Erschöpfung ohne Ausnahmen	14
2.1.1.2 Variante: Ausnahme bei landwirtschaftlichen Produktionsmitteln und Investitionsgütern (internationale Erschöpfung)	17
2.1.1.3 Variante: Ausnahme bei landwirtschaftlichen Produktionsmitteln (regionale Erschöpfung)	19
2.1.1.4 Variante: Ausnahme bei Märkten mit vergleichbaren Vermarktungsbedingungen	19
2.1.2 Regionale Erschöpfung	22
2.1.2.1 Grundoption: regionale Erschöpfung ohne Ausnahmen	22
2.1.2.2 Varianten	24
2.1.3 Internationale Erschöpfung	24
2.1.3.1 Grundoption: internationale Erschöpfung ohne Ausnahmen	24
2.1.3.2 Variante: Ausnahme bei Märkten mit administrierten Preisen	27
2.1.3.3 Variante: Ausnahme bei Märkten mit abweichenden Rahmenbedingungen	29
2.1.4 Einschränkung zugunsten des Marktzugangs nach dem Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse	30
2.2 Rechtsvergleich und Verhältnis zum europäischen Recht	32
2.2.1 Rechtsvergleich	32
2.2.2 Verhältnis zum europäischen Recht	33
<b>3 Auswirkungen</b>	<b>33</b>
3.1 Auswirkungen auf den Bund, die Kantone und Gemeinden	33
3.2 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	34
3.2.1 Notwendigkeit des Handelns	34
3.2.2 Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft	34
3.2.3 Auswirkungen auf die einzelnen wirtschaftlichen Akteure	36
<b>4 Rechtliche Aspekte</b>	<b>37</b>
4.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit	37
4.2 Vereinbarkeit mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz	38
4.3 Erlassform	40

<b>Anhang</b>	<b>41</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>44</b>

## Abkürzungsverzeichnis

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV); SR 101
EG	Europäische Gemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
GATT 1994	Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (General Agreement on Tariffs and Trade) vom 15. April 1994, Anhang 1A.1 zum Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation); SR 0.632.20
KG/Kartellgesetz	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG); SR 251
LwG/Landwirtschaftsgesetz	Bundesgesetz vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG); SR 910.1
PatG/Patentgesetz	Bundesgesetz vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente (Patentgesetz, PatG); SR 232.14
THG/Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG); SR 946.51
TRIPS-Abkommen	Abkommen vom 15. April 1994 über handelsbezogene Aspekte an geistigem Eigentum (Anhang 1C zum Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation); SR 0.632.20
WTO	Welthandelsorganisation mit Sitz in Genf ( <i>World Trade Organization</i> )

# Erläuternder Bericht

## 1 Allgemeines zur Vorlage

### 1.1 Ausgangslage

In der Schweiz ist die Erschöpfung der durch das Patentrecht vermittelten Ausschussrechte an einem patentgeschützten Erzeugnis im Patentgesetz nicht geregelt. Am 7. Dezember 1999 erging der Bundesgerichtsentscheid in Sachen Kodak SA gegen Jumbo Markt AG<sup>1</sup>. In diesem Urteil schloss das Bundesgericht die Lücke und stellte für den Bereich des Patentrechts den Grundsatz der nationalen Erschöpfung auf. Patentinhaber können sich demnach der Einfuhr von im Ausland veräusserten patentgeschützten Gütern in die Schweiz widersetzen, sofern damit keine kartellrechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung verbunden ist. Das Urteil löste eine Kontroverse aus, die bis heute anhält.

Der Bundesrat nahm in drei Berichten<sup>2</sup> zur Erschöpfung im Patentrecht Stellung. Er verwarf – gestützt auf umfangreiche externe Studien – einen Wechsel zum System der internationalen oder regionalen Erschöpfung im Patentrecht. Der erwartete wirtschaftliche Nutzen wog seiner Ansicht nach die Nachteile eines solchen Wechsels nicht auf. Der Bundesrat hielt daher am geltenden System der nationalen Erschöpfung fest. Diese Haltung bekräftigte er seither mehrfach, so etwa bei der Agrarpolitik 2011. Der Bundesrat befürwortete jedoch Massnahmen zur Verhinderung eines Missbrauchs des Patentrechts. Hierzu gehörte die Klärung der Anwendung des Kartellgesetzes auf Einfuhrbeschränkungen. Dieses Ziel wurde durch eine Neufassung von Artikel 3 Absatz 2 des Kartellgesetzes realisiert.<sup>3</sup> Weiter erklärte sich der Bundesrat bereit, eine Regelung von Konflikten zwischen divergierenden Erschöpfungsregelungen bei mehrfach geschützten Waren in das Patentgesetz aufzunehmen: Der nach geltendem Recht mögliche Parallelimport von marken- oder urheberrechtlich geschützten Waren solle nicht unterbunden werden können, indem den Waren ein patentierter Bestandteil von nebensächlicher Bedeutung beigefügt werde. Die Botschaft vom 23. November 2005 zur Änderung des Patentgesetzes<sup>4</sup> setzte diese Haltung um.

Der Nationalrat trat ohne Gegenstimme auf die Vorlage zur Änderung des Patentgesetzes<sup>5</sup> ein. Er beschloss allerdings, die Frage der Erschöpfung von Patentrechten aus der Vorlage herauszulösen. Der Vorschlag des Bundesrates, die nationale Erschöpfung im Patentgesetz festzuschreiben, wurde gestrichen (Art. 9a Abs. 1, 2 und 4 des Entwurfs). Die Regelung von Konflikten zwischen divergierenden Erschöpfungsregelungen bei mehrfach geschützten Waren (Art. 9a Abs. 3 des Ent-

<sup>1</sup> BGE 126 III 129.

<sup>2</sup> *Parallelimporte und Patentrecht*, Bericht des Bundesrates vom 8. Mai 2000; *Parallelimporte und Patentrecht*, Bericht des Bundesrates vom 29. Nov. 2002; *Parallelimporte und Patentrecht: Regionale Erschöpfung*, Bericht des Bundesrates vom 3. Dez. 2004.

<sup>3</sup> BBl 2003 4517

<sup>4</sup> Botschaft vom 23. Nov. 2005 zur Änderung des Patentgesetzes und zum Bundesbeschluss über die Genehmigung des Patentrechtsvertrags und der Ausführungsordnung, BBl 2006 1.

<sup>5</sup> 05.082 – Patentrechtsvertrag, Genehmigung und Ausführungsverordnung sowie Änderung des Patentgesetzes.

wurfs) hiess der Nationalrat gut. Sie schränkt die geltende nationale Erschöpfung im Patentrecht ein. Zugleich stimmte er einer Motion der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 3. November 2006 zu.<sup>6</sup> Mit diesem Vorstoss ersucht der Nationalrat den Bundesrat, auf die Frage der patentrechtlichen Erschöpfung zurückzukommen und dem Parlament bis Ende 2007 im Rahmen einer eigenen Vorlage eine Lösung zu unterbreiten. Diese Vorlage hat gemäss Motion auf eine Reihe von Fragestellungen abschliessend Antwort zu geben. Ein breites Spektrum von Lösungsansätzen ist zu prüfen. Die Behandlung der Motion verlangt somit eine Gesamtschau zur Erschöpfung im Patentrecht.

Der Nationalrat war mehrheitlich der Meinung, dass die verschiedenen Aspekte der Erschöpfung von Patentrechten einer vertieften Prüfung bedürften, bevor man sich auf eine Lösung verständigen könne. Die volkswirtschaftlich wichtige Vorlage für ein neues Patentrecht, das insbesondere für biotechnologische Erfindungen ausgewogene Rahmenbedingungen schafft und Missbräuchen begegnet, laufe Gefahr, verzögert zu werden und sogar allein an der Frage der Erschöpfung zu scheitern. Indem diese Frage aus der Vorlage herausgelöst werde, könne der volkswirtschaftlich wichtige Schutz des geistigen Eigentums an biotechnologischen Erfindungen ohne Versäumnis behandelt und einer dringend erwarteten gesetzlichen Klärung zugeführt werden. Zudem sei eine Trennung im Hinblick auf ein mögliches Referendum angezeigt, weil sonst die Interpretation eines allfälligen Volksentscheides erschwert würde.

Am 14. März 2007 beschloss auch der Ständerat die Annahme der Motion.

## **1.2 Zweck der Vernehmlassungsvorlage**

Mit der Vernehmlassungsvorlage soll der Motion entsprochen werden, die eine Gesamtschau über die komplexe Fragestellung der Erschöpfung im Patentrecht wünscht. Ausgehend von den bisherigen Untersuchungen der Fragestellung durch den Bundesrat stellt die Vorlage die Lösungsansätze in ihrer ganzen Breite dar und bewertet die verschiedenen Optionen rechtlich und wirtschaftlich. Um ein vollständiges Bild der Sachargumente zu erhalten, wird auf eine Eingrenzung der Lösungsansätze im Sinne eines eingeschränkten Variantenvorschlags verzichtet.

Der Bundesrat geht indessen nicht soweit, seine bisherige Haltung fallen zu lassen. Vor dem Hintergrund seiner bisherigen Stellungnahmen bekräftigt der Bundesrat seine Präferenz für den Grundsatz der nationalen Erschöpfung.

## **1.3 Abgrenzungen**

### **1.3.1 Erschöpfung**

Bei der Erschöpfung von Patentrechten geht es um das Verhältnis der Verbotsrechte eines Patentinhabers zu den Benutzungsrechten des Erwerbers eines patentrechtlich geschützten Erzeugnisses. Veräussert die an einem Patent berechtigte Person ein durch das Patent geschütztes Erzeugnis, so geraten ihre durch das Patentrecht vermittelten Verbotsrechte bezogen auf dieses Erzeugnis mit den Befugnissen des Erwerbers aus sachenrechtlichem Eigentum in Konflikt. Die Lehre und Recht-

<sup>6</sup> 06.3633 M Klärung der Möglichkeiten und Folgen im Bereich der patentrechtlichen Erschöpfung (N 20.12.2006, Kommission für Rechtsfragen NR (05.082); S noch nicht behandelt).

sprechung haben unterschiedliche Ansätze entwickelt, um in diesem Konflikt zwischen geistigem Eigentum und Sacheigentum einen Ausgleich zwischen dem Interesse des Patentinhabers und demjenigen des Erwerbers herzustellen. Nach dem *Erschöpfungsgrundsatz* werden die durch das Patentrecht vermittelten Verbotsrechte an einem patentgeschützten Erzeugnis verbraucht oder eben erschöpft, wenn die am Patent berechtigte Person dieses Erzeugnis veräussert oder wenn dieses mit ihrem Einverständnis in Verkehr gesetzt wird. Die am Patent berechtigte Person verliert durch das Inverkehrsetzen eines patentgeschützten Erzeugnisses die Befugnis, dessen gewerbmässigen *Gebrauch* sowie weiteren *Verkauf* durch den Erwerber von ihrer Zustimmung abhängig zu machen. Nach einem zweiten Ansatz wird das freie Gebrauchs- und Weiterveräusserungsrecht des rechtmässigen Erwerbers mit einer *stillschweigend erteilten Benutzungserlaubnis* des Patentinhabers (*implied license*) erklärt. Der Umfang dieser Benutzungserlaubnis richtet sich diesem Ansatz zufolge nach dem Zweck des Erwerbs.

Die aktuelle Rechtspraxis in Europa folgt der Lehre der Erschöpfung. Dies allerdings nicht konsequent bei allen Erwerbstatbeständen. Bei der Veräusserung einer Vorrichtung, mit der sich ein patentgeschütztes Verfahren durchführen lässt, wird die Befugnis des rechtmässigen Erwerbers zur Benutzung des geschützten Verfahrens beispielsweise als stillschweigend erteilte Benutzungserlaubnis qualifiziert. Gleiches gilt für die Vermehrung von rechtmässig erworbenem biologischem Material.

Bei der Kontroverse um die Erschöpfung von Patentrechten (Ziff. 1.1) geht es um die *territoriale Reichweite* des Erschöpfungsgrundsatzes. Der Streitpunkt ist, ob die Abwehrrechte aus einem in der Schweiz wirksamen Patent an einem dadurch geschützten Erzeugnis erschöpft werden, wenn die Sache vom Patentinhaber oder mit seiner Zustimmung ausserhalb der Schweiz in Verkehr gesetzt wurde. Hier gibt es drei Grundoptionen: das System der nationalen, der regionalen und der internationalen Erschöpfung. Diese Grundoptionen werden in der politischen Diskussion durch Einschränkungen bezüglich bzw. Ausnahmen zugunsten bestimmter Warengruppen oder Branchen variiert. Nachstehend sollen die Grundvarianten begrifflich umrissen werden.

### **Nationale Erschöpfung**

Nach dem Grundsatz der nationalen Erschöpfung gehen die Verbotsrechte aus einem für das Inland erteilten Schutzrecht an einem Erzeugnis unter, wenn dieses mit der Zustimmung des Patentinhabers im *Inland* in Verkehr gebracht wird. Der rechtmässige Erwerber des Erzeugnisses erlangt ein freies Gebrauchs- und Weiterveräusserungsrecht. Wird ein geschütztes Erzeugnis im *Ausland* in Verkehr gebracht, erschöpfen sich die daran bestehenden Schutzrechte im Inland nicht. Die Einfuhr der im Ausland in Verkehr gebrachten Erzeugnisse erfordert die Zustimmung des Schutzrechtsinhabers.

### **Regionale Erschöpfung**

Nach dem Grundsatz der regionalen Erschöpfung gehen die Verbotsrechte aus den für die Länder eines gemeinsamen Wirtschaftsraums (z.B. EG, EWR) erteilten Schutzrechten an einem Erzeugnis unter, wenn dieses mit der Zustimmung des Patentinhabers in einem der Länder dieses *Wirtschaftsraums* in Verkehr gebracht wird. Der Patentinhaber kann sich dem Weiterverkauf der geschützten Erzeugnisse

innerhalb des Wirtschaftsraums nicht widersetzen. Beim Inverkehrbringen der geschützten Erzeugnisse ausserhalb dieses Wirtschaftsraums bleiben dem Patentinhaber die Verbotsrechte in den Ländern dieses Wirtschaftsraums erhalten.

### **Internationale Erschöpfung**

Nach dem Grundsatz der internationalen Erschöpfung gehen die Verbotsrechte aus einem für das Inland erteilten Schutzrecht an einem Erzeugnis unter, wenn dieses mit der Zustimmung des Patentinhabers entweder im *Inland* oder im *Ausland* in Verkehr gebracht wurde. Der Patentinhaber kann sich dem grenzüberschreitenden Weiterverkauf der im Ausland in Verkehr gesetzten Erzeugnisse nicht widersetzen.

#### **1.3.2 Parallelimport**

In einem *weiten Sinn* bezeichnet der Ausdruck «Parallelimporte» den grenzüberschreitenden Handel, bei dem der Importeur das Preisgefälle zum Ausland nutzt und ein im Ausland erworbenes Erzeugnis für den Weiterverkauf im Inland ausserhalb der Vertriebskanäle des Herstellers einführt. Der Parallelimporteur tritt somit auf der Stufe des Vertriebs in Konkurrenz zum Hersteller und dessen Vertriebshändlern. Einen wesentlichen Anreiz für den Parallelimporteur bildet die Differenz zwischen Einkaufspreis im Ausland und Verkaufspreis im Inland, wobei staatliche Abgaben, Kosten und die eigene Marge eingerechnet werden. Die Existenz von Preisunterschieden ist indes keineswegs die alleinige Voraussetzung dafür, dass private Akteure die Möglichkeit der Arbitrage nutzen. Trotz Preisgefälles können Parallelimporte ausbleiben, wenn beispielsweise die internationale Handelbarkeit wegen staatlicher Vorschriften (z.B. unterschiedlichen Produktanforderungen oder anderen technischen Handelshemmnissen) eingeschränkt ist. In den Schranken des Kartellrechts wirken auch Vertriebssysteme limitierend, bei denen der Hersteller den Kreis der Wiederverkäufer festlegt oder in Händlernetzen Lieferungen ausserhalb eines zugewiesenen Verkaufsgebiets untersagt. Die umfassende Analyse und Beurteilung derartiger Schranken für den Parallelhandel ist indessen nicht Gegenstand dieser Vorlage.

In einem *engen Sinn* bezieht sich der Ausdruck «Parallelimporte» auf den grenzüberschreitenden Handel von Erzeugnissen, an denen Schutzrechte des geistigen Eigentums bestehen. Die Möglichkeit von Parallelimporten wird bei geschützten Erzeugnissen durch das System der Erschöpfung der jeweiligen Schutzrechte mitbestimmt, ist aber nicht ausschliesslich von diesem abhängig. Das System der internationalen Erschöpfung im Marken- und Urheberrecht hat wohl bei einigen Erzeugnissen (z. B. bei Compact Discs und Personenfahrzeugen) zu günstigeren Preisen in der Schweiz im Vergleich zur EU beigetragen. Die internationale Erschöpfung hat jedoch nicht dazu geführt, dass Preisunterschiede zum Ausland bei marken- und urheberrechtlich geschützten Erzeugnissen durchgehend beseitigt wurden. So ist das Preisniveau in der Schweiz z.B. bei Kleidern, Schuhen und Büchern im Vergleich zur EU wesentlich höher.

Im Patentrecht gilt in der Schweiz nach der Rechtsprechung der Grundsatz der nationalen Erschöpfung. Der Patentinhaber kann sich damit der Einfuhr von patentierten Erzeugnissen widersetzen, die er im Ausland auf den Markt gebracht hat. Es besteht damit indessen kein *gesetzliches* Verbot von Parallelimporten. Einfuhrbeschränkungen müssen vom Patentinhaber durchgesetzt werden, der dabei der kartellrechtlichen Kontrolle untersteht. Nach der Rechtsprechung des Bundes-

gerichts sind zudem ungeachtet des Grundsatzes der nationalen Erschöpfung Parallelimporte von patentgeschützten Gütern unter gewissen Umständen möglich.

Da der Ausdruck «Parallelimporte» ganz unterschiedlich verstanden wird und eine Gleichsetzung mit der Frage der Erschöpfung im Patentrecht unzutreffend ist, wird der Ausdruck im Folgenden gemieden.

## **1.4 Hochpreisdebatte und Stellenwert der nationalen Erschöpfung im Patentrecht**

Die Preisbildung steht in engem Zusammenhang mit der internationalen Handelbarkeit eines Gutes. Ist es international nicht handelbar (Bsp. Gewerbefläche in Miete), führt dies auf verschiedenen räumlichen Märkten zu unterschiedlichen Preisen. Preisunterschiede bei handelbaren Gütern sind auf eine Reihe von Faktoren zurückzuführen. Der Vergleich des Preisniveaus der Schweiz mit demjenigen der EU (Anhang, Abbildungen 1 und 2) zeigt, dass die Preisunterschiede vor allem in jenen Bereichen bestehen, die unter starkem staatlichem Einfluss stehen (Gesundheitswesen, Infrastrukturbereich, Nahrungsmittelbereich). Unter den vom Staat ausgehenden Ursachen für Preisunterschiede wirken sich namentlich staatliche Abgaben und technische Handelshemmnisse auf das Preisniveau aus.<sup>7</sup> Auf das Preisniveau handelbarer Güter haben aber auch Standortfaktoren (Boden- oder Mietpreise, Kleinräumigkeit des Marktes, Mehrsprachigkeit, Wechselkurse), Lohnkosten, Qualitätsunterschiede sowie private Marktstrategien (differenzierte Service- und Garantieleistungen, Produktdifferenzierungen, gestaffelte Produkteinführung) einen Einfluss. Nach Massgabe der Art des jeweiligen Gutes und der Struktur des Marktes kommt den einzelnen Faktoren unterschiedliche Bedeutung zu.

Die Rechte des geistigen Eigentums werden oft den staatlich bestimmten Faktoren zugerechnet. Diese Zuordnung ist in verschiedener Hinsicht fragwürdig:

- Bei den vom Staat ausgehenden Faktoren geht es um Vorschriften öffentlich-rechtlicher Natur. Gegenstand des geistigen Eigentums und mithin des Patentrechts sind demgegenüber privatrechtliche Rechtspositionen. Wie bei Sacheigentum setzt die Eigentumsgarantie staatlichen Eingriffen in diese Rechtspositionen Grenzen (Ziff. 4.1). Dabei ist zu berücksichtigen, dass zu den eigentlichen Rechten aus dem schweizerischen Patent unabdingbar die Ausschliesslichkeit beim Inverkehrbringen patentgeschützter Produkte unter den Bedingungen gehört, wie sie die schweizerische Rechts- und Wirtschaftsordnung gewährleistet.<sup>8</sup>
- Die Abwehrrechte des Patentinhabers erlauben es ihm, Konkurrenten bis zum Ablauf der Schutzdauer von der Vermarktung innovativer Produkte auszuschliessen und bei entsprechender Nachfrage auch höhere Preise durchzusetzen. Die so ermöglichten Gewinne tragen zur Finanzierung der Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten bei, die für das Bestehen auf dem Markt notwendig sind. Die Gewinne sind Lohn für Innovationen und Anreiz für den Innovationswettbewerb. Sie bilden die Essenz des Patentrechts. Preisvergleiche bei patentrechtlich geschützten Erzeugnissen können dem durch Patente geförderten Wettbewerb auf dem Feld der Innovation nicht zureichend Rechnung tragen.

<sup>7</sup> *Parallelimporte und Patentrecht: Regionale Erschöpfung*, Bericht des Bundesrates vom 3. Dez. 2004, S. 5 ff.

<sup>8</sup> BGE 126 III 129, E. 8c dd

Sie blenden tendenziell sowohl den Mehrwert innovativer Produkte für Konsumentinnen und Konsumenten als auch den Wohlfahrtseffekt einer innovativen inländischen Industrie für die Volkswirtschaft aus. Sie implizieren eine Präferenz dafür, dass Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten auf ausländischen Märkten alimentiert werden sollen.

- Die nationale Erschöpfung im Patentrecht gibt dem Inhaber die Möglichkeit, nach Absatzländern differenzierte Preise durchzusetzen. Der Patentinhaber kann so sein Angebot den jeweils unterschiedlichen Rahmenbedingungen, den Kosten der Vermarktung sowie dem Angebot und der Nachfrage in den verschiedenen Ländern anpassen und optimieren. Dabei ergeben sich Preis- und Produktdifferenzierungen nach Ländern. Diese sind nicht Ausdruck dafür, dass der Wettbewerb durch Patente ausgeschaltet wäre. Konsumenten können bei patentrechtlich geschützten Erzeugnissen häufig auf vergleichbare Erzeugnisse anderer Hersteller ausweichen. Patente schützen nicht vor Konkurrenz durch austauschbare Erzeugnisse (Interbrand-Wettbewerb). Die patentrechtliche Ausschliesslichkeit an einer Erfindung führt daher nicht prinzipiell, sondern nur in Einzelfällen zu Marktbeherrschung oder zu einem zeitlich begrenzten Monopol, die eine volkswirtschaftlich nachteilige Abschottung gegenüber der Konkurrenz begünstigen. Preisdifferenzierungen mit den Mitteln des Patentrechts können daher nicht *per se* als volkswirtschaftlich nachteilig angesehen werden. Preisdifferenzierungen sind Ausdruck der jeweiligen Marktbedingungen. Somit ermöglichen sie auch in Ländern geringerer Kaufkraft die Verfügbarkeit von innovativen Erzeugnissen. Bei Preisdifferenzierungen in Staaten mit hoher Kaufkraft wie der Schweiz findet freilich tendenziell eine Umverteilung der Profite von den Nachfragern zu den Produzenten statt. Sind die Produzenten im Ausland, mögen sich Preisdifferenzierungen aufgrund der schweizerischen Aussenhandelsstruktur volkswirtschaftlich nachteilig auswirken. Es liefe indessen der ökonomischen Zielsetzung des Patentschutzes zuwider, wenn Patentinhabern deswegen insgesamt die Berechtigung abgesprochen würde, über ihre patentrechtlichen Befugnisse differenzierte Preise durchzusetzen, um die Kaufkraft abzuschöpfen und ihre Innovationsrendite einzustreichen.

Aus dem vorhandenen Datenmaterial ergibt sich, dass höhere Preise sowie auch Preisdifferenzen zum Ausland keineswegs generell und kaum je ausschliesslich eine Folge des Patentschutzes sind. Dies zeigt das Beispiel der Investitionsgüterindustrie (Metall-, Elektro- und Maschinenindustrie): Obschon Investitionsgüter forschungs- und patentintensiv sind (Anhang, Abbildung 3),<sup>9</sup> bestehen im Mittel keine Preisdifferenzen zum europäischen Ausland (Anhang, Abbildung 1).<sup>10</sup> Dies ungeachtet des Umstands, dass wegen der relativ geringen Standardisierung die Handelbarkeit von Investitionsgütern und damit die Möglichkeit von grenzüberschreitenden Wiederverkäufen eingeschränkt sind.<sup>11</sup> Das Fehlen von Preisunterschieden dürfte auf die starke internationale Konkurrenz unter den zwar sehr spezialisierten, aber doch substituierbaren Erzeugnissen zurückzuführen sein.<sup>12</sup> Kunden, die mit ihren

<sup>9</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, S. 84 f. und 94 f.

<sup>10</sup> Elias/Balastèr 2006, S. 51, Tabelle 51.

<sup>11</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, S. 97.

<sup>12</sup> Eichler et al., Preisunterschiede Schweiz – EU: Eine branchenspezifische Bestandaufnahme, Die Volkswirtschaft, 7/2003, S. 15; Frontier Economics/Plaut 2002, S. 100 f.

Produkten auf integrierten Märkten gegen ausländische Konkurrenz anzutreten haben, werden Druck auf Lieferanten von Vorleistungen und Investitionsgütern ausüben, sie bei den Lieferbedingungen nicht schlechter zu stellen als ihre Konkurrenten. Dies dürfte Grossunternehmen besser gelingen als kleinen und mittleren Unternehmen.

Ein weiteres Beispiel liefert die Automobilindustrie. Obschon Personenfahrzeuge zu den (in geringem Mass) patentgeschützten Konsumgütergruppen zählen (Anhang, Abbildung 4),<sup>13</sup> liegt das Preisniveau für Personenfahrzeuge in der Schweiz mittlerweile unter demjenigen in der EU (Anhang, Abbildungen 1 und 2).<sup>14</sup> Der Abbau von technischen Handelshemmnissen sowie eine Verschärfung des Wettbewerbsrechts waren für die Absenkung des Preisniveaus ursächlich.<sup>15</sup> Das tiefere Preisniveau zeigt, dass Patentrechte nicht dazu genutzt wurden, um höhere Preise durchzusetzen. Dieser Umstand ist wohl auf die präventive Wirkung des verschärften Kartellgesetzes zurückzuführen. Seit der einvernehmlichen Regelung im Fall Citroën muss die Branche gewärtigen, dass Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Patentrechte stützen, als kartellrechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung eingestuft würden.

Es gibt auch Bereiche, in denen grosse Preisunterschiede zwischen der Schweiz und der EU festgestellt werden, aber das Patentrecht als Ursache für diese Preisunterschiede kaum in Betracht kommt: Bei Nahrungsmitteln, beim Wohnen sowie bei der Freizeit und Kultur etwa spielt der Patentschutz eine untergeordnete oder gar marginale Rolle (Anhang, Abbildung 4).<sup>16</sup> Die Preisunterschiede zwischen der Schweiz und der EU sind im Bereich der Nahrungsmittel besonders gross. Hier ermöglicht vor allem ein massiver tarifärer Schutz der Inlandproduktion die markanten Preisunterschiede.<sup>17</sup> Mit dem System der nationalen Erschöpfung von Patentrechten können die Preisdifferenzen in den genannten Bereichen nicht erklärt werden.

Neben der bereits erwähnten Investitionsgüterindustrie sind laut einer vom Bundesrat in Auftrag gegebenen Studie die chemisch-pharmazeutische Industrie sowie der Bereich Instrumente und Elektronik patentintensiv.<sup>18</sup> Daneben zeichnen sich auch gewisse Konsumgütergruppen als relativ patentintensiv aus. Zu erwähnen sind besonders die Produktgruppen Büromaschinen, Radio- und Fernsehapparate, Küchen- und Haushaltsgeräte sowie Fotoartikel. Bei den Arzneimitteln und gewissen patentrelevanten Konsumgütern ist Arbitragepotenzial vorhanden. Das Potenzial ist im Vergleich zu den gesamten Konsumausgaben indes klein.<sup>19</sup> Im Bereich der Konsumgüter gilt es zudem zu berücksichtigen, dass ein grosser Teil der Produkte in den Produktgruppen, die als relativ patentintensiv identifiziert wurden, nicht patentgeschützt sind. Diese können somit bereits heute ohne Einschränkungen durch das Patentrecht gehandelt werden. Durch einen Regimewechsel im Patentrecht ergäbe sich keine Änderung.<sup>20</sup>

<sup>13</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, S. 86 und 96.

<sup>14</sup> OECD, Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation, Suisse: Saisir les opportunités de croissance; Paris 2006, S. 36; Elias/Balastèr 2006, S. 50 und 51.

<sup>15</sup> Elias/Balastèr 2006, S. 50.

<sup>16</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, S. 87.

<sup>17</sup> Elias/Balastèr 2006, S. 48.

<sup>18</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, S. 85 ff.

<sup>19</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, S. 84 ff.

<sup>20</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, S. 130.

Als Erklärungsansatz für das höhere Preisniveau kommt bei den genannten Produktgruppen eine Reihe von Ursachen in Frage. Die Abschätzung des Anteils der nationalen Erschöpfung als Ursache für die Preisdifferenzen ist angesichts der Interdependenz der preisbestimmenden Faktoren ausserordentlich schwierig. Immerhin kann festgestellt werden, dass mit zunehmender Bedeutung der technischen Handelshemmnisse die Preisdifferenzen zum umliegenden Ausland signifikant zunehmen.<sup>21</sup> Diese oft sozial-, gesundheits- und umweltpolitisch motivierten öffentlichrechtlichen Regulierungen können daher zu den bedeutenden Ursachen für höhere Preise gerechnet werden.<sup>22</sup> Für die Schweiz wurde bislang nicht systematisch untersucht, welche Ursachen für ein höheres Preisniveau in der jeweiligen Branche verantwortlich sind und welchen Anteil die einzelnen preistreibenden Faktoren an den Preisdifferenzen haben. Der Stellenwert der nationalen Erschöpfung im Patentrecht im Vergleich zu allen übrigen der preisbestimmenden Faktoren wurde in einer vom Bundesrat in Auftrag gegebenen Studie zum Systemwechsel bei der Erschöpfung nur annähernd bestimmt.<sup>23</sup> Es bestehen allerdings Anhaltspunkte, dass die nationale Erschöpfung als Ursache für Preisunterschiede von untergeordneter Bedeutung ist und die hohen Preise in der Schweiz primär durch andere Faktoren zu erklären sind.<sup>24</sup> Mehrheitlich wirken dabei verschiedene Ursachen zusammen und machen in ihrer Gesamtheit das Preisniveau aus.

Massnahmen, die das Preisniveau in der Schweiz günstig beeinflussen können, wurden bereits umgesetzt oder sind in Vorbereitung. Das Kartellrecht wurde verschärft, insbesondere durch die Unterstellung gewisser vertikaler Abreden unter die Vermutung einer Wettbewerbsbeschränkung sowie durch die Einführung direkter Sanktionen. Mit der laufenden Vernehmlassung zur Revision des Bundesgesetzes über technische Handelshemmnisse setzt sich der Bundesrat für einen konsequenten Abbau von öffentlichrechtlichen Hürden für den Zutritt zum schweizerischen Markt ein. Zollschränken werden in internationalen Verhandlungen weiter reduziert werden. In Zukunft könnten Einfuhrbeschränkungen gestützt auf das Patentrecht als verbleibende Handelsschranke daher an relativer Bedeutung gewinnen.

*Zusammenfassend* lassen sich folgende Aussagen machen:

- Preisdifferenzen zum Ausland sind auf eine Reihe von Faktoren und nicht primär auf das System der nationalen Erschöpfung von Patentrechten zurückzuführen. Bei den vom Staat ausgehenden Faktoren stehen die Zölle und die technischen Handelshemmnisse im Vordergrund.
- Die grössten Preisunterschiede bestehen in Branchen, in denen der Patentschutz keine oder eine bloss untergeordnete Rolle spielt.
- Patente spielen vor allem in der Investitionsgüterindustrie (Metall-, Elektro- und Maschinenindustrie), der chemisch-pharmazeutischen Industrie sowie im Bereich Instrumente und Elektronik eine Rolle. Daneben zeichnen sich auch gewisse Konsumgütergruppen als relativ patentintensiv aus, vor allem Produkte in den Produktgruppen Büromaschinen, Radio- und Fernsehapparate, Küchen- und Haushaltsgeräte sowie Fotoartikel.

<sup>21</sup> Elias/Balastèr 2006, S. 51.

<sup>22</sup> Plaut 2004b, S. 44.

<sup>23</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, S. 126 ff.

<sup>24</sup> Plaut 2004b, S. 44.

- Bei den patentintensiven Arzneimitteln und gewissen patentrelevanten Konsumgütern (Computer, Unterhaltungselektronik, Küchengeräte, Fahrzeuge und Uhren) ist Arbitragepotenzial vorhanden. Das Potenzial ist im Vergleich zu den gesamten Konsumausgaben klein.
- In den Bereichen, in denen der Patentschutz von Bedeutung ist, erklären sich Preisunterschiede durch eine Mehrheit preissteigernder Faktoren, namentlich durch technische Handelshemmnisse. Die nationale Erschöpfung von Patenten ist als Ursache von untergeordneter Bedeutung.

## **2                                    Lösungsansätze**

### **2.1.1                                Nationale Erschöpfung**

#### **2.1.1.1                            Grundoption: nationale Erschöpfung ohne Ausnahmen**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>25</sup> gilt im Patentrecht die nationale Erschöpfung. Das Kartellrecht setzt der nationalen Erschöpfung jedoch Grenzen. Bereits das Bundesgericht erklärte das Kartellgesetz für anwendbar.<sup>26</sup> Ausgehend von dieser Rechtsprechung wurde im Zuge der Revision des Kartellgesetzes<sup>27</sup> Artikel 3 Absatz 2 ergänzt. Demnach werden Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, nach dem Kartellrecht beurteilt. Im Ergebnis kann sich der Patentinhaber dem grenzüberschreitenden Weiterverkauf patentrechtlich geschützter Erzeugnisse aus dem Ausland in die Schweiz zwar widersetzen, im Unterschied zur traditionellen Rechtsauffassung aber nur so weit, als damit nicht eine kartellrechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung verbunden ist.

Bei einer Festschreibung der nationalen Erschöpfung im Patentgesetz lautet der Formulierungsvorschlag wie folgt:

*Art. 9a* II. Im Besonderen

<sup>1</sup> Hat der Patentinhaber eine patentgeschützte Ware im Inland in Verkehr gebracht oder ihrem Inverkehrbringen im Inland zugestimmt, so darf diese Ware gewerbsmässig gebraucht oder weiterveräussert werden.

<sup>2</sup> Hat er eine Vorrichtung, mit der ein patentgeschütztes Verfahren angewandt werden kann, im Inland in Verkehr gebracht oder ihrem Inverkehrbringen im Inland zugestimmt, so ist der erste und jeder spätere Erwerber der Vorrichtung berechtigt, dieses Verfahren anzuwenden.

<sup>3</sup> Hat der Patentinhaber patentgeschütztes biologisches Material im Inland in Verkehr gebracht oder seinem Inverkehrbringen im Inland zugestimmt, so darf dieses Material vermehrt werden, soweit dies für die bestimmungsgemässe Verwendung notwendig ist. Das so gewonnene Material darf nicht für eine weitere Vermehrung verwendet werden. Artikel 35a<sup>28</sup> bleibt vorbehalten.

Der Bundesrat spricht sich nach wie vor für diesen Regelungsvorschlag aus.

<sup>25</sup> BGE 126 III 129

<sup>26</sup> BGE 126 III 129, E. 9

<sup>27</sup> SR 251

<sup>28</sup> BBl 2004 4155

Die Vorlage zur Änderung des Patentgesetzes<sup>29</sup> enthält zusätzlich eine Regelung zu Konflikten zwischen divergierenden Erschöpfungsregelungen bei mehrfach geschützten Waren: Der nach geltendem Recht mögliche grenzüberschreitende Wiederverkauf von marken- oder urheberrechtlich geschützten Erzeugnissen soll nicht unterbunden werden können, indem solchen Erzeugnissen ein patentierter Bestandteil von nebensächlicher Bedeutung beigelegt wird. Der Nationalrat hat dieser Konfliktregelung zugestimmt. Sie ist daher nicht Gegenstand der vorliegenden Gesamtschau und wurde im Formulierungsvorschlag nicht berücksichtigt.

Gegebenenfalls bietet es sich an, diese flankierende Konfliktregelung auf solche Fälle auszudehnen, in denen ein Erzeugnis einen patentierten Bestandteil aufweist, der für die funktionelle Beschaffenheit von untergeordneter Bedeutung ist. Dies in Anlehnung an die für das deutsche Recht vertretenen Ansicht,<sup>30</sup> dass beim Einbau eines patentrechtlich geschützten Erzeugnisses in andere Sachen die neue Gesamtsache dann nicht mehr vom Patent erfasst wird, wenn das patentierte Erzeugnis für das Endprodukt nur noch eine unbedeutende technische Funktion erfüllt.

### **Befürwortende Argumente:**

- Die nationale Erschöpfung im Patentrecht gibt dem Inhaber die Möglichkeit, bei entsprechender Nachfrage nach Absatzländern differenzierte Preise durchzusetzen. Der Patentinhaber kann somit die Preise seiner patentgeschützten Erzeugnisse den räumlich sehr unterschiedlichen wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen anpassen. Die Durchsetzung unterschiedlicher Preise bei entsprechender Marktlage ermöglicht Gewinne, die zur Finanzierung von Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten beitragen, die für die Verteidigung der errungenen Marktposition notwendig sind. Sie entspricht somit den Grundprinzipien des Wettbewerbs- und Patentrechts.
- Die nationale Erschöpfung schützt die positiven Wirkungen von Preisdifferenzierungen. Zu denken ist hier insbesondere an die Versorgung von Ländern, die über eine geringe Kaufkraft verfügen, mit innovativen Erzeugnissen. Vertikale Vereinbarungen kommen als alternatives Instrument zu Schutzrechten kaum in Betracht, da die Transaktionskosten solcher Verträge zu hoch sind und die Verträge zudem kartellrechtlich zugelassen werden müssten.
- Preisdifferenzen zum Ausland sind auf eine Reihe von preisbestimmenden Faktoren und nicht primär auf das System der nationalen Erschöpfung von Patentrechten zurückzuführen. Beim grenzüberschreitenden Handel von im Ausland vermarkteten Erzeugnissen stehen von den staatlich beeinflussten Faktoren die Zölle und die technischen Handelshemmnisse im Vordergrund.
- Bei Erzeugnissen, deren Preise im Ausland staatlich administriert sind, verhindert die nationale Erschöpfung einen Wettbewerb der Regulierungen. Ein solcher Wettbewerb hebt nicht die Preisverzerrungen auf, sondern unterläuft die politischen Entscheide eines Landes, die in der Abwägung sozialpolitischer Interessen einerseits und innovationspolitischer Anreize andererseits bestehen. Soweit die Preise aufgrund der staatlichen Regelungen in erheblichem Umfang dem freien Spiel von Angebot und Nachfrage entzogen sind und von staatlichen Stellen festgesetzt oder kontrolliert werden, kann nicht angenommen werden,

<sup>29</sup> 05.082 – Patentrechtsvertrag. Genehmigung und Ausführungsverordnung sowie Änderung des Patentgesetzes, BBl 2006 1

<sup>30</sup> Georg Benkard/Uwe Scharen, Patentgesetz, 10. Aufl., München 2006, § 9 N 30.

dass der Vorteil aus Preisunterschieden an den Endverbraucher weitergegeben wird. Das gilt im Bereich der Arzneimittel insbesondere für diejenigen Arzneimittel, deren Kosten vom Krankenversicherer übernommen werden.

- Ein Patent führt nicht prinzipiell, sondern nur in Einzelfällen zu Marktherrschaft. Da häufig auf dem in Frage stehenden Produktmarkt Substitutionsgüter zu patentrechtlich geschützten Erzeugnissen existieren, bleibt der Wettbewerb zwischen diesen austauschbaren Erzeugnissen (Interbrand-Wettbewerb) gewahrt.
- Die Preisbildung durch den Patentinhaber unterliegt seit der Revision des Kartellgesetzes der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchskontrolle. Die kombinierte Wirkung des neuen Artikels 5 Absatz 4 des Kartellgesetzes und der Präzisierung von Artikel 3 Absatz 2 des Kartellgesetzes sowie die Präventivwirkung der mit Artikel 49a des Kartellgesetzes eingeführten direkten Sanktionen stehen wettbewerbsschädlichen Einfuhrbeschränkungen gestützt auf das Patentrecht entgegen. Obschon sich auf das Patentrecht abgestützte Einfuhrbeschränkungen nur auf Einzelfallbasis beurteilen lassen, ist die Präventivwirkung erheblich.
- Die nationale Erschöpfung ist mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz, namentlich mit dem TRIPS-Abkommen, vereinbar. Eine Minderheit der Lehre vertritt sogar die Ansicht, das TRIPS-Abkommen schreibe im Patentrecht die nationale Erschöpfung vor, entziehe diese Frage allerdings einem Streitregelungsverfahren nach dem TRIPS-Abkommen.<sup>31</sup> Die nationale Erschöpfung sollte indessen nicht auf diese Minderheitsmeinung abgestützt werden.

#### **Ablehnende Argumente:**

- Bei einer Festschreibung der nationalen Erschöpfung behält der Patentinhaber die Möglichkeit, nach Gebieten differenzierte Preise durchzusetzen. Die Märkte patentgeschützter Güter können während der Dauer des Patents teilweise abgeschottet werden. Dadurch wird der positive Effekt einer Beseitigung aller übrigen preistreibenden Faktoren auf das Preisniveau zumindest teilweise zurückgenommen werden. Der systematische und lückenlose Abbau aller beeinflussbaren preistreibenden Faktoren erfordert daher auch die Aufgabe oder Einschränkung der nationalen Erschöpfung im Patentrecht.
- Preisdifferenzierungen, die durch die nationale Erschöpfung erleichtert werden, führen zu einer Umverteilung der Profite von den Nachfragern zu den Produzenten. Aufgrund der schweizerischen Aussenhandelsstruktur ist davon auszugehen, dass insgesamt gesehen die Schweizer Nachfrager zu den Verlierern gehören, während ausländische Produzenten erhöhte Gewinne erzielen. Diese Aussage gilt noch verstärkt, wenn man nur diejenigen Güter berücksichtigt, deren Preise nicht administriert sind.
- Die Wirksamkeit des Kartellgesetzes als Korrektiv zur nationalen Erschöpfung wird bestritten. Ein zuverlässiges Bild wird erst die für 2008 in Aussicht

<sup>31</sup> Christian von Kraak, TRIPS oder Patentschutz weltweit: Zwangslizenzen, Erschöpfung, Parallelimporte, Diss. Bonn 2005, Berlin 2006, S. 62.

genommene Berichterstattung gestützt auf Artikel 59a des Kartellgesetzes erlauben.<sup>32</sup>

### **2.1.1.2 Variante: Ausnahme bei landwirtschaftlichen Produktionsmitteln und Investitionsgütern (internationale Erschöpfung)**

Als Varianten zum Grundsatz der nationalen Erschöpfung kommen Ausnahmen bei bestimmten Warengruppen in Frage, für welche die internationale und/oder regionale Erschöpfung festgelegt werden könnte. Soweit bei der Erschöpfung nach Warengruppen differenziert wird, bejaht ein vom Bundesrat in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten<sup>33</sup> die Frage der Vereinbarkeit eines solchen Systems mit dem TRIPS-Abkommen. Eine zusätzliche Differenzierung nach Ländern ist nach diesem Rechtsgutachten demgegenüber nicht einseitig möglich (dazu eingehender Ziff. 2.1.2).

Im Rahmen der Agrarpolitik 2011<sup>34</sup> haben National- und Ständerat einen neuen Artikel 27b LWG beschlossen. Dieser statuiert als Ausnahme zur nationalen Erschöpfung im Patentrecht die internationale Erschöpfung für patentgeschützte landwirtschaftliche Produktionsmittel und Investitionsgüter. Artikel 27b LWG hat folgenden Wortlaut:

#### **7. Abschnitt Patentgeschützte Produktionsmittel und landwirtschaftliche Investitionsgüter**

##### *Art. 27b*

<sup>1</sup> Hat der Patentinhaber ein Produktionsmittel oder ein landwirtschaftliches Investitionsgut im In- oder Ausland in Verkehr gebracht oder dessen Inverkehrbringen zugestimmt, so darf dieses eingeführt, weiterveräussert und gewerbsmässig gebraucht werden.

<sup>2</sup> Landwirtschaftlich sind Investitionsgüter, welche für die grossmehrheitliche Verwendung in der Landwirtschaft bestimmt sind, wie zum Beispiel Traktoren, Maschinen, Geräte und Einrichtungen sowie deren Bestandteile.

#### **Befürwortende Argumente:**

- In der Schweizer Landwirtschaft besteht bezüglich der Effizienz im Einsatz von Produktionsmitteln und Faktoren ein beträchtliches Kostensenkungspotenzial. Die Agrarpolitik 2011 will dieses Potenzial nutzen. Mit dem wirtschaftlichen Druck, der sich aufgrund der Agrarpolitik 2011 für die Landwirtschaft ergibt, erhöht sich der Anreiz, Kapazitäten und Grösseneffekte besser auszunutzen und den technischen Fortschritt zur Kostensenkung einzusetzen. Dieses Ziel soll durch eine Reihe von Massnahmen erreicht werden. Es sollen alle Mittel ausgeschöpft werden. Dazu gehört auch der Wechsel zur internationalen Erschöpfung bei patentgeschützten landwirtschaftlichen Produktionsmitteln und Investitionsgütern. Neben den anderen Massnahmen verspricht man sich

<sup>32</sup> Vgl. 06.3634 P Bericht über wettbewerbswidrige vertikale Vertriebsabreden nach Kartellgesetz (N 20.12.2006, Kommission für Rechtsfragen NR (05.082); S noch nicht behandelt).

<sup>33</sup> Straus/Katzenberger 2002, S. 42.

<sup>34</sup> 06.038 Agrarpolitik 2011. Weiterentwicklung.

vom Wechsel zur internationalen Erschöpfung eine Senkung des Preisniveaus in der Schweiz.

- Interessenvertreter beziffern die potenziellen Einsparungen für die Landwirtschaft bei einem Systemwechsel bei der Erschöpfung im günstigsten Fall auf schätzungsweise 25 Mio. Franken/Jahr (0,45 % der landwirtschaftlichen Vorleistungen); davon kommen 20 Mio. Franken (entsprechend 65 % der geschätzten Kostendifferenz zum Ausland) von den Pflanzenschutzmitteln und 5 Mio. (entsprechend 12 % der geschätzten Kostendifferenz zum Ausland) von den Tierarzneimitteln (die von Art. 27b LwG indes nicht erfasst sind). Das Einsparungspotenzial bei landwirtschaftlichen Investitionsgütern wurde bislang nie beziffert, dürfte aber weit geringer ausfallen.
- Die wachsende europaweite Integration der Märkte für Agrarerzeugnisse begründet die Forderung, dass die im Wettbewerb stehenden Konkurrenten über vergleichbare Einkaufsmöglichkeiten verfügen sollen, weshalb die Rechte am Geistigen Eigentum in den betreffenden Staaten nicht unterschiedlich festgelegt werden sollten.

### **Ablehnende Argumente:**

- Die Vorleistungen der Landwirtschaft werden wegen des Patentschutzes auf landwirtschaftlichen Investitionsgütern und Produktionsmitteln nicht verteuert. Der Patentschutz ist als Ursache für die Preisunterschiede bei landwirtschaftlichen Investitionsgütern und Produktionsmitteln vollkommen nachrangig. Die Landwirtschaft ist nämlich eine der Branchen in der Schweiz mit der geringsten Patentintensität.<sup>35</sup> Der Patentschutz spielt hauptsächlich bei den Pflanzenschutzmitteln und den Tierarzneimitteln eine Rolle. Letztere sind von Artikel 27b LwG indessen gar nicht erfasst. Düngemittel sind kaum patentgeschützt, und bei Saatgut steht der Sortenschutz im Vordergrund.<sup>36</sup> Zu landwirtschaftlichen Investitionsgütern gibt es keine separate Untersuchung. Es deutet indes nichts darauf hin, dass Patente hier von Tragweite sind. Der Anteil patentgeschützter landwirtschaftlicher Produktionsmittel und Investitionsgüter an den Gesamtkosten der Produktion ist in jedem Fall klein. Artikel 27b LwG wird folglich kaum dazu beitragen, die Produktionskosten in der Landwirtschaft in relevanter Weise zu senken. Erst recht wird Artikel 27b LwG keine Senkung der Produzentenpreise geschweige denn der Konsumentenpreise bewirken
- Artikel 27b LwG begünstigt nicht die Landwirte, sondern den Zwischenhandel. Dies auf Kosten der Unternehmen, die in die Forschung und Entwicklung investieren.
- An pflanzlichem Vermehrungsmaterial (Saatgut) besteht neben dem wenig relevanten Patentschutz häufig auch Sortenschutz. Im Sortenschutzgesetz ist die Erschöpfung des Züchterrechts bisher nicht ausdrücklich geregelt. In der Botschaft vom 23. Juni 2004 über die Genehmigung des revidierten internationalen Übereinkommens zum Schutz von Pflanzenzüchtungen und die Änderung des Sortenschutzgesetzes<sup>37</sup> soll diese Lücke geschlossen werden.

<sup>35</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, S. 84.

<sup>36</sup> Martin Raaflaub/Marco Genoni, Preise für landwirtschaftliche Produktionsmittel in der Schweiz, Schlussbericht der Schweizerischen Hochschule für Landwirtschaft (SHL); Bern 2005, S. 24.

<sup>37</sup> BBl 2004 4155

Der Bundesrat schlägt vor, im Gesetzestext die Frage des räumlichen Geltungsbereichs offen zu lassen. Damit gilt nach völkerrechtskonformer Auslegung die nationale Erschöpfung. Der Sortenschutzinhaber kann sich daher gestützt auf seine Rechte dem Import von Vermehrungsmaterial widersetzen. Bei einem Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen zum Schutz von Pflanzenzüchtungen in der revidierten Fassung von 1991 wäre ein Wechsel zur internationalen Erschöpfung völkerrechtlich verwehrt. Das Übereinkommen lässt Ausnahmen von der nationalen Erschöpfung nur im Rahmen der Mitgliedschaft in einer zwischenstaatlichen Organisation zu.<sup>38</sup>

### **2.1.1.3 Variante: Ausnahme bei landwirtschaftlichen Produktionsmitteln (regionale Erschöpfung)**

Im Rahmen der Sondierungen der Schweiz zu einem bilateralen Freihandelsabkommen mit der EU für Agrarprodukte und Lebensmittel hat das federführende Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement als schweizerisches Anliegen auch die *regionale* Erschöpfung für patentierte landwirtschaftliche Produktionsmittel angesprochen. Die Kommission erklärte sich bereit, mit der Schweiz über eine gegenseitige regionale Erschöpfung zu diskutieren. Sie betonte allerdings, dass die EG auf den verschiedensten Gebieten des Immaterialgüterrechts über einheitliche Erschöpfungsregelungen verfüge. Es ist vor diesem Hintergrund wenig wahrscheinlich, dass die regionale Erschöpfung für einzelne patentgeschützte Produkte oder Produktgruppen ausgehandelt werden kann. Von diesen Zweifeln an der Realisierbarkeit abgesehen, kann auf die Vor- und Nachteile einer internationalen Erschöpfung für landwirtschaftliche Produktionsmittel und Investitionsgüter (Ziff. 2.1.1.2) verwiesen werden. Da diese Variante Verhandlungen mit der EG erfordert, ist zudem mit Gegenforderungen zu rechnen (vgl. Ziff. 2.1.2.1). Es ist insbesondere zu erwarten, dass von der Schweiz ein Wechsel von der internationalen zur regionalen Erschöpfung im Marken- und Urheberrecht und die Übernahme des gesamten *Acquis communautaire* im Immaterialgüterrecht gefordert werden. Es ist zudem denkbar, dass die EG Verknüpfungen mit anderen Politikbereichen herstellt. Neben Artikel 27b LwG besteht für die regionale Erschöpfung bei patentgeschützten landwirtschaftlichen Produktionsmitteln ohnehin kein Bedarf, weshalb diese Variante nicht weiterverfolgt werden soll.

### **2.1.1.4 Variante: Ausnahme bei Märkten mit vergleichbaren Vermarktungsbedingungen**

In seinem Urteil in Sachen Kodak hat das Bundesgericht die Ansicht vertreten, dass das patentrechtliche Verbotsrecht in Bezug auf die Einfuhr dem Rechtsinhaber dann eine «überschliessende Rechtsmacht» einräumt, wenn die rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen beim Inverkehrbringen im Ausland mit den Bedingungen in der Schweiz vergleichbar sind.<sup>39</sup> In diesen Fällen unterstellte das Bundesgericht Einfuhrbeschränkungen gestützt auf das Patentrecht einer kartellrechtlichen Missbrauchkontrolle.

<sup>38</sup> Art. 16 Abs. 1 und 3 des Internationalen Übereinkommens zum Schutz von Pflanzenzüchtungen, revidiert (<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2004/4203.pdf>).

<sup>39</sup> BGE 126 III 129, E. 9.

Dieser Ansatz kann weiterentwickelt und die kartellrechtliche Missbrauchkontrolle zu einer Ausnahme von der nationalen Erschöpfung umgestaltet werden. Der Patentinhaber kann sich dann der Einfuhr von Erzeugnissen aus Märkten, deren wirtschaftliche Rahmenbedingungen (insbesondere die Kaufkraft) sowie deren rechtliches Umfeld (insbesondere das Niveau des Patentschutzes) den Gegebenheiten in der Schweiz entsprechen, nicht widersetzen.

Dieser Ansatz dazu führt zu einer Durchbrechung des Systems der nationalen Erschöpfung, wenn die Preisbildung für ein patentrechtlich geschütztes Erzeugnis im In- und Ausland im freien Spiel von Angebot und Nachfrage zustande kommt.

Der Patentinhaber könnte seine Verbotsrechte allerdings nach wie vor ausüben, wenn die Preise im Inland oder im Land des Inverkehrbringens von staatlichen Stellen festgesetzt oder kontrolliert werden. Damit würden Preisverzerrungen verhindert. Es kann nicht angenommen werden, dass der Vorteil aus Preisunterschieden bei staatlich administrierten Preisen an den Endverbraucher weitergegeben wird. Es bliebe auch beim Grundsatz der nationalen Erschöpfung, wenn der Patentinhaber wegen eines unzureichenden Schutzes für seine Erfindung im Ausland nicht in der Lage war, die Absatzbedingungen für ein patentrechtlich geschütztes Erzeugnis frei zu gestalten. Schliesslich soll auch die Versorgung von Ländern mit geringer Kaufkraft mit innovativen Erzeugnissen geschützt bleiben. Damit beugt der Ansatz auch einem Reputationsschaden von Unternehmen vor. Ein solcher Schaden könnte dadurch entstehen, dass ein Unternehmen bedürftigen Kreisen essentielle Produkte nicht zu einem zugänglichen Preis in hinreichender Menge abgibt, weil es befürchten muss, die Produkte könnten von dort auf die Märkte von Ländern mit hoher Kaufkraft gelangen, aus denen die Deckungsbeiträge für Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen stammen müssen.

Der Formulierungsvorschlag lautet wie folgt:

*Art. 9a* II. Im Besonderen

<sup>1</sup> Hat der Patentinhaber eine patentgeschützte Ware im Inland in Verkehr gebracht oder ihrem Inverkehrbringen im Inland zugestimmt, so darf diese Ware gewerbmässig gebraucht oder weiterveräussert werden.

<sup>2</sup> Hat er eine Vorrichtung, mit der ein patentgeschütztes Verfahren angewandt werden kann, im Inland in Verkehr gebracht oder ihrem Inverkehrbringen im Inland zugestimmt, so ist der erste und jeder spätere Erwerber der Vorrichtung berechtigt, dieses Verfahren anzuwenden.

<sup>3</sup> Hat der Patentinhaber patentgeschütztes biologisches Material im Inland in Verkehr gebracht oder seinem Inverkehrbringen im Inland zugestimmt, so darf dieses Material vermehrt werden, soweit dies für die bestimmungsgemässe Verwendung notwendig ist. Das so gewonnene Material darf nicht für eine weitere Vermehrung verwendet werden. Artikel 35a<sup>40</sup> bleibt vorbehalten.

<sup>4</sup> Die Zustimmung des Patentinhabers zum Inverkehrbringen im Inland ist nicht erforderlich für im Ausland rechtmässig vertriebene patentgeschützte Waren, wenn:

- a) ihr Preis weder im Inland noch im Land des Inverkehrbringens staat-

<sup>40</sup> BBl 2004 4155

- lich geregelt sind;
- b) Erfindungen im Land des Inverkehrbringens angemessen geschützt sind; und
  - c) die Waren im Ausland nicht in Verkehr gebracht wurden, um grundlegende Bedürfnisse wenig kaufkräftiger Bevölkerungsteile zu befriedigen.

#### **Befürwortende Argumente:**

- Die Ausnahme von der nationalen Erschöpfung ist in ihrem Anwendungsbereich mit der Variante einer internationalen Erschöpfung mit Ausnahme bei Märkten mit abweichenden Rahmenbedingungen weitgehend kongruent. Es kann daher auf die befürwortenden Argumente dieser Option verwiesen werden (Ziff. 2.1.3.3)
- Es wird der grenzüberschreitende Handel jener patentrechtlich geschützten Erzeugnisse erleichtert, deren Preise sich im In- und Ausland im Wettbewerb und unter Patentschutz bilden, der im Niveau mit demjenigen der Schweiz vergleichbar ist. Unter diesen Voraussetzungen tragen In- und Ausland tendenziell in vergleichbarem Mass an den notwendigen Mittelrückfluss für Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten bei.
- Soweit Preise staatlich festgelegt oder kontrolliert und damit dem freien Spiel von Angebot und Nachfrage entzogen sind, verhindert die nationale Erschöpfung von Patenten einen Wettbewerb der Regulierungen. Die innenpolitische Abwägung zwischen sozialen und innovationspolitischen Interessen bei reglementierten Preisen wird somit nicht unterlaufen, sondern bleibt gewahrt. Dies gilt namentlich für den Teil des schweizerischen Arzneimittelmarkts, bei dem die Preise staatlich geregelt sind. Auch administrierte Preise in der Schweiz sollen deshalb als Grundlage für die Unterbindung von Parallelimporten herangezogen werden können.
- Die Variante ist insofern ordnungspolitisch konsequent, indem nur bei patentgeschützten Erzeugnissen, deren Preis sich aufgrund vergleichbarer Vermarktungsbedingungen im In- und Ausland im freien Spiel von Angebot und Nachfrage bilden kann, der Grundsatz der nationalen Erschöpfung im Patentrecht eingeschränkt wird.
- Die vorgeschlagene Variante lässt dann die Sacheigentumsrechte des Erwerbers und die Wirtschaftsfreiheit des Handels die Oberhand gewinnen, wenn eine Abgeltung des patentrechtlichen Eigentumsanspruchs nach Massgabe der Verhältnisse stattgefunden hat, die ohne territoriale Begrenzung des Schweizer Rechts und der Schweizer Verhältnisse gelten würden.

#### **Ablehnende Argumente:**

- Die Ausnahme von der nationalen Erschöpfung ist in ihrem Anwendungsbereich mit der Variante einer internationalen Erschöpfung mit Ausnahme bei Märkten mit abweichenden weitgehend kongruent. Es kann daher auf die ablehnenden Argumente dieser Option verwiesen werden (Ziff. 2.1.3.3)
- Die Regelung ist derart komplex und unbestimmt, dass sie der Rechtssicherheit abträglich wäre.

- Die Preisbildung durch den Patentinhaber unterliegt seit der Revision des Kartellgesetzes der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchskontrolle. Die kombinierte Wirkung des neuen Artikels 5 Absatz 4 des Kartellgesetzes und der Präzisierung von Artikel 3 Absatz 2 des Kartellgesetzes sowie die Präventivwirkung der mit Artikel 49a des Kartellgesetzes eingeführten direkten Sanktionen stehen wettbewerbschädlichen Einfuhrbeschränkungen gestützt auf das Patentrecht entgegen. Obschon sich auf das Patentrecht abgestützte Einfuhrbeschränkungen nur auf Einzelfallbasis beurteilen lassen, ist die Präventivwirkung erheblich. Es besteht daher keine Notwendigkeit, die Missbrauchskontrolle durch eine Einschränkung der nationalen Erschöpfung zu verschärfen. Die damit verbundene Verlagerung der Beweislast auf den Patentinhaber ist nicht gerechtfertigt.

## **2.1.2 Regionale Erschöpfung**

### **2.1.2.1 Grundoption: regionale Erschöpfung ohne Ausnahmen**

Die regionale Erschöpfung kommt für die Schweiz in erster Linie im Verhältnis zur EG bzw. zu den Vertragsstaaten des EWR in Betracht. Neben dem Stellenwert dieser Wirtschaftsräume für den Handel der Schweiz sprechen auch die rechtlich vergleichbaren Rahmenbedingungen für die Anbindung einer nach Ländern differenzierenden Erschöpfungsregelung an diese Wirtschaftsräume. Eine regionale Erschöpfung im Verhältnis zu anderen Ländern wird daher aus den nachfolgenden Betrachtungen ausgeklammert.

Mehrheitlich, so auch in einem vom Bundesrat in Auftrag gegebenen externen Gutachten,<sup>41</sup> wird die Auffassung vertreten, dass das System der regionalen Erschöpfung nur auf der Grundlage der Gegenseitigkeit, d.h. im Rahmen eines Abkommens eingeführt werden kann. Vereinzelt besteht sogar die Rechtsmeinung, die zweiseitige regionale Erschöpfung sei wegen der internationalen Verpflichtungen der Schweiz nur im Rahmen einer Zollunion möglich.<sup>42</sup> Jedenfalls verstösst die Schweiz nach der Mehrheitsmeinung gegen das Meistbegünstigungsprinzip des TRIPS-Abkommens, wenn sie die regionale Erschöpfung einseitig statuiert (dazu unten Ziff. 4.2). Der Bundesrat will den Ruf der Schweiz als verlässlicher Partner internationaler Verträge nicht leichtfertig gefährden, indem er sich über die ernst zu nehmenden rechtlichen Bedenken hinwegsetzt. Er vertritt daher die Ansicht, dass sich die regionale Erschöpfung nur aufgrund von Verhandlungen mit der EG bzw. den Vertragsstaaten des EWR realisieren lässt.

In seinem Bericht vom 3. Dezember 2004 erachtete es der Bundesrat als wahrscheinlich, dass die regionale Erschöpfung im Verhältnis zur EG oder zum EWR nicht nur für den Bereich des Patentrechts ausgehandelt werden könne, sondern einen Wechsel von der internationalen zur regionalen Erschöpfung im Marken- und Urheberrecht und die Übernahme des gesamten *Acquis communautaire* im Immaterialgüterrecht sowie eventuell auch in anderen horizontalen Politikbereichen zur Folge hätte. Sondierungen der Schweiz zu einem Agrarabkommen mit der EU und Kontakte mit der für diese Thematik zuständigen Generaldirektion Binnenmarkt

<sup>41</sup> Straus/Katzenberger 2002, S. 43 ff.

<sup>42</sup> Thomas Cottier, Patentgesetzrevision im europäischen und globalen Kontext, Die Volkswirtschaft, 7/8 2006, S. 12.

im Sommer 2006 lieferten keine Anhaltspunkte für eine abweichende Beurteilung. Letztlich würde allerdings nur das Ergebnis langer Verhandlungen über die Gegenforderungen Gewissheit schaffen können.

#### **Befürwortende Argumente:**

- Bei einem Wechsel zur regionalen Erschöpfung ist auf Konsumentenpreisstufe bei Erzeugnissen, für die der Patentschutz relevant ist (Arzneimittel, Computer, Unterhaltungselektronik, Küchengeräte, Fahrzeuge, Uhren), eine Senkung des Preisniveaus zu erwarten. Die gesamtwirtschaftlichen Effekte sind ebenfalls positiv. Laut einer vom Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement in Auftrag gegebenen Studie ist gesamtwirtschaftlich ein zusätzliches Wachstum des Bruttoinlandproduktes zwischen 0,0 % und 0,1 % möglich.<sup>43</sup>
- Dem Patentinhaber wird die Möglichkeit genommen, Preisdifferenzierungen gestützt auf das Patentrecht durchzusetzen. Preisdifferenzierungen sind nur noch auf der Grundlage selektiver Vertriebssysteme möglich, die der Patentinhaber selbst aufbaut. Die Kosten dafür fallen in der Wertschöpfungskette des Patentinhabers an und werden nicht auf den Staat abgewälzt. In Verbindung mit einem wirksamen Interbrand-Wettbewerb ist eine gesamtwirtschaftlich optimale Preis- und Leistungsdifferenzierung zu erwarten. Dies bedingt freilich, dass die Kartellbehörden gegen das selektive Vertriebssystem und andere vertikale Abreden des Patentinhabers nur dann einschreiten, wenn der Interbrand-Wettbewerb durch die Abreden erheblich beeinträchtigt wird.
- Die Vertragsstaaten der EG bzw. des EWR verfügen über vergleichbare wirtschaftliche und rechtliche Rahmenbedingungen wie die Schweiz. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichts liesse es sich daher rechtfertigen, dem Patentinhaber die Befugnis abzusprechen, den grenzüberschreitenden Handel patentrechtlich geschützter Erzeugnisse aus diesen Staaten zu unterbinden.

#### **Ablehnende Argumente:**

- In den Bereichen, in denen der Patentschutz von Bedeutung ist, ist die nationale Erschöpfung als Ursache für Preisunterschiede zum Ausland von untergeordneter Bedeutung (Ziff. 1.4). Preisdifferenzen sind hier auf eine Reihe anderer Faktoren und nicht primär auf das System der nationalen Erschöpfung von Patentrechten zurückzuführen. Bei den vom Staat ausgehenden Faktoren stehen die Zölle und die technischen Handelshemmnisse tendenziell im Vordergrund. Ein Wechsel zur regionalen Erschöpfung von Patenten dürfte keine Senkung des Preisniveaus bewirken, solange die primären Ursachen für die Preisdifferenzen bestehen bleiben. Daher muss zuerst bei der Beseitigung dieser primären Ursachen angesetzt werden.
- Die geschätzten gesamtwirtschaftlichen Effekte eines Wechsels zur regionalen Erschöpfung im Patentrecht sind wohl positiv, in ihrem Ausmass jedoch bescheiden. Dies obschon die einschlägigen Studien bei der Herleitung des betroffenen Handelsvolumens die Annahmen so gewählt haben, dass das Handelsvolumen bzw. die Preisdifferenzen tendenziell überschätzt werden.<sup>44</sup> Angesichts der Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der unterschiedlichen Ursachen für die Preisdifferenzen ist zu befürchten, dass die positiven gesamt-

<sup>43</sup> Plaut 2004a, S. 48 ff.

<sup>44</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, S. xiv und 159.

wirtschaftlichen Effekte bei einem Wechsel zur regionalen Erschöpfung weitgehend ausbleiben.

- Die Realisierung dieser Option erfordert Verhandlungen mit der EG und/oder den Vertragsstaaten des EWR.
- Es ist wahrscheinlich, dass die EG im Gegenzug zur regionalen Erschöpfung von der Schweiz zumindest einen Wechsel von der internationalen zur regionalen Erschöpfung im Marken- und Urheberrecht fordert, was die Schweiz in Konflikt mit ihren Verpflichtungen aus dem GATT 1994 bringen würde<sup>45</sup>. Eine einheitliche regionale Erschöpfung für alle Schutzrechtsbereiche schneidet wirtschaftlich indessen nicht besser ab als die gegenwärtig geltende Verbindung von internationaler Erschöpfung bei Marken- und Urheberrechten und nationaler Erschöpfung bei Patentrechten.
- Die dem Patentinhaber verbleibende Möglichkeit, Preisdifferenzierungen zur Absicherung des Innovationsvorsprungs auf der Grundlage selektiver Vertriebssysteme durchzusetzen, impliziert eine staatliche Intervention. Denn selektive Vertriebssysteme werden im Streitfall durch staatliche Gerichte durchgesetzt werden müssen, so dass erhebliche Teile der Kosten der Vertriebssysteme auf den Staat abgewälzt werden. Damit solche Vereinbarungen tatsächlich den Innovationsvorsprung wie erwünscht absichern können, müsste zudem sichergestellt sein, dass die Transaktionskosten des Vertriebssystems nicht zu hoch sind und die Wettbewerbsbehörden solche Vereinbarungen zulassen. Ein Einschreiten der Wettbewerbsbehörden wäre nur dann gerechtfertigt, wenn der Interbrand-Wettbewerb durch die Abreden erheblich beeinträchtigt wird.

### **2.1.2.2 Varianten**

Varianten des Grundsatzes der regionalen Erschöpfung in Form von Ausnahmen zugunsten der nationalen Erschöpfung bei bestimmten patentrechtlich geschützten Warengruppen erweisen sich wegen der einheitlichen Handhabung der Erschöpfung für alle Schutzrechtsbereiche in der EG (Ziff. 2.2.2) als unrealistisch. Die Überlegungen zu den Varianten der internationalen Erschöpfung (Ziff. 2.1.3.2) lassen sich entsprechend heranziehen.

## **2.1.3 Internationale Erschöpfung**

### **2.1.3.1 Grundoption: internationale Erschöpfung ohne Ausnahmen**

Ein Wechsel von der nationalen zur internationalen Erschöpfung kann im Patentrecht autonom vollzogen werden. Nach dem vom Bundesrat in Auftrag gegebenen Rechtsgutachten<sup>46</sup> ist ein solcher Wechsel mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar. Das Gutachten stützt sich dabei auf die mehrheitlich vertretene Meinung im Schrifttum. Nach Ansicht einer Minderheit schreibt das TRIPS-Abkommen im Patentrecht die nationale Erschöpfung vor. Diese Frage

<sup>45</sup> *Parallelimporte und Patentrecht: Regionale Erschöpfung*, Bericht des Bundesrates vom 3. Dez. 2004, S. 18.

<sup>46</sup> Straus/Katzenberger 2002, S. 38 ff.

könne jedoch nicht Gegenstand eines Streitregelungsverfahrens nach diesem Abkommen sein.<sup>47</sup>

Der Formulierungsvorschlag für diese Option lautet:

*Art. 9a* II. Im Besonderen

<sup>1</sup> Hat der Patentinhaber eine patentgeschützte Ware im In- oder Ausland in Verkehr gebracht oder ihrem Inverkehrbringen im In- oder Ausland zugestimmt, so darf diese Ware gewerbmässig eingeführt, gebraucht oder weiterveräußert werden.

<sup>2</sup> Hat er eine Vorrichtung, mit der ein patentgeschütztes Verfahren angewandt werden kann, im In- oder Ausland in Verkehr gebracht oder ihrem Inverkehrbringen im In- oder Ausland zugestimmt, so ist der erste und jeder spätere Erwerber der Vorrichtung berechtigt, dieses Verfahren anzuwenden.

<sup>3</sup> Hat der Patentinhaber patentgeschütztes biologisches Material im In- oder Ausland in Verkehr gebracht oder seinem Inverkehrbringen im In- oder Ausland zugestimmt, so darf dieses Material gewerbmässig eingeführt und vermehrt werden, soweit dies für die bestimmungsgemässe Verwendung notwendig ist. Das so gewonnene Material darf nicht für eine weitere Vermehrung verwendet werden. Artikel 35a<sup>48</sup> bleibt vorbehalten.

**Befürwortende Argumente:**

- Bei einem Wechsel zur internationalen Erschöpfung ist auf Konsumentenpreisstufe bei Erzeugnissen, für die der Patentschutz relevant ist (Arzneimittel, Computer, Unterhaltungselektronik, Küchengeräte, Fahrzeuge, Uhren), eine Senkung des Preisniveaus zu erwarten. Die gesamtwirtschaftlichen Effekte sind ebenfalls positiv. Laut einer vom Bundesrat in Auftrag gegebenen Studie ist gesamtwirtschaftlich ein zusätzliches Wachstum des Bruttoinlandsproduktes zwischen 0.0 % und 0.1 % möglich.<sup>49</sup>
- Der systematische und lückenlose Abbau aller beeinflussbaren preistreibenden Faktoren erfordert auch einen Wechsel zur internationalen Erschöpfung im Patentrecht. Dem Patentinhaber wird dadurch die Möglichkeit genommen, Preisdifferenzierungen weiterhin gestützt auf das Patentrecht durchzusetzen. Preisdifferenzierungen sind dann nur noch auf der Grundlage selektiver Vertriebssysteme möglich, die der Patentinhaber selbst aufbaut. In Verbindung mit einem wirksamen Interbrand-Wettbewerb ist eine gesamtwirtschaftlich optimale Preis- und Leistungsdifferenzierung zu erwarten.
- Diese Variante stellt eine einheitliche Regelung der Erschöpfung für das gesamte Immaterialgüterrecht her.

**Ablehnende Argumente:**

- In den Bereichen, in denen der Patentschutz von Bedeutung ist, ist die nationale Erschöpfung als Ursache für Preisunterschiede zum Ausland von untergeordneter Bedeutung (Ziff. 1.4). Preisdifferenzen sind hier auf eine Reihe anderer

<sup>47</sup> Christian von Kraak, TRIPS oder Patentschutz weltweit: Zwangslizenzen, Erschöpfung, Parallelimporte, Diss. Bonn 2005, Berlin 2006.

<sup>48</sup> BBI 2004 4155

<sup>49</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, S. xvi ff.

Faktoren und nicht primär auf das System der nationalen Erschöpfung von Patentrechten zurückzuführen. Bei den vom Staat ausgehenden Faktoren stehen die Zölle und die technischen Handelshemmnisse tendenziell im Vordergrund. Ein Wechsel zur internationalen Erschöpfung von Patenten dürfte keine Senkung des Preisniveaus bewirken, solange die primären Ursachen für die Preisdifferenzen bestehen bleiben. Daher muss zuerst bei der Beseitigung dieser primären Ursachen angesetzt werden.

- Die geschätzten gesamtwirtschaftlichen Effekte eines Wechsels zur internationalen Erschöpfung im Patentrecht sind wohl positiv, in ihrem Ausmass jedoch bescheiden. Dies obschon die einschlägige Studie bei der Herleitung des betroffenen Handelsvolumens die Annahmen so gewählt hat, dass das Handelsvolumen bzw. die Preisdifferenzen tendenziell überschätzt werden.<sup>50</sup> Angesichts der Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der unterschiedlichen Ursachen für die Preisdifferenzen ist zu befürchten, dass die positiven gesamtwirtschaftlichen Effekte bei einem Wechsel zur internationalen Erschöpfung weitgehend ausbleiben.
- Von einem Systemwechsel würden die binnen- und konsumorientierten Sektoren überdurchschnittlich profitieren; dagegen würden die export- und investitionsgüterorientierten Sektoren unterdurchschnittlich Nutzen ziehen können.
- Die positiven Effekte der Preisdifferenzierung (insbes. die Arzneimittelversorgung von Entwicklungsländern zu Tiefstpreisen) können nicht mehr konsequent durchgesetzt werden. Die Bemühungen der internationalen Gemeinschaft zur Senkung der Arzneimittelpreise für die Entwicklungsländer würden erschwert.
- Die Auswirkungen eines Wechsels zur internationalen Erschöpfung im Patentrecht auf den Forschungsstandort Schweiz sind umstritten. Mit den verfügbaren Daten kann nicht nachgewiesen werden, dass negative Auswirkungen auf die Forschungs- und Entwicklungsausgaben und auf den Forschungsstandort Schweiz zu erwarten sind. Es ist aber analytisch auch nicht möglich, die Hypothese eines Zusammenhangs zu verwerfen. Betrachtet man den Weltmarkt, so kann ein Wechsel zur internationalen Erschöpfung längerfristig zu Wohlfahrtseinbussen führen, wenn wegen Ertragsausfällen die Investitionen in Forschung und Entwicklung reduziert werden und daher Neuerungen und Weiterentwicklungen unterbleiben. Als Indiz in diese Richtung ist der Umstand zu werten, dass kein Industrieland die internationale Erschöpfung im Patentrecht kennt.
- Die dem Patentinhaber verbleibende Möglichkeit, Preisdifferenzierungen zur Absicherung des Innovationsvorsprungs auf der Grundlage selektiver Vertriebssysteme durchzusetzen, impliziert eine staatliche Intervention. Denn selektive Vertriebssysteme werden im Streitfall durch staatliche Gerichte durchgesetzt werden müssen, so dass erhebliche Teile der Kosten der Vertriebssysteme auf den Staat abgewälzt werden. Damit solche Vereinbarungen tatsächlich den Innovationsvorsprung wie erwünscht absichern können, müsste zudem sichergestellt sein, dass die Transaktionskosten des Vertriebssystems nicht zu hoch sind und die Wettbewerbsbehörden solche Vereinbarungen zulassen. Ein Einschreiten der Wettbewerbsbehörden wäre nur dann gerecht-

<sup>50</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, S. xiv und 159.

fertigt, wenn der Interbrand-Wettbewerb durch die Abreden erheblich beeinträchtigt wird.

- Die in- und ausländischen Unternehmen, die über ein Patent verfügen, werden ihr Verhalten an die neuen Rahmenbedingungen der internationalen Erschöpfung anpassen (z.B. zusätzliche Produktdifferenzierung, gestaffelte Einführung von Produktneuerungen, Verzicht auf Export in gewisse Länder, vertikale Integration). Diese Verhaltensanpassungen können wichtige Auswirkungen auf das Preissenkungspotenzial haben. Diese Anpassungen wurden zwar in den Studien des Bundes berücksichtigt. Ausmass und Einfluss dieser Verhaltensanpassungen lassen sich aber nicht zuverlässig abschätzen. Unklar ist auch, in welchem Umfang der Zwischenhandel die Preisvorteile weitergeben wird. Es ist möglich, dass die prognostizierten positiven Effekte auf die Preise und die Wirtschaft weitgehend ausbleiben.
- Bei Erzeugnissen, deren Preise im Ausland staatlich administriert sind, führt die internationale Erschöpfung zu einem Wettbewerb der Regulierungen und nicht zu einem Preiswettbewerb. Soweit die Preise aufgrund der staatlichen Regelungen in erheblichem Umfang dem freien Spiel von Angebot und Nachfrage entzogen sind und von staatlichen Stellen festgesetzt oder kontrolliert werden, kann nicht angenommen werden, dass der Vorteil aus Preisunterschieden an den Endverbraucher weitergegeben wird. Das gilt im Bereich der Arzneimittel insbesondere für diejenigen Arzneimittel, deren Kosten vom Krankenversicherer übernommen werden.
- Die massive Einschränkung der Abwehrrechte des Patentinhabers stellt angesichts der geringen zu erwartenden positiven Effekte einen unverhältnismässigen Eingriff in sein Privateigentum dar. Die in der Schweiz situierten patentintensiven Unternehmen könnten einen Wechsel zur internationalen Erschöpfung als Signal interpretieren, dass der politische Wille, die Immaterialgüterrechte angemessen zu schützen, abnimmt.

### **2.1.3.2 Variante: Ausnahme bei Märkten mit administrierten Preisen**

Da ein Wechsel zur internationalen Erschöpfung bei Erzeugnissen aus Märkten mit administrierten Preisen keinen Preiswettbewerb bewirkt, bietet sich als Variante der internationalen Erschöpfung im Patentrecht eine Ausnahme für solche Erzeugnisse an: Patentgeschützte Erzeugnisse, deren Preise im Inland oder im Staat, aus dem die Erzeugnisse stammen, staatlich festgesetzt oder kontrolliert sind, bleiben demnach der nationalen Erschöpfung unterstellt. Diese Ausnahme ist bei Arzneimitteln relevant, soweit deren Preise staatlich geregelt sind. In der Schweiz bestehen bei Arzneimitteln, die aufgrund eines Gesuches in die Spezialitätenliste aufgenommen wurden, staatlich festgelegte Höchstpreise. Schon heute erfolgt bei diesen Arzneimitteln aufgrund des Auslandpreisvergleiches in eingeschränktem Umfang eine Übernahme von Regulierungen aus dem Ausland.

Der Formulierungsvorschlag für diese Option lautet:

*Art. 9a* II. Im Besonderen

<sup>1</sup> Hat der Patentinhaber eine patentgeschützte Ware im In- oder Ausland in Verkehr gebracht oder ihrem Inverkehrbringen im In- oder Ausland zugestimmt, so darf diese Ware gewerbsmässig eingeführt, gebraucht oder

weiterveräussert werden.

<sup>2</sup> Hat er eine Vorrichtung, mit der ein patentgeschütztes Verfahren angewandt werden kann, im In- oder Ausland in Verkehr gebracht oder ihrem Inverkehrbringen im In- oder Ausland zugestimmt, so ist der erste und jeder spätere Erwerber der Vorrichtung berechtigt, dieses Verfahren anzuwenden.

<sup>3</sup> Hat der Patentinhaber patentgeschütztes biologisches Material im In- oder Ausland in Verkehr gebracht oder seinem Inverkehrbringen im In- oder Ausland zugestimmt, so darf dieses Material gewerbsmässig eingeführt und vermehrt werden, soweit dies für die bestimmungsgemässe Verwendung notwendig ist. Das so gewonnene Material darf nicht für eine weitere Vermehrung verwendet werden. Artikel 35a<sup>51</sup> bleibt vorbehalten.

<sup>4</sup> Ungeachtet der Absätze 1–3 bleibt die Zustimmung des Patentinhabers für das Inverkehrbringen einer patentgeschützten Ware im Inland vorbehalten, wenn ihr Preis im Inland oder im Land des Inverkehrbringens staatlich geregelt ist.

### **Befürwortende Argumente:**

- Bei patentrelevanten Konsumgütern, deren Preise weder im In- noch im Ausland staatlich festgesetzt oder kontrolliert sind, ist auf Konsumentenpreisstufe eine Senkung des Preisniveaus zu erwarten. Die erwarteten positiven Auswirkungen auf das Preisniveau bzw. der mögliche gesamtwirtschaftliche Nutzen fällt indessen geringer aus als nach der Grundvariante, da das betroffene Handelsvolumen durch die Ausnahme geschmälert wird.
- Den wesenseigenen Besonderheiten von Märkten mit administrierten Preisen wird Rechnung getragen.
- Ein Systemwechsel gefährdet zumindest nicht die Versorgung von Entwicklungsländern mit Arzneimitteln, die auf der Spezialitätenliste geführt werden.
- Es bleibt im Übrigen bei den befürwortenden Argumenten der Grundoption (Ziff. 2.1.3.1).

### **Ablehnende Argumente:**

- Die Ausnahme erfasst Teilbereiche des Arzneimittelmarktes. Das Kriterium einer staatlichen Preisadministrierung trägt den Besonderheiten dieses Marktes nur unvollständig Rechnung. Die Handelbarkeit und Vermarktung von Arzneimitteln ist aus Gründen des Gesundheitsschutzes eingeschränkt. Die Festlegung der entsprechenden Vermarktungsbedingungen (z. B. die Verschreibungspflicht) erfolgt losgelöst vom Umstand der Preisadministrierung.
- Die praktische Anwendung der Ausnahme führt zu Schwierigkeiten, da nicht immer klar ist, wann der Preis eines Erzeugnisses als staatlich festgelegt oder kontrolliert gelten kann.
- Es bleibt im Übrigen bei den Argumenten, die gegen die Grundoption sprechen (Ziff. 2.1.3.1). Es entfällt einzig der Einwand, dass ein Wechsel zur

<sup>51</sup> BBl 2004 4155

internationalen Erschöpfung bei Erzeugnissen, deren Preise im Ausland administriert sind, ökonomisch nicht gerechtfertigt ist.

### **2.1.3.3 Variante: Ausnahme bei Märkten mit abweichenden Rahmenbedingungen**

In seinem Urteil in Sachen Kodak hat das Bundesgericht die Ansicht vertreten, dass das patentrechtliche Verbotsrecht in Bezug auf die Einfuhr dem Rechtsinhaber dann eine «überschiessende Rechtsmacht» einräumt, wenn die rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen beim Inverkehrbringen im Ausland mit den Bedingungen in der Schweiz vergleichbar sind.<sup>52</sup> In diesen Fällen unterstellte das Bundesgericht Einfuhrbeschränkungen gestützt auf das Patentrecht einer kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle. Im Umkehrschluss erachtete das Bundesgericht die Abwehrrechte des Patentinhabers bei abweichenden rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen beim Inverkehrbringen im Ausland als gerechtfertigt. Die resultierenden Preis- und Produktdifferenzierungen nach Ländern sind hier Ausdruck einer grundsätzlich wettbewerbskonformen Optimierung des Angebots an die unterschiedlichen Rahmenbedingungen. Gerade mit Blick auf die Versorgung von Ländern mit geringer Kaufkraft sind derartige Preisdifferenzierungen sogar angezeigt. Dementsprechend lässt sich eine Ausnahme von der internationalen Erschöpfung für Erzeugnisse aus Märkten herleiten, deren wirtschaftliche Rahmenbedingungen (insbesondere die Kaufkraft) sowie deren rechtliches Umfeld (insbesondere das Niveau des Patentschutzes) von den schweizerischen Gegebenheiten abweichen. Einzelheiten könnten auf Verordnungsstufe geklärt werden.

Der Formulierungsvorschlag für diese Option lautet:

#### *Art. 9a* II. Im Besonderen

<sup>1</sup> Hat der Patentinhaber eine patentgeschützte Ware im In- oder Ausland in Verkehr gebracht oder ihrem Inverkehrbringen im In- oder Ausland zugestimmt, so darf diese Ware gewerbsmässig eingeführt, gebraucht oder weiterveräussert werden.

<sup>2</sup> Hat er eine Vorrichtung, mit der ein patentgeschütztes Verfahren angewandt werden kann, im In- oder Ausland in Verkehr gebracht oder ihrem Inverkehrbringen im In- oder Ausland zugestimmt, so ist der erste und jeder spätere Erwerber der Vorrichtung berechtigt, dieses Verfahren anzuwenden.

<sup>3</sup> Hat der Patentinhaber patentgeschütztes biologisches Material im In- oder Ausland in Verkehr gebracht oder seinem Inverkehrbringen im In- oder Ausland zugestimmt, so darf dieses Material gewerbsmässig eingeführt und vermehrt werden, soweit dies für die bestimmungsgemässe Verwendung notwendig ist. Das so gewonnene Material darf nicht für eine weitere Vermehrung verwendet werden. Artikel 35a<sup>53</sup> bleibt vorbehalten.

<sup>4</sup> Ungeachtet der Absätze 1–3 bleibt die Zustimmung des Patentinhabers für das Inverkehrbringen einer patentgeschützten Ware im Inland vorbehalten, wenn im Land des Inverkehrbringens die wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen, insbesondere das in privaten Haushalten für Konsumzwecke verfügbare Einkommen oder der Schutz von Erfindungen, erheblich

<sup>52</sup> BGE 126 III 129, E. 9.

<sup>53</sup> BBl 2004 4155

von den schweizerischen abweichen.

### **Befürwortende Argumente:**

- Positive Effekte der Preisdifferenzierung, namentlich die Belieferung von Ländern mit geringer Kaufkraft mit innovativen Erzeugnissen (und damit insbes. die Arzneimittelversorgung von Entwicklungsländern zu Tiefstpreisen), bleiben erhalten.
- Die Ausnahme berücksichtigt, dass Preis- und Produktdifferenzierungen nach Ländern Ausdruck einer grundsätzlich wettbewerbskonformen Optimierung des Angebots an die unterschiedlichen Rahmenbedingungen sind und die Abwehrrechte des Patentinhabers ein effizientes Instrument zur Durchsetzung solcher Differenzierungen darstellen.
- Es bleibt im Übrigen bei den befürwortenden Argumenten der Grundoption (Ziff. 2.1.3.1).

### **Ablehnende Argumente:**

- Die Ausnahme führt in der praktischen Anwendung zu Rechtsunsicherheit. Eine Konkretisierung wirft heikle Abgrenzungsfragen auf.
- Erzeugnisse, die der Preisadministrierung unterliegen, sind von der Anwendung der internationalen Erschöpfung nicht vollständig ausgenommen. Es kommt im Anwendungsbereich der internationalen Erschöpfung zu einem Wettbewerb der Regulierungen und nicht zu einem Preiswettbewerb. Dem könnte durch eine Verbindung mit der vorangehend beschriebenen Variante (Ziff. 2.1.3.2) Rechnung getragen werden.
- Im Anwendungsbereich der internationalen Erschöpfung bleibt es im Übrigen bei den Gegenargumenten zur Grundoption (Ziff. 2.1.3.1).

## **2.1.4                   Einschränkung zugunsten des Marktzugangs nach dem Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse**

Das Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse schafft einheitliche Grundlagen, damit im Regelungsbereich des Bundes technische Handelshemmnisse vermieden, beseitigt oder abgebaut werden. Es soll nunmehr mit Vorschriften über den Marktzugang («Cassis de Dijon-Prinzip») ergänzt werden. Eine zentrale Neuerung in dieser Hinsicht ist die *einseitige* Marktöffnung für Erzeugnisse, die zwar nicht den schweizerischen technischen Vorschriften entsprechen, aber in einem Mitgliedsstaat der EG oder des EWR sowie in Staaten, mit denen die Schweiz Vereinbarungen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen abgeschlossen hat, rechtmässig in Verkehr gesetzt wurden. Diese Erzeugnisse sollen ohne Einschränkung in der Schweiz handelbar sein.

Ein grosser Teil der Gesamteinfuhren in die Schweiz im Umfang von knapp 150 Milliarden Franken unterliegt anforderungsreichen Bestimmungen des technischen Rechts. Diesen Bestimmungen ist in den verschiedenen Branchen unterschiedlich grosse handelshemmende Wirkung zuzumessen. Die hohen Beträge weisen auf ein grosses potentiell volkswirtschaftliches Interesse am Abbau ungerechtfertigter Handelshemmnisse hin. Die neuen Vorschriften über den Marktzugang tragen dazu bei, ungerechtfertigte Hemmnisse für den Zutritt zum schweizerischen Markt im

technischen Recht zu überwinden. In dem Umfang, wie das «Cassis de Dijon-Prinzip» greift, entfällt eine zentrale Ursache für die hohen Preise in der Schweiz. Zugleich führt das Prinzip zu einer Annäherung der Vermarktungsbedingungen, wenngleich keine Harmonisierung der technischen Vorschriften vorausgesetzt ist.

Auch wenn die nationale Erschöpfung als Ursache für Preisdifferenzen zum Ausland von untergeordneter Bedeutung ist, ist denkbar, dass der positive Effekt des Abbaus technischer Handelshemmnisse auf das Preisniveau zumindest teilweise zurückgenommen werden könnte, wenn an der nationalen Erschöpfung ausnahmslos festgehalten würde. Denn in Bereichen, in denen Patente als technische Schutzrechte relevant sind, bestehen oft auch technische Handelshemmnisse. Flankierend zum Abbau der technischen Handelshemmnisse durch das «Cassis de Dijon-Prinzip» liesse sich daher verhindern, dass der Zugang zum schweizerischen Markt im Sinne der neuen Artikel 16a–16d THG gestützt auf Patentrechte beschränkt oder ausgeschlossen wird.

Der Formulierungsvorschlag für diese Variante lautet wie folgt:

*Art. 9b* III. Marktzugang nach dem THG

Haben patentgeschützte Waren, die im Ausland rechtmässig vertrieben werden, Zugang zum schweizerischen Markt im Sinne der Artikel 16a–16d des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse, so darf der Zugang nicht gestützt auf Patentrechte beschränkt oder ausgeschlossen werden.

**Befürwortende Argumente:**

- Die Abschätzung des Anteils der einzelnen preisbestimmenden Faktoren an den Preisdifferenzen ist angesichts der häufigen Interdependenz der Faktoren ausserordentlich schwierig. Immerhin kann festgestellt werden, dass mit zunehmender Bedeutung der technischen Handelshemmnisse die Preisdifferenzen zum umliegenden Ausland signifikant zunehmen. Technische Vorschriften können daher als eine der zentralen Ursachen für höhere Preise gesehen werden. Daher ist es folgerichtig, zuerst bei der Beseitigung ungerechtfertigter Handelshemmnisse im technischen Recht anzusetzen.
- Das «Cassis de Dijon-Prinzip» wird dem Handel Erleichterungen bringen, indem nationale Bestimmungen des technischen Rechts, die sich heute als ungerechtfertigte Handelsschranken auswirken, in weiten Bereichen künftig keine handelshemmenden Wirkungen mehr entfalten können. Von dieser Massnahme ist eine Senkung des Preisniveaus auf Konsumgüterstufe zu erwarten. Die gesamtwirtschaftlichen Effekte sind ebenfalls positiv. Eine Ausnahme von der nationalen Erschöpfung als nachrangiger Ursache für Preisdifferenzierungen ist als flankierende Massnahme begründbar. Das «Cassis de Dijon-Prinzip» überwindet in weiten Bereichen die wegen nationaler technischer Vorschriften länderspezifischen Bedingungen bei der Vermarktung. Insoweit entfällt auch eine wesentliche Rechtfertigung von Preisdifferenzierungen. Eine Einschränkung des Patentschutzes zugunsten des Marktzugangs im Patentrecht verhindert, dass der positive Effekt des «Cassis de Dijon-Prinzips» auch nur teilweise über den Patentschutz zurückgenommen wird.
- Die Ausnahme ist wegen der Abstimmung mit dem «Cassis de Dijon-Prinzip» im praktischen Vollzug handhabbar.

## **Ablehnende Argumente:**

- Nur in wenigen Bereichen, in denen das «Cassis de Dijon-Prinzip» Anwendung finden wird, ist der Patentschutz relevant und besteht zugleich Arbitragepotenzial (Ziff. 1.4). Die Einschränkung des Patentschutzes ist insoweit überschüssend.
- Die Unterscheidung zwischen Eigentumsrechten und öffentlichrechtlichen Handelshemmnissen wird aufgegeben; die Eigentumsrechte werden eingeschränkt. Davon sind negative Auswirkungen auf die Forschungs- und Entwicklungsausgaben und auf den Forschungsstandort Schweiz zu erwarten.
- Der Ansatz führt zu willkürlich anmutenden Lösungen: Die Schutzwirkung des Patents hängt davon ab, ob dem freien Handel mit dem patentgeschützten Produkt Vorschriften im überwiegend öffentlichen Interesse entgegenstehen. Die Verknüpfung von Eigentumsrechten und öffentlichrechtlichen Handelshemmnissen ist daher nicht sachgerecht.

## **2.2 Rechtsvergleich und Verhältnis zum europäischen Recht**

### **2.2.1 Rechtsvergleich**

Im internationalen Rechtsvergleich ist die nationale Erschöpfung im Patentrecht vorherrschend. Einzig in Lateinamerika und Ostasien ist eine deutliche und ständig zunehmende Tendenz zur internationalen Erschöpfung des Patentrechts erkennbar. Das System der internationalen Erschöpfung hat jedoch bislang in keine Rechtsordnung eines Industriestaates Eingang gefunden.

Das System der nationalen Erschöpfung ist in den kontinentaleuropäischen Staaten verankert sowie in Brasilien, Mexiko, Korea und Hongkong. Die internationale Erschöpfung ist dagegen in mehreren Staaten Lateinamerikas (Bolivien, Ecuador, Kolumbien, Peru, Venezuela, Argentinien, Paraguay und Uruguay) und Ostasiens (Taiwan, Indien, Indonesien, Malaysia, Singapur und Thailand) verbreitet. Darüber hinaus gibt es Staaten, die nicht der Lehre der Erschöpfung folgen: Das Vereinigte Königreich wendet die *implied licence*-Doktrin (Ziff. 1.3.1) an, die es dem Patentinhaber überlässt, Parallelimporte auszuschliessen, und daher der nationalen Erschöpfung nahekommt.<sup>54</sup> Ein ähnliches System ist auch in Japan verbreitet. In den USA entspricht das Erschöpfungsprinzip der *first sale*-Doktrin, die dem Patentinhaber die Möglichkeit einräumt, durch Absatz- und Vertragsgestaltung Parallelimporten zu begegnen. Dies führt im Ergebnis zum Überwiegen der nationalen Erschöpfung.<sup>55</sup>

Die nationale Erschöpfung, an der die kontinentaleuropäischen Staaten festhalten, erweitert sich in der EU (und im EWR) zur regionalen Erschöpfung. Rechtsgrundlage bilden die Artikel 28 und 30 des EG-Vertrags über den freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt. Dies trifft auch für das Vereinigte Königreich mit seiner *implied licence*-Doktrin zu. Diese tritt im Verhältnis zu den übrigen EU- (bzw. EWR-) Staaten in den Hintergrund, da dem Grundsatz der regionalen Erschöpfung

<sup>54</sup> Straus/Katzenberger 2002, S. 14 ff.

<sup>55</sup> Straus/Katzenberger 2002, S. 29 f.

des Patentrechts der Vorrang zukommt. Im Rahmen von Freihandelsabkommen ist die regionale Erschöpfung nicht vorgesehen.<sup>56</sup>

## **2.2.2 Verhältnis zum europäischen Recht**

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) entwickelte in der EU das Prinzip der Erschöpfung der Immaterialgüterrechte im Wesentlichen in seiner Rechtsprechung zum freien Warenverkehr. Gemäss Rechtsprechung des EuGH kann ein Schutzrechtsinhaber den Vertrieb eines immaterialgüterrechtlich geschützten Erzeugnisses in einem Mitgliedstaat nicht unterbinden, wenn er dieses Erzeugnis zuvor in einem anderen Mitgliedstaat in Verkehr gebracht hat.<sup>57</sup> Demgegenüber kann der Schutzrechtsinhaber sich gegen den Import von solchen Erzeugnissen aus Drittstaaten widersetzen, in denen er diese in Verkehr gebracht hat.<sup>58</sup> Es gilt somit eine regionale, d.h. europaweite Erschöpfung. Der EuGH stellte in seiner Rechtsprechung klar, dass die regionale Erschöpfung auch im Falle von staatlichen Preiskontrollen gelte.<sup>59</sup>

Das Prinzip der regionalen Erschöpfung in den verschiedenen Schutzrechtsbereichen findet ihren Niederschlag auch im sekundären Gemeinschaftsrecht.<sup>60</sup> Im Bereich des Patentrechts wird der Grundsatz der regionalen Erschöpfung in der Biotechnologierichtlinie<sup>61</sup> und im aktuellen Vorschlag für eine Verordnung über das Gemeinschaftspatent<sup>62</sup> verankert.

## **3 Auswirkungen**

### **3.1 Auswirkungen auf den Bund, die Kantone und Gemeinden**

Die Gesetzesvorlage schafft keine neuen Vollzugsaufgaben, sodass sie keine direkten Auswirkungen auf Bund, Kantone und Gemeinden hat.

<sup>56</sup> Straus/Katzenberger 2002, S. 16 ff.

<sup>57</sup> Urteil i.S. Centrafarm gegen Sterling Drug, Rs. 15/74, Slg. 1974, S. 1147.

<sup>58</sup> Urteil i.S. Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH, Rs. C-355/96, Slg. 1998, S. I-4799.

<sup>59</sup> EuGH, verb. Rs. C-267/95 u. C-268/95, Merck/Primecrown, Slg. 1996, 6371.

<sup>60</sup> Art. 7 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. L 40 vom 11.02.1989, S. 1); Art. 13 der Verordnung (EG) Nr. 40/94 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. L 11 vom 14.1.1994, S. 1); Art. 4 Abs. 2 der 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 der 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); 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); Art. 15 der Richtlinie 98/71/EG vom 13. Okt. 1998 über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen (ABl. L 289 vom 28.10.1998, S. 28); Art. 8 der Verordnung (EG) Nr. 6/2002 vom 12. Dez. 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster (ABl. L 3 vom 05.01.2002, S. 1).

<sup>61</sup> Richtlinie 98/44/EG über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen (ABl. L 213 vom 30.7.1998, S. 13).

<sup>62</sup> Rat der Europäischen Union, Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Gemeinschaftspatent vom 8. März 2004 (Dok.-Nr. 7114/04): <http://register.consilium.eu.int/pdf/de/04/st07/st07119.de04.pdf>.

## **3.2 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft**

### **3.2.1 Notwendigkeit des Handelns**

Es bestehen Anhaltspunkte, dass das System der nationalen Erschöpfung von Patentrechten gesamthaft gesehen eine untergeordnete Ursache der Hochpreissituation in der Schweiz ist und die hohen Preise in der Schweiz primär durch andere preisbestimmende Faktoren zu erklären sind (Ziff. 1.4).

Bei dieser Einschätzung kann eine Aufgabe der nationalen Erschöpfung von Patentrechten kein erstrangiges Ziel sein. Bei einem isoliert vollzogenen Systemwechsel in der Erschöpfung dürften zudem positive Effekte auf das Preisniveau und die Gesamtwirtschaft weitgehend ausbleiben. Ein gezielter Abbau des Preisniveaus muss daher zuerst bei der Beseitigung derjenigen preisbestimmenden Faktoren ansetzen, die für die jeweilige Branche den grössten Effekt versprechen.

Dem könnte entgegengehalten werden, dass der systematische und lückenlose Abbau aller staatlich beeinflussbaren preistreibenden Faktoren auch einen Systemwechsel bei der Erschöpfung im Patentrecht erfordert.

Massnahmen, die das Preisniveau in der Schweiz günstig beeinflussen können, wurden bereits umgesetzt oder sind in Vorbereitung. Das Kartellrecht wurde verschärft, insbesondere durch die Unterstellung gewisser vertikaler Abreden unter die Vermutung einer Wettbewerbsbeschränkung sowie durch die Einführung direkter Sanktionen. Mit der laufenden Vernehmlassung zur Revision des Bundesgesetzes über technische Handelshemmnisse setzt sich der Bundesrat für einen konsequenten Abbau von öffentlichrechtlichen Hürden für den Zutritt zum schweizerischen Markt ein. Zollschränken werden in internationalen Verhandlungen weiter reduziert werden. Auch im Gesundheitswesen, das den patentintensiven Bereich der pharmazeutischen Produkte einschliesst, sind Reformschritte eingeleitet oder in Aussicht genommen, die unabhängig vom Systementscheid bei der Erschöpfung positive Effekte auf das Preisniveau erwarten lassen. In Zukunft könnten Einfuhrbeschränkungen gestützt auf das Patentrecht als verbleibende Handelsschranke daher an relativer Bedeutung gewinnen

### **3.2.2 Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft**

#### **Vorbemerkungen**

Für die Schweiz wurden die Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft im Hinblick auf einen möglichen Wechsel zum System der internationalen oder regionalen Erschöpfung im Patentrecht in zwei ökonomischen Studien untersucht.<sup>63</sup> Der *Status quo* galt jeweils als Referenzszenario.

Die Aussagekraft der Ergebnisse der Studien hängt im Wesentlichen von der Zuverlässigkeit ab, mit der die durch Patentrechte betroffenen Handelsvolumen, die für diese Volumina bestehenden Preisunterschiede sowie der jeweilige Anteil der sich überlagernden preisbestimmenden Faktoren an den Preisunterschieden ermittelt werden konnten. Die Studie zu den volkswirtschaftlichen Auswirkungen eines Systemwechsels und darauf basierend auch die zweite Studie haben die Annahmen für die

<sup>63</sup> Frontier Economics/Plaut 2002; Plaut 2004a.

Modellrechnung jeweils so getroffen, dass die Effekte des Systemwechsels tendenziell überschätzt werden.

Die geschätzten gesamtwirtschaftlichen Effekte eines Wechsels im System der Erschöpfung im Patentrecht sind nach diesen Studien zwar positiv, in ihrem Ausmass jedoch bescheiden. Angesichts der erwähnten Unwägbarkeiten bei den getroffenen Annahmen ist nicht auszuschliessen, dass die positiven Effekte auf die Preise und die Wirtschaft weitgehend ausbleiben. Ohne den Abbau tarifärer und nichttarifärer Handelsschranken wird sich sodann das theoretisch maximal betroffene Handelsvolumen ohnehin nicht nutzen lassen.<sup>64</sup>

In den bisherigen Untersuchungen blieben Auswirkungen ausgeklammert, die ein Wechsel zur internationalen Erschöpfung bei den wichtigsten Industriestaaten als denkbare Folge eines entsprechenden Signals in der Schweiz hätte. Betrachtet man den Weltmarkt, so kann ein Wechsel zur internationalen Erschöpfung längerfristig zu Wohlfahrtseinbussen führen, wenn wegen Ertragsausfällen die Investitionen in Forschung und Entwicklung reduziert werden und daher Neuerungen und Weiterentwicklungen unterbleiben.

In Bezug auf einen Wechsel zur regionalen Erschöpfung ist schliesslich zu beachten, dass die ökonomischen Untersuchungen nicht die Annahme stützen, dass die in der EG für alle Rechte des geistigen Eigentums geltende regionale Erschöpfung wirtschaftlich besser abschneidet als die gegenwärtig in der Schweiz geltende Verbindung von internationaler Erschöpfung bei Marken- und Urheberrechten und nationaler Erschöpfung bei Patentrechten.

Im Folgenden wird das Ergebnis der genannten Studien wiedergegeben, wobei für die Varianten – soweit möglich – eine Aufschlüsselung erfolgt.

### **Wechsel zur internationalen Erschöpfung**

Gestützt auf die oben genannten Annahmen kam die Studie zu den volkswirtschaftlichen Auswirkungen eines Systemwechsels zu folgenden Schätzungen: Bei einem Wechsel zur internationalen Erschöpfung ist auf Konsumentenpreisstufe bei Erzeugnissen, für die der Patentschutz relevant ist (Arzneimittel, Computer, Unterhaltungselektronik, Küchengeräte, Fahrzeuge und Uhren) insgesamt für ein Handelsvolumen von zwischen 2,7 Mrd. CHF und 4,5 Mrd. CHF eine Preisreduktion von durchschnittlich zwischen 6 % und 11 % zu erwarten. Bei den Arzneimitteln prognostiziert die Studie eine Preisreduktion von zwischen 8 % und 18 %, bei den anderen patentrelevanten Konsumgütern eine Reduktion von zwischen 2 % und 4 %. Die gesamtwirtschaftlichen Effekte sind laut Studie positiv, wobei gesamtwirtschaftlich ein zusätzliches Wachstum des Bruttoinlandproduktes zwischen 0,0 % und 0,1 % möglich ist.<sup>65</sup>

In der *Variante* mit einer Ausnahme bei Märkten mit administrierten Preisen (Ziff. 2.1.3.2) reduziert sich das betroffene Handelsvolumen auf Konsumentenpreisstufe um 1,6 Mrd. CHF bis 2,3 Mrd. CHF auf 1,1 Mrd. CHF bis 2,2 Mrd. CHF. Es ist eine Preisreduktion von zwischen 2 % und 4 % möglich.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, S. 164.

<sup>65</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, S. xvi ff. und 150.

<sup>66</sup> Vgl. Frontier Economics/Plaut 2002, S. 137.

Für die *Variante* mit einer Ausnahme bei Märkten mit abweichenden Rahmenbedingungen (Ziff. 2.1.3.3) lässt sich auf der Grundlage der bisherigen Untersuchungen keine Aussage zum betroffenen Handelsvolumen und zu den möglichen Effekten auf die Preise machen. Sie werden jedoch deutlich unter den für die Grundvariante ermittelten Werten liegen.

### **Wechsel zur regionalen Erschöpfung**

Die vorstehend bei einem Wechsel zur internationalen Erschöpfung prognostizierten Effekte wurden in einer zweiten Studie auch für den Fall eines Wechsels zur regionalen Erschöpfung in vergleichbarer Grössenordnung geschätzt.<sup>67</sup> Demnach ist bei einem Wechsel zur regionalen Erschöpfung auf Konsumentenpreisstufe bei Erzeugnissen, für die der Patentschutz relevant ist (Arzneimittel, Computer, Unterhaltungselektronik, Küchengeräte, Fahrzeuge und Uhren) insgesamt für ein Handelsvolumen zwischen 1,8 Mrd. CHF und 5 Mrd. CHF eine Preisreduktion von durchschnittlich zwischen 3,5 % und 7,5 % zu erwarten. Bei den Arzneimitteln prognostiziert die Studie eine Preisreduktion von zwischen 5 % und 11,5 %, bei den anderen patentrelevanten Konsumgütern eine Reduktion von zwischen 2,5 % und 6 %.

### **3.2.3 Auswirkungen auf die einzelnen wirtschaftlichen Akteure**

#### **Wechsel zur internationalen Erschöpfung**

Soweit die vorstehenden Prognosen (Ziff. 3.2.2) eintreten, ergeben sich laut der Studie zu den volkswirtschaftlichen Auswirkungen eines Systemwechsels die folgenden Auswirkungen auf die einzelnen wirtschaftlichen Akteure.<sup>68</sup>

- Aufgrund der tieferen Konsumenten- und Importpreise besitzen die privaten Haushalte ein höheres real verfügbares Einkommen. Allerdings ist dieser Effekt aufgrund des geringen betroffenen Volumens relativ bescheiden, was sich auch auf alle weiteren Effekte ausdehnt.
- Infolge des höheren verfügbaren Einkommens steigert sich der private Konsum leicht. Insgesamt steigt er über das durch den direkten Nachfrageeffekt erreichte Niveau. Durch den stimulierenden Effekt der tieferen Importpreise wird ein überproportionaler Anteil dieses zusätzlichen Konsums durch Importe befriedigt. Der Verbrauch von in der Schweiz produzierten Gütern nimmt jedoch auch leicht zu, was einen geringen Anstieg des schweizerischen Bruttoinlandprodukts zur Folge hat. Von der zusätzlichen Schweizer Produktion profitieren kurzfristig vor allem die Unternehmen durch steigende Unternehmensgewinne, mittel- und langfristig wirkt sich die zusätzliche Konsumnachfrage über eine Ausweitung der Produktion auch positiv auf Beschäftigung und Lohnentwicklung aus.
- Bei der sektoriellen Aufteilung sind es vor allem die binnen- und konsumorientierten Sektoren, die im Vergleich zu den export- und investitionsgüterorientierten Sektoren überdurchschnittlich von einem Systemwechsel profitieren. Es profitiert also in erster Linie der Gross- und Detailhandel, während

<sup>67</sup> Plaut 2004a, S. 48 ff.

<sup>68</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, S. 151.

die forschungsintensiven Unternehmen nur begrenzt Vorteile aus dem Systemwechsel ziehen können.<sup>69</sup>

- Als Verlierer können die ausländischen Produzenten bezeichnet werden, wobei das Ausmass von der jeweiligen Bedeutung der Schweiz als Absatzmarkt abhängt.

In der *Variante* mit einer Ausnahme bei Märkten mit administrierten Preisen (Ziff. 2.1.3.2) stellen sich die dargestellten Effekte für die verschiedenen Akteure nur in vermindertem Mass ein. Der Sektor der pharmazeutischen Industrie bleibt vom Systemwechsel unberührt und braucht keine nachteiligen Folgen zu befürchten. Demgegenüber werden nach dieser Variante weiterhin die Interessen des Handels gegenüber denjenigen anderer forschungsintensiver Sektoren als der pharmazeutischen Industrie höher gewichtet.

Bei der *Variante* mit einer Ausnahme bei Märkten mit abweichenden Rahmenbedingungen (Ziff. 2.1.3.3) werden die binnen- und konsumorientierten Sektoren nach wie vor überdurchschnittlich von einem Systemwechsel profitieren. Die Einschränkungen gegenüber der internationalen Erschöpfung führen indessen zu einer höheren Gewichtung der Interessen der forschungsintensiven Sektoren. Eine ungleiche Behandlung einzelner forschungsintensiver Sektoren wird vermieden.

## **Wechsel zur regionalen Erschöpfung**

Hinsichtlich der Auswirkungen auf die einzelnen wirtschaftlichen Akteure kann auf die vorstehenden Ausführungen im Zusammenhang mit dem Wechsel zur internationalen Erschöpfung verwiesen werden.

## **4 Rechtliche Aspekte**

### **4.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit**

#### **Rechtsgrundlage**

Für die vorliegende Gesetzesvorlage bildet Artikel 122 BV die Verfassungsgrundlage.

#### **Vereinbarkeit mit den Grundrechten**

Das geistige Eigentum wird nach Lehre und Praxis durch die Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV) gewährleistet<sup>70</sup>. Die Regelung der Erschöpfung bedeutet eine Beschränkung der Rechtsposition des Patentinhabers. Beschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sowie verhältnismässig sein (Art. 36 BV).

Unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit des Eingriffs ist zu berücksichtigen, dass der Erschöpfung ein Grundrechtskonflikt zugrunde liegt: Veräussert ein Patentinhaber ein patentrechtlich geschütztes Erzeugnis, so geraten die durch das Patentrecht vermittelten Verbotsrechte mit den Befugnissen des Erwerbers aus sachenrechtlichem Eigentum in Widerstreit (Ziff. 1.3.1). Seitens des Patentinhabers wie auch des Erwerbers ist mithin die Eigentumsgarantie tangiert. Unter dem Aspekt des (grenzüberschreitenden) Handels mit patentge-

<sup>69</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, S. 150 und 151.

<sup>70</sup> BGE 126 III 129, E. 8a m.w.N.

schützten Erzeugnissen ist zusätzlich die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) betroffen. Der Patentinhaber kann sich darauf berufen, als Hersteller sein Angebot den unterschiedlichen Vermarktungsbedingungen anpassen zu dürfen. Der Händler wird demgegenüber geltend machen können, bei der Vermarktung patentrechtlich geschützter Güter ungehinderten Zugang zu unterschiedlichen Bezugsquellen zu haben, um die preiswertesten Angebote nutzen zu können. Auch das Interesse des Konsumentenschutzes (Art. 97 BV) ist zu berücksichtigen, wobei die allgemeinen Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft sowie der Wettbewerbsfreiheit zu wahren sind. Diese betroffenen Interessen sind gegeneinander abzuwägen; im Ergebnis müssen die Wertungen der Verfassungsnormen bestmöglich in Übereinstimmung gebracht werden. Ob und inwieweit die Variantenvorschläge dieser Zielsetzung gerecht werden und den Eingriff in die Eigentumsgarantie rechtfertigen, hängt massgeblich von der Beurteilung der ökonomischen Zusammenhänge und Wechselwirkungen ab. Diese sind in einer Reihe von Studien in der Schweiz und in Europa untersucht worden. Die umfangreichen Studien kommen dabei zu unterschiedlichen Ergebnissen. Die Komplexität der wirtschaftlichen Gesamtzusammenhänge, die Schwierigkeiten ihrer Abbildung und die stets lückenhafte Datenlage lassen keine abschliessenden, verbindlichen Aussagen zu den Auswirkungen eines Wechsels zur internationalen oder regionalen Erschöpfung im Patentrecht erwarten. Damit hängt auch die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit letztlich von der Plausibilität der Prognosen und deren Wertung ab.

## 4.2 Vereinbarkeit mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Das vom Bundesrat in Auftrag gegebene Rechtsgutachten kommt zum Schluss, dass bei der Regelung der Erschöpfungsfrage besonders die Übereinstimmung mit dem TRIPS-Abkommen<sup>71</sup> und dem GATT 1994 geprüft werden muss.<sup>72</sup> Aus den anderen im Rahmen des Rechtsgutachtens geprüften Abkommen<sup>73</sup> ergibt sich keine Bindung für die Schweiz in Bezug auf die verschiedenen Erschöpfungssysteme im Patentrecht.

Im Rahmen des TRIPS-Abkommens verwehrt es dessen Artikel 6 den Vertragsstaaten, die Regelung der Erschöpfungsfrage zum Gegenstand eines Streitbeilegungsverfahrens nach dem TRIPS zu machen. Die Vertragsstaaten haben folglich in dieser Frage Gestaltungsfreiheit. Artikel 6 TRIPS statuiert jedoch einen Vorbehalt zugunsten der Grundsätze der Inländerbehandlung (Art. 3 TRIPS) und der Meistbe-

<sup>71</sup> Art. 6 TRIPS lautet wie folgt:  
«Zum Zwecke der Streitbeilegung nach diesem Abkommen darf dieses Abkommen vorbehaltlich der Artikel 3 und 4 nicht dazu verwendet werden, die Frage der Erschöpfung der Rechte an geistigem Eigentum zu behandeln.»

<sup>72</sup> Straus/Katzenberger 2002.

<sup>73</sup> Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVÜ), SR **0.232.04**; Vertrag vom 19. Juni 1970 über die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Patentwesens (PCT), SR **0.232.141.1**; Übereinkommen vom 5. Okt. 1973 über die Erteilung Europäischer Patente (Europäisches Patentübereinkommen, EPÜ), SR **0.232.142.2**; Vertrag vom 22. Dez. 1978 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein über den Schutz der Erfindungspatente (Patentschutzvertrag), SR **0.232.149.514**; Übereinkommen vom 4. Jan. 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), SR **0.632.31**; Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, SR **0.632.401**; Freihandelsabkommen EFTA–Polen, Freihandelsabkommen EFTA–Mexiko.

günstigung (Art. 4 TRIPS). Das System der regionalen Erschöpfung unterscheidet zwischen dem Innen- und dem Aussenverhältnis. Es gibt daher Anlass zur Frage, ob sich dieses System mit dem Vorbehalt in Artikel 6 TRIPS vereinbaren lässt.

Dem Grundsatz der Inländerbehandlung nach gewähren die WTO-Mitgliedstaaten den Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten eine Behandlung, die nicht weniger günstig als diejenige ist, die sie ihren eigenen Staatsangehörigen im Hinblick auf den Schutz des geistigen Eigentums gewähren. Demnach gilt einzig eine Behandlung, die dem Inhaber eines Schutzrechtes einen besseren Schutz verleiht, als günstigere Behandlung. Bei einem Wechsel von der nationalen Erschöpfung zur regionalen oder internationalen Erschöpfung würde der Schutzrechtsinhaber nicht besser behandelt, da die letztgenannten Erschöpfungsarten ihm weniger Rechte gewähren würden. Im Übrigen hängt die Frage der Erschöpfung nicht von der Staatsbürgerschaft des Rechtsinhabers ab, sondern vom Ort des ersten Inverkehrbringens des immaterialgüterrechtlich geschützten Produkts. Bei einem Übergang zur regionalen oder internationalen Erschöpfung würden ausländische Staatsbürger gegenüber schweizerischen Patentinhabern nicht benachteiligt. Die verschiedenen Erschöpfungssysteme lassen sich demnach mit dem Grundsatz der Inländerbehandlung vereinbaren.

Nach dem Meistbegünstigungsprinzip werden alle Vorteile, die ein WTO-Mitglied den Staatsangehörigen eines anderen Landes gewährt, unmittelbar und unbedingt den Staatsangehörigen aller anderen WTO-Mitglieder gewährt. Anknüpfungspunkt dieses Grundsatzes bildet die Staatsbürgerschaft eines Inhabers eines Immaterialgüterrechts. Da das System der Erschöpfung nach dem Ort der ersten Vermarktung und nicht nach der Staatsbürgerschaft des Rechtsinhabers unterscheidet, würde die Meistbegünstigungsklausel des TRIPS-Abkommens durch einen Übergang zur regionalen Erschöpfung mit der EU oder zur internationalen Erschöpfung nicht direkt verletzt, denn der Systemwechsel würde alle Patentinhaber unabhängig von ihrer Nationalität treffen. Allerdings liegt bei der regionalen Erschöpfung eine indirekte Diskriminierung ansatzweise vor, wenn davon ausgegangen wird, dass die Patentinhaber ihre Produkte tendenziell zuerst in ihrem Land auf den Markt bringen. Bei einem Übergang zur regionalen Erschöpfung würde ein Unternehmen mit Sitz in einem Drittstaat (z. B. ein amerikanisches Unternehmen) gegenüber einem Unternehmen mit Sitz in der EU bzw. im EWR (z. B. ein deutsches Unternehmen) bevorzugt. Nach Inverkehrbringen seines Produktes in seinem Heimatmarkt, für das es auch über ein Schweizer Patent verfügt, könnte sich das amerikanische Unternehmen gegen Parallelimporte dieses Erzeugnisses in die Schweiz wehren, das deutsche Unternehmen jedoch nicht. Die einseitige Einführung der regionalen Erschöpfung würde folglich zu Lasten der EU-/EWR-Angehörigen gegen das Meistbegünstigungsprinzip des TRIPS-Abkommens verstossen, da der Schutz für Patentinhaber, die ihr Erzeugnis in diesem Wirtschaftsraum als Heimmarkt zuerst in Verkehr bringen, geschmälert würde. Gemäss dem vom Bundesrat in Auftrag gegebenen Gutachten<sup>74</sup> kann das System der regionalen Erschöpfung nur auf der Grundlage der Gegenseitigkeit, d.h. im Rahmen eines (qualifizierten) Abkommens mit der EU bzw. den Vertragsstaaten des EWR, eingeführt werden. Die Diskriminierung europäischer Unternehmen gegenüber denjenigen aus Drittstaaten würde dadurch zwar nicht beseitigt. Der Verstoss gegen das Meistbegünstigungsprinzip wäre jedoch gerechtfertigt, weil im Völkerrecht eine an sich verbotene Handlung durch Zustim-

<sup>74</sup> Straus/Katzenberger 2002, S. 43 ff.

mung des betroffenen Staates rechtmässig wird.<sup>75</sup> Eine Minderheit vertritt die Auffassung, dass die zweiseitige regionale Erschöpfung nur im Rahmen einer Zollunion möglich ist.<sup>76</sup>

Aus der Perspektive des GATT 1994 würde die einseitige Einführung der regionalen Erschöpfung der Patentrechte zwar einen Vorteil darstellen, da Parallelimporte aus der EU bzw. dem EWR zugelassen würden und damit ein Handelshemmnis aufgehoben würde. Gemäss dem Meistbegünstigungsprinzip des GATT 1994, das ein Verbot der Diskriminierung nach dem Warenursprung statuiert, müsste eine derartige Handelsliberalisierung jedoch auf alle Mitgliedstaaten, die ein entsprechendes Gesuch stellen, ausgeweitet werden. Diese Ausweitung liesse sich mit einem bilateralen Abkommen mit der EG bzw. den EWR-Staaten, das die Bedingungen von Artikel XXIV GATT 1994 beachtet, vermeiden. Diese Bestimmung gestattet die Schaffung von Zollunionen oder Freihandelszonen zur Erleichterung des Handels unter den teilnehmenden Gebieten. Dabei kann in Bezug auf Waren mit Ursprung in anderen WTO-Mitgliedstaaten vom Prinzip der Meistbegünstigung abgesehen werden. Es müssen jedoch folgende strenge Bedingungen erfüllt sein: Erstens muss die Vereinbarung für den Hauptteil des Aussenhandels zwischen den Vertragsparteien und nicht nur für einen besonderen Bereich gelten. Zweitens müssen alle Zölle und die anderen den Handel einschränkenden Bestimmungen beseitigt werden. Und drittens dürfen die Regelungen gegenüber Drittstaaten, die keine Parteien der Vereinbarung sind, im Wesentlichen nicht einschränkender sein als die Bestimmungen vor dem Abschluss der Vereinbarung. Die Vereinbarung einer Regelung zur regionalen Erschöpfung im Rahmen des Freihandelsabkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft vom 22. Juli 1972 wäre voraussichtlich mit diesen Bedingungen konform<sup>77</sup>.

### 4.3 Erlassform

Die Vorlage bereitet einen Systementscheid zur Erschöpfung im Patentrecht vor und betrifft damit wichtige rechtsetzende Bestimmungen, die nach Artikel 164 Absatz 1 BV in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind. Die Zuständigkeit der Bundesversammlung ergibt sich aus Artikel 163 Absatz 1 BV.

<sup>75</sup> Straus/Katzenberger 2002, S. 45 f. m.w.N.

<sup>76</sup> Thomas Cottier, Patentgesetzrevision im europäischen und globalen Kontext, Die Volkswirtschaft, Nr. 7/8 2006, S. 12.

<sup>77</sup> *Parallelimporte und Patentrecht: Regionale Erschöpfung*, Bericht des Bundesrates vom 3. Dez. 2004, S. 17.

## Anhang

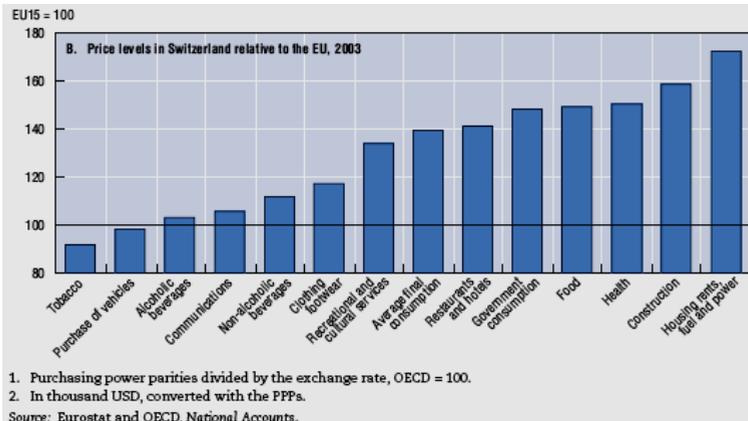


Abbildung 1<sup>78</sup>

### Vergleich Schweiz – EU-15: Preise für 14 konsumnahe Produktgruppen

Preisniveau Schweiz gegenüber EU-15	1995	2004
2.1 Brot und Getreide	+27.4%	+25.3%
2.2 Fleisch	+44.5%	+49.2%
2.3 Milch, Käse und Eier	+30.0%	+17.0%
2.4 Andere Nahrungsmittel	+20.8%	+24.6%
2.5 Nichtalkoholische Getränke	+13.3%	+8.2%
2.6 Kleider und Schuhe	+13.3%	+10.3%
2.7 Miete, Wasser, Elektrizität, Gas, Brennstoffe	+48.2%	+38.1%
2.8 Möbel, Haushaltsgegenstände und Unterhalt	+22.0%	+10.9%
2.9 Gesundheit	+40.5%	+26.8%
2.10 Transport	+18.7%	+3.1%
2.11 Persönliche Transportmittel	-3.3%	-8.5%
2.12 Freizeit und Kultur	+25.4%	+16.6%
2.13 Andere Güter und Dienstleistungen	+35.3%	+17.0%
2.14 Maschinen und Apparate	+14.3%	0%

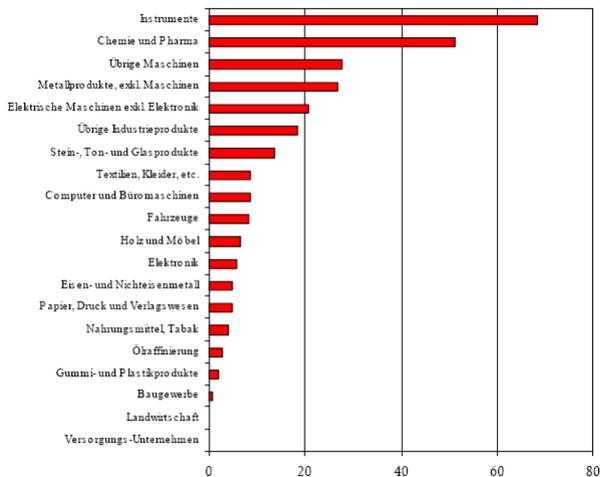
Quelle: Eurostat, Seco / Die Volkswirtschaft

Abbildung 2<sup>79</sup>

<sup>78</sup> OECD, Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation, Suisse: Saisir les opportunités de croissance; Paris 2006, S. 36.

<sup>79</sup> Elias/Balastèr 2006, S. 51.

**Abbildung 29: Patentintensität verschiedener Sektoren im Verhältnis zur Wertschöpfung (1999–2000)**



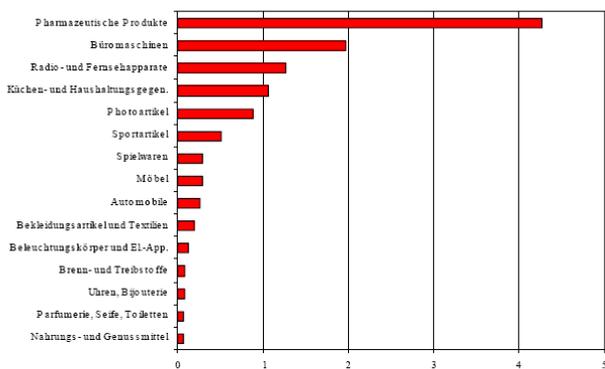
*Bemerkung: Patentintensität definiert als Anzahl Patente mit Wirkung in der Schweiz (Stand 1.1.2000) im Verhältnis zur aggregierten Wertschöpfung in den Ländern Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, Italien, Japan, Schweiz und USA im Jahr 1999, in Mrd. CHF, zu Preisen von 1995.*

*Quelle: IGE; Frontier Economics; PLAUT; BAK*

**Abbildung 3<sup>80</sup>**

80 Frontier Economics/Plaut 2002, S. 84.

**Abbildung 30: Patentintensität der Konsumgüter in der Schweiz (2000)**



*Bemerkung: Patentintensität definiert als Anzahl Patente mit Wirkung in der Schweiz (Stand 1.1.2000) im Verhältnis zum Detailhandelsumsatz in der Schweiz im Jahr 2000 in Mio. CHF.*  
*Quelle: IGE; Frontier Economics; PLAUT; BAK*

**Abbildung 4<sup>81</sup>**

<sup>81</sup> Frontier Economics/Plaut 2002, S. 85.

## Literaturverzeichnis

- Frontier Economics/Plaut, Erschöpfung von Eigentumsrechten: Auswirkungen eines Systemwechsels auf die Schweizer Volkswirtschaft, Bern 2002      Frontier Economics/Plaut 2002
- Jiri Elias/Peter Balastèr, Staatliche Einflüsse auf die Preisbildung im Detailhandel, Die Volkswirtschaft, 10/2006, S. 48 ff.      Elias/Balastèr 2006
- Plaut, Auswirkungen eines Wechsels zur regionalen Erschöpfung im Patentrecht, Bern 2004      Plaut 2004a
- Plaut, Warum erodieren Parallelimporte die Preisinsel Schweiz nicht stärker? Ermittlung der Rolle der geistigen Schutzrechte anhand exploratorischer Expertengespräche, Bern 2004      Plaut 2004b
- Joseph Straus/Paul Katzenberger, Rechtsgrundlagen zur Erschöpfung im Patentrecht, Bern 2002      Straus/Katzenberger 2002