

Herrn Bundesrat Dr. Christoph Blocher
Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

Zürich, 29. Juni 2007

Systementscheid zur Erschöpfung im Patentrecht

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 18. April 2007 haben Sie uns zur Vernehmlassung zum Bericht des Bundesrates über den Systementscheid bei der Erschöpfung im Patentrecht eingeladen. Für die Gelegenheit zur Stellungnahme bedanken wir uns.

Die Senkung von Lebenshaltungs- und Beschaffungskosten via Marktöffnung ist ein legitimes wirtschaftspolitisches Ziel. Zu dessen Erreichung ist ein Systemwechsel im Patentrecht aber das falsche Mittel. economiesuisse spricht sich im Patentrecht für die Weitergeltung des Grundsatzes der nationalen Erschöpfung ohne Ausnahmen aus. Die nationale Erschöpfung ist im Patentrecht ein globaler Standard, an dem sich die Schweiz auch in Zukunft orientieren muss. Gerade unser Land muss sich an vorderster Stelle als Wissens- und Innovationsgesellschaft behaupten, wenn es in der globalisierten Wirtschaft konkurrenzfähig bleiben will. Das Patentrecht ist ein Grundstein für Investitionen in Innovationen, Forschung und Entwicklung. Eine Schwächung dieses Grundsteins wäre unverantwortlich.

economiesuisse spricht sich hingegen für ein konsequentes Vorgehen gegen missbräuchliche Marktabschottungen aus. Deshalb müssen die seit der letzten Revision bereits verschärften Mittel des Kartellrechtes offensiv eingesetzt werden. Hier ist vor allem eine aktive Kommunikation der WEKO im Sinne der Nutzung der bestehenden Instrumente statt der Ruf nach neuen Regeln gefordert. Zudem dürfen Patente auf unwesentlichen Produktteilen nicht zur Verhinderung von Parallelimporten führen. Deshalb braucht es das neue „Doppelschutzverbot“ im Patentrecht. Dieses neue Instrument wird von economiesuisse ausdrücklich unterstützt.

Die Einführung einer regionalen Erschöpfung ist grundsätzlich nicht ausgeschlossen, würde aber den Abschluss eines bilateralen Vertrags bedingen. Das ist derzeit nicht opportun.

Vorbemerkung

Der Patentschutz hat in den vergangenen Jahren weltweit an Bedeutung gewonnen. In der Wissensgesellschaft bietet das Patentrecht zentrale Anreize für privatwirtschaftliche Investitionen in Innovationen. Einer dieser Anreize ist das Recht des Erfinders, zu bestimmen, wann, wo und wie er sein patentiertes Produkt zum ersten Mal auf den Markt bringen will. Wenn mit dem Inverkehrbringen des patentierten Produkts im Ausland dieses Recht innerhalb der Schweiz automatisch erlöschen würde, wäre dies eine Schwächung des Patentschutzes und damit des Investitionsanreizes. Deshalb gilt im Patentrecht die so genannte nationale Erschöpfung. Damit kann die Schutzaufweichung als Folge eines Marktzutritts im Ausland verhindert werden.

In der laufenden Diskussion hört man zuweilen die Behauptung, Parallelimporte patentgeschützter Güter würden das Patentrecht gar nicht schwächen, weil der Schutz gegen Kopien ja weiterhin bestehen bleibe. Diese Behauptung ist, wie oben gezeigt wurde, falsch und zeugt von einem verkürzten Verständnis des Patentrechts. Parallelimporte schränken den Umfang des Patentschutzes ein und schwächen damit den Schutz von Investitionen in Forschung und Innovation. Permanente Innovation ist für die Aufrechterhaltung des Wohlstands in unserem rohstoffarmen Hochlohn-Land aber von erst-rangiger Bedeutung. Eine unnötige Schwächung von Anreizen für entsprechende Investitionen wäre deshalb nicht verantwortbar.

I. Zur Position von economiesuisse

I.a Klare Bestätigung der bisherigen Haltung durch unsere Mitglieder

Für die Meinungsbildung innerhalb von economiesuisse wurden sämtliche Mitglieder konsultiert. Stellungnahmen gingen aus den unterschiedlichsten Branchen wie der Uhrenindustrie, der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie oder der chemischen und pharmazeutischen Industrie ein. An der internen Meinungsbildung haben sich auch die kantonalen Industrie- und Handelskammern beteiligt, in denen die Diskussion besonders intensiv geführt wurde. Entsprechend differenziert fielen denn auch die entsprechenden Stellungnahmen aus.

Mit Ausnahme von nur drei Mitgliedern haben sich alle an der internen Konsultation beteiligten Mitglieder für die Weitergeltung des Systems der nationalen Erschöpfung ausgesprochen. Bemerkenswert ist, dass auch sämtliche Industrie-Verbände, die sich an der internen Meinungsbildung beteiligt haben, ausdrücklich für die nationale Erschöpfung ohne Ausnahmen eintreten. Gerade die Industriebetriebe sind sowohl vom Patentschutz als auch von den relativ hohen Produktionskosten in der Schweiz betroffen. Swissmem, der Verband der Schweizer Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie, vertrat früher mit der Ablehnung der nationalen Erschöpfung eine wichtige Minderheitsmeinung innerhalb von economiesuisse. Nach einer sorgfältigen Analyse der neuesten Entwicklungen sieht Swissmem heute aber keinen Anlass mehr für die Aufrechterhaltung dieser Minderheitsmeinung und unterstützt nun ebenfalls die nationale Erschöpfung. Bei der Neubeurteilung der Lage berücksichtigte Swissmem insbesondere

- die neuen Instrumente des Kartellgesetzes,
- die mit der Patentgesetzrevision vorgesehene Lösung für die „Doppelschutz“-Problematik,
- die Tatsache, dass eine Senkung der Lebenshaltungskosten insbesondere
 - durch eine Verstärkung des Wettbewerbs im Detailhandel,

- durch die Beseitigung technischer Handelshemmnisse und
- bei den Medikamenten durch geeignete Massnahmen im Bereich der administrierten Preise

erzielt werden kann, sowie

- den Umstand, dass parallel importierte Produkte für die Industrieunternehmen als Käufer auf dem Markt nur marginale Bedeutung haben und auch dort Preisdifferenzen weitgehend durch die Parallelimporteure abgeschöpft werden, und
- die Tatsache, dass Patente weltweit eine immer wichtigere Rolle spielen.

Auch in unseren breit abgestützten internen Fachgremien – in der Expertengruppe für Fragen des Geistigen Eigentums und in der Kommission für Wettbewerbsfragen – sowie abschliessend in unserem Vorstandsausschuss wurde die Diskussion mit Blick auf eine Gesamtbeurteilung und in Würdigung abweichender Minderheitsmeinungen intensiv geführt. Als Ergebnis der Diskussionen wurde in allen Gremien das System der nationalen Erschöpfung ohne Ausnahme unterstützt. Damit wurde die jahrelange, konsequente Haltung von *economiesuisse* in dieser Frage einmal mehr bestätigt.

I.b Gründe für die Beibehaltung der nationalen Erschöpfung

Ein Systemwechsel beim Patentrecht ist das falsche Mittel zur Senkung des hohen Preisniveaus in der Schweiz und hätte insgesamt negative Folgen. Für die Marktöffnung und gegen allfällige Missbräuche steht ein verstärkt ausgebaut und erheblich verschärftes wettbewerbsrechtliches Instrumentarium zu Verfügung.

Nachfolgend werden die wesentlichen Gründe, welche für die Beibehaltung des Prinzips der nationalen Erschöpfung sprechen, aufgeführt:

a) Die nationale Erschöpfung ist kein Helvetismus, sondern ein globaler Standard

Nicht nur in der Schweiz, sondern auch in allen anderen Industrieländern, die das System der Erschöpfung kennen, gilt die nationale Erschöpfung. In den angelsächsischen Ländern und in Japan, wo das System der Erschöpfung nicht bekannt ist, gelten Regeln wie das so genannte „implied licence“-Prinzip, die im Ergebnis der nationalen Erschöpfung entsprechen oder im Einzelfall gar restriktiver sein können. Die nationale Erschöpfung im Patentrecht entspricht damit einem globalen Standard. Auch in den Ländern der EU und des EWR gilt gegenüber Drittstaaten das Prinzip der nationalen Erschöpfung. Es wäre weder verständlich noch verantwortbar, wenn die Schweiz mit ihrer ausgesprochen forschungs- und innovationsintensiven Wirtschaft als einziges Industrieland der Welt hier einen anderen Weg einschlagen würde.

b) Die Bedeutung von Patenten nimmt weltweit zu

In den vergangenen Jahren haben Patente weltweit wesentlich an Bedeutung gewonnen. Bereits früher hätten die Nachteile für den Patentschutz durch die Einführung der internationalen Erschöpfung überwogen. Dies gilt heute umso mehr. Im globalen Wettbewerb muss die Schweiz mindestens die gleich langen Spiesse haben wie die Konkurrenten. Das ist im Bereich der patentgeschützten Erzeugnisse umso bedeutender, als der Schutz und die Förderung von Erfindergeist sowie von Forschungs- und Entwicklungsinvestitionen einen der zentralen Pfeiler des Wirtschaftsstandorts Schweiz darstellen.

c) Nationale Erschöpfung ermöglicht Exporte in Entwicklungsländer und Emerging Markets

Einem Patentinhaber muss es möglich sein, den Preis für sein patentgeschütztes Gut den lokalen Verhältnissen in den Absatzländern anzupassen, ohne Re-Importe befürchten zu müssen. Denn nur auf diese Weise können die Märkte in Entwicklungs- und Schwellenländern auch mit innovativen, patentierten Gütern beliefert werden. Nach einem Systemwechsel zur internationalen Erschöpfung wäre dies nicht mehr bzw. nur noch eingeschränkt möglich. Gerade in den aufstrebenden Märkten der Schwellenländer ist es aber wichtig, dass die Schweizer Unternehmen mit konkurrenzfähigen, neuen Exportprodukten präsent bleiben.

d) Das Patentrecht ist keine wesentliche Ursache für die hohen Konsumpreise in der Schweiz

Die Senkung von Lebenshaltungs- und Beschaffungskosten in der Schweiz ist für viele Branchen der Schweizer Wirtschaft ein wichtiges Anliegen. Dieses Ziel gilt es in erster Linie über die Beseitigung von Zollbarrieren und von technischen Handelshemmnissen anzustreben und nicht über eine Schwächung des Patentschutzes. Eine Analyse des Verhältnisses zwischen Patentintensität und Preisunterschieden zum Ausland zeigt, dass der Patentschutz nicht ein ins Gewicht fallender Faktor für Preisunterschiede ist:

- Die höchsten Preisunterschiede liegen bei den nicht patentintensiven Lebensmitteln.
- Kaum Preisunterschiede im Vergleich zum Ausland gibt es in der Kategorie der patentintensiven Maschinen und Apparate.
- Bei den patentintensiven Produkten der Unterhaltungselektronik sind die Preise in der Schweiz mitunter sogar günstiger als im angrenzenden Ausland.
- Grosse Preisunterschiede gibt es zwar bei den patentintensiven Arzneimitteln. Allerdings herrschen in jenem Bereich starke Wettbewerbsverzerrungen durch staatliche Preisregulierungen. Auch bei den patentfreien Generika gibt es bedeutende Preisunterschiede zwischen der Schweiz und dem Ausland. Will man hier die Preise senken, müssen geeignete Mittel ergriffen werden wie die Überprüfung der administrierten Preise von Medikamenten – notabene nicht nur von patentierten Produkten, sondern auch von Generika.

Die Konsumgüterpreise hängen stark vom Wettbewerb auf dem Detailhandelsmarkt ab. Das zeigt sich unter anderem darin, dass die Preise bei uns bereits mit der Ankündigung des Eintritts deutscher Detailhandelsketten in den Schweizer Markt gesenkt wurden. Zudem haben vor allem Standortfaktoren wie Lohnunterschiede oder Bodenpreise, aber auch die spezifischen Schweizer Verhältnisse, die zum Beispiel zu höheren Werbekosten führen, einen starken Einfluss auf das Preisniveau.

Manipulationen an der immaterialgüterrechtlichen Systematik der Erschöpfung sind das falsche Mittel zur Senkung der Preise in der Schweiz. Ein Rechtsvergleich im Markenrecht bestätigt diese Aussage: Die Schweiz kennt bei den (im Unterschied zu den Patenten beliebig lange schützba- ren) Marken die internationale Erschöpfung und lässt damit Parallelimporte von Markenprodukten aus aller Welt zu. Die EU hingegen ist mit der regionalen Erschöpfung wesentlich restriktiver. Trotzdem sind Markenprodukte bei uns in der Regel teurer als in den Ländern der EU.

Ein Parallelimporteur gibt erfahrungsgemäss nur einen Teil des Preisunterschieds an den Konsumenten weiter. Wie Studien aus der EU zeigen, ist dieser Anteil relativ klein. Den überwiegenden Teil schöpft er als Gewinn ab, ohne in die Forschung und Entwicklung zu investieren. Verglichen mit dem Multiplikatoreffekt von Investitionen in innovative Produkte mit hoher Wertschöp-

fung bringen die reine Abschöpfung von Handelsmargen und die verbleibende allfällige Einsparung bei den Konsumenten tendenziell weniger Wohlstandsgewinne. Dass Unternehmen mit einem auf der Ausschöpfung von Preisdifferenzialen beruhenden Geschäftsmodell eine andere Gewichtung vornehmen, ist nachvollziehbar. Die empirische Evidenz in der EU und in der Schweiz stützt deren Argumentation aber nicht.

Bei den Preisvergleichen muss auch beachtet werden, dass die autorisierten Händler diverse Pflichten wie bezüglich Service, Lagerhaltung oder Verfügbarkeit von Ersatzteilen haben. Parallelimporteure hingegen können oft nicht einmal die Liefersicherheit des Produkts über eine längere Zeit hinweg gewährleisten. Der Grund liegt darin, dass die auf dem ausländischen Graumarkt beschaffbaren Mengen beschränkt sind. In diesem Zusammenhang wurden wir von der Uhrenindustrie auch auf eine zunehmende Vermischung von originalen, auf dem Graumarkt erhältlichen Uhren und gefälschten Produkten aufmerksam gemacht. Parallelimportierte Originale und Fälschungen werden oft über dieselben Verkaufskanäle angeboten. Das kann zu Täuschungen führen, die weder im Interesse der Originalhersteller noch der Konsumenten sind.

Der zuletzt erwähnte Hinweis aus der Uhrenindustrie zeigt auch, dass der Patentschutz kein Partikulärinteresse der in diesem Zusammenhang häufig zitierten Pharma-Branche ist. Vielmehr sind alle innovativen Schweizer Unternehmen, die hochwertige Produkte herstellen und patentieren lassen, vom zur Diskussion stehenden Systementscheid betroffen.

e) Aktive und konsequente Bekämpfung missbräuchlicher Marktabschottungen

economiesuisse tritt für die entschiedene Bekämpfung von missbräuchlichen Marktabschottungen ein. Auch das Patentrecht kann – so wie andere Rechte – zu unerwünschtem Wettbewerbsverhalten missbraucht werden. So ist es grundsätzlich denkbar, dass einzelne Hersteller von marken- oder urheberrechtlich geschützten Erzeugnissen der Versuchung erliegen, die in der Schweiz in diesen Bereichen möglichen Parallelimporte durch die Geltendmachung eines Patentrechts an einem unwesentlichen Bestandteil zu verhindern. Deshalb hat das Parlament im Rahmen der Revision des Patentgesetzes mit der Statuierung der so genannten Doppelschutzregelung kürzlich ein Instrument geschaffen, mit dem solchen Praktiken ein Riegel vorgeschoben werden kann. Dieses neue Instrument wird von economiesuisse ausdrücklich unterstützt. Die Effektivität seiner Wirkung wird auf Grund der Praxis zu beurteilen sein.

Mit der Ergänzung des Kartellgesetzes (Art. 3 Abs. 2 KG), der Einführung direkter Sanktionen (Art. 49a KG), einer strengen Haltung der WEKO betreffend Vertikalvereinbarungen (z.B. kein Verbot eines Passiv-Verkaufs an Gebietsfremde auch bei Exklusiv-Verträgen) ist zudem das wettbewerbsrechtliche Instrumentarium gegen Marktmissbräuche erheblich verschärft worden. Es gilt nun, dieses auszuschöpfen, bevor nach Systemänderungen im Patentrecht gerufen wird. Dabei sind die Wettbewerbskommission (WEKO) und die jetzigen Befürworter eines Systemwechsels gefordert. Letztere sollen allfällige konkrete Problemfälle zur Anzeige bringen, erstere soll die bestehenden Instrumente konsequent durchsetzen. Bereits im Kodak-Entscheid hat das Bundesgericht mit der Feststellung, dass eine erhebliche Preisdifferenz zum Ausland als Indiz einer marktbeherrschenden Stellung gewertet werden könne, die Durchsetzung an sich eher erleichtert. Umso unverständlicher ist es, dass die WEKO in den vielen Jahren seit dem bekannten Kodak-Urteil keinen Entscheid in diesem Bereich gefällt hat. Das stattdessen an den Tag gelegte verkrampte Festhalten am Ruf nach einem Systemwechsel ist nicht nur unverständlich, sondern wirkt auch befremdend. Mit diesem Verhalten hat die WEKO die Marktteilnehmer nicht gerade dazu ermuntert, die bestehenden Möglichkeiten auszuschöpfen. Damit wurde auch der Marktöffnung kein Dienst erwiesen. Wie sollen sich etwa Importeure auf das Wettbewerbsrecht abstützen, wenn die „Hüterin“ der entsprechenden Instrumente diese selbst laufend und öffentlich kriti-

siert? Dabei hätte ein einzelner klarer Entscheid der WEKO eine weit über den beurteilten Einzelfall hinausreichende Präjudizwirkung. Notwendig ist daher eine klare Kommunikation der WEKO, welche die aktuellen Möglichkeiten aufzeigt und die Unsicherheit im Markt über die Wirksamkeit der wettbewerbsrechtlichen Instrumente beseitigt. Eine solche Kommunikation kann im Rahmen bestehender Instrumente oder mit einer separaten Bekanntmachung erfolgen.

Der Vollständigkeit halber gilt es auch noch auf einen Punkt hinzuweisen, der in der politischen Auseinandersetzung zwar zumeist unerwähnt bleibt, in der Praxis aber doch von Bedeutung ist: Jeder, der gestützt auf sein Patentrecht einen Parallelimport verhindern will, muss diesen Anspruch letztlich im Einzelfall vor Gericht durchsetzen. Da der Patentrechtsinhaber als Kläger die Beweislast trägt, geht er immer auch ein nicht zu unterschätzendes Prozessrisiko und damit ein entsprechendes Kostenrisiko ein. Wird sein Verhalten als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert, muss er seit der letzten Kartellgesetzrevision zudem mit einer empfindlichen Busse rechnen (vgl. Art. 49a KG). Dieser Aspekt bleibt in der öffentlichen Diskussion praktisch unbeachtet. Vereinzelt wird sogar argumentiert, das System der nationalen Erschöpfung sei ein Instrumentarium des Staates, der für die Durchsetzung besorgt sei auf welchen auch die entsprechenden Kosten abgewälzt würden. Derartige Voten zeugen von einer gewissen Unsorgfalt in der Beschäftigung mit der Materie.

I.c Abweichende Minderheitsmeinungen

Trotz dem klaren und eindeutigen Ergebnis der internen Konsultation werden im Sinne der Transparenz nachfolgend auch die von drei *economiesuisse*-Mitgliedern vertretenen Minderheitsmeinungen kurz wiedergegeben:

- Die Industrie- und Handelskammer St. Gallen – Appenzell befürwortet einen Systemwechsel zur internationalen Erschöpfung, eventualiter zu einer regionalen Erschöpfung. Sie argumentiert, dass bei einer Abkehr von der nationalen Erschöpfung die Konsumenten profitieren, die Gesamtwohlfahrt marginal steigen und die Verluste der Pharmafirmen relativ gering ausfallen würden. Der Innovationsgrad der weltweit tätigen Pharmafirmen würde nicht beeinträchtigt, und die Attraktivität des Forschungs- und Entwicklungsstandorts hänge mehr von anderen Faktoren ab als vom Schweizer Preisniveau für patentierte Pharmazeutika. Sodann hänge die Möglichkeit zur Preisdifferenzierung nur bedingt mit den Parallelimporten zusammen. Auch stehe das schweizerische Wettbewerbsrecht „aufgrund der Revision des Kartellrechts bereits heute im Widerspruch zu einer starren Anwendung des Prinzips der nationalen Erschöpfung, sieht es doch ausdrücklich vor, Missbräuche zu sanktionieren.“
- Die Handels- und Industriekammer des Kantons Waadt favorisiert die Option der regionalen Erschöpfung mit einer allfälligen Ausnahme für Pharmazeutika. Sie verspricht sich davon eine Senkung von Preisen und in der Folge einen Anstieg des inländischen Konsums, was zu einer Steigerung der Produktion führe. Gefordert werden vertiefte rechtliche Abklärungen zur Möglichkeit der einseitigen Einführung der regionalen Erschöpfung. Die internationale Erschöpfung wird hingegen ausdrücklich abgelehnt.
- *Hotelleriesuisse* befürwortet grundsätzlich einen Systemwechsel von der nationalen zur regionalen oder internationalen Erschöpfung mit allfälligen Ausnahmen wie z.B. für den Pharmabereich. *Hotelleriesuisse* bezeichnet zwar die Befürchtung einer Erosion der Anreize für Investitionen in Innovationen als Folge der Verwässerung des Patentschutzes als berechtigt. Diese Folgen würden gemäss *hotelleriesuisse* aber vor allem den Pharmabereich treffen, in welchem die Preise administriert würden. Ein Systemwechsel würde auch die Produktionsmittel für Produzenten verbilligen. Beim

System der nationalen Erschöpfung bestehe heute oft eine Unsicherheit, ob ein Produkt patentgeschützt sei oder nicht. Dies führe dazu, dass Parallelimporte auch dort nicht vorgenommen würden, wo gar keine Patente bestehen.

Die Vertreter der Minderheitsmeinung sehen in einem Systemwechsels bei der Erschöpfung im Patentrecht insgesamt einen Beitrag an die Marktöffnung und an die Reduktion des Preis- und Kostenniveaus in der Schweiz. Dadurch versprechen sie sich volkswirtschaftliche Gewinne.

II Internationale und regionale Erschöpfung

II. a Internationale Erschöpfung

Kein Industriestaat der Welt kennt das System der internationalen Erschöpfung im Patentrecht. Dieses System gilt nur in einigen Entwicklungsländern wie z.B. Bolivien, Peru, Ecuador oder Indonesien. Es wäre verantwortungslos, wenn die Schweiz als im Bereich der Forschung und Entwicklung führendes Land seinen Patentschutz am Niveau solcher Länder orientieren würde. Damit würde die Schweiz auf internationaler Ebene ein negatives Signal senden. Nachteile seitens unserer internationalen Handelspartner wären nicht ausgeschlossen. So ist es zum Beispiel nach Auskunft des Büros des United States Trade Representatives möglich, dass die immaterialgüterrechtliche Erschöpfung zu einem künftigen Thema auf der so genannten „301 Watch List“ wird.

II. b Regionale Erschöpfung

Der Anschluss an das System der regionalen Erschöpfung des EWR würde ein bilaterales Abkommen bedingen. Eine einseitige Einführung des Systems der regionalen Erschöpfung ist nicht möglich, weil die Schweiz damit ihre internationalen Verpflichtungen im Rahmen der WTO verletzen würde. Diese Frage wurde vom Bundesrat mit einem externen Gutachten der Professoren Straus und Katzenberger vom renommierten Max Planck Institut detailliert geprüft. Wenn die Schweiz trotzdem die regionale Erschöpfung einführen würde, bestände die Gefahr, dass sie von einem anderen WTO-Mitgliedsstaat vor das WTO-Gericht gezogen würde. Das würde nicht nur dem allgemeinen Ansehen der Schweiz als verlässliche Vertragspartnerin Schaden zufügen, sondern hätte konkrete negative Auswirkungen auf künftige internationale Verhandlungen.

Ein bilaterales Abkommen zur Einführung der regionalen Erschöpfung im Patentrecht ist grundsätzlich nicht ausgeschlossen, wäre aber mit Gegenforderungen behaftet. So müsste die Schweiz aller Voraussicht nach beim Markenrecht das heutige Regime der internationalen Erschöpfung auf eine regionale Erschöpfung zurück buchstabieren. Damit wären Parallelimporte von Markenprodukten aus Übersee nicht mehr möglich wie heute. Der Abschluss eines bilateralen Abkommens mit der EU wäre auch mit Blick auf weitere mögliche Gegenforderungen zum heutigen Zeitpunkt nicht opportun. Eine Neuüberprüfung wäre allenfalls bei einer weiteren Rechtsvereinheitlichung im Lichte der dazumaligen Umstände vorzunehmen.

III Mischformen

Sämtliche Mischformen der Erschöpfung (Ausnahmen und Varianten zur jeweiligen „Grundoption“) gemäss Erläuterndem Bericht werden abgelehnt. Sie wären zu kompliziert und würden zu Abgrenzungsschwierigkeiten und zu entsprechenden Rechtsunsicherheiten führen. Nachfolgend nehmen wir kurz zu einigen der im Erläuternden Bericht aufgeführten Varianten Stellung.

III. a. Ausnahmen bestimmter Produkte

Die Grundvoraussetzungen für ein Patent sind für alle Technologien gleich. Deshalb sind Ungleichbehandlungen nach Produkten oder Technologien nicht gerechtfertigt. So verbietet auch Art. 27 des TRIPS-Abkommens, bei welchem die Schweiz Vertragspartei ist, die Diskriminierung bestimmter Technologien bei der Erteilung und Ausübung von Patentrechten. Nach Produkten differenzierende Erschöpfungsregeln führen in der Praxis auch zu schwierigen Abgrenzungsfragen. So werden beispielsweise in der Bau- und in der Landwirtschaft teilweise dieselben Geräte und Produktionsmittel eingesetzt. Sind diese patentiert und soll für die landwirtschaftlich eingesetzten Produkte eine besondere Regelung gelten, müsste z.B. der Parallelimporteur eines PC oder einer Abdeck-Folie in jedem Einzelfall abklären, ob der PC oder die Abdeck-Folie tatsächlich in der Landwirtschaft verwendet werden oder nicht. Zudem sendet auch eine solche Lösung negative Signale ins Ausland.

III. b. Ausnahmen bei Märkten mit vergleichbaren resp. abweichenden Bedingungen

Die Beurteilung des Verhältnisses zwischen unterschiedlichen Preisen und unterschiedlichen Marktbedingungen ist Sache des Wettbewerbsrechts. Entsprechende Überlegungen hat das Bundesgericht bereits im Kodak-Entscheid angestellt. Damals führte es aus, dass ein wesentlicher Preisunterschied bei vergleichbaren rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen einen Missbrauch indiziere. Im konkreten Fall gab es zwischen den vom Parallelimporteur angebotenen Produkten und den Produkten der autorisierten Händler allerdings keinen wesentlichen Preisunterschied. Der wichtige Grundgedanke des Bundesgerichts wurde anlässlich der letzten Kartellgesetzrevision berücksichtigt und konkretisiert. Damit bestehen heute die wettbewerbsrechtlichen Instrumente gegen missbräuchliche Marktabschottungen bereits. Es gilt nun, diese Instrumente auch anzuwenden. Pauschal-Lösungen im Patentrecht wie zum Beispiel die Aufstellung einer Liste mit bestimmten Ländern wären nicht sachgerecht. Damit würde insbesondere dem Umstand nicht Rechnung getragen, dass unterschiedliche Produkte auch unterschiedliche marktspezifische Eigenheiten aufweisen. Deshalb kommen die zuständigen Stellen so oder anders nicht darum herum, das Vorliegen vergleichbarer Bedingungen jeweils im Einzelfall zu prüfen und entsprechende Entscheide mit Präjudizwirkung zu fällen.

III. c Internationale Erschöpfung mit Einschränkung zugunsten des Marktzugangs nach dem Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG)

Das Cassis-de-Dijon Prinzip wird von *economiesuisse* ausdrücklich unterstützt. Seine Einführung im Rahmen der Revision des THG ist ein wichtiger Beitrag zur Beseitigung technischer Handelshemmnisse. Nur hat das Cassis-de-Dijon Prinzip nichts mit der Erschöpfung im Patentrecht zu tun. Bei ersterem geht es um die Beseitigung staatlicher, technischer Handelshemmnisse. Bei letzterem geht es um den Schutz eines privaten Eigentumsrechts resp. im Verhältnis zum Käufer eines immaterialgüterrechtlich geschützten Produkts um ein Abstecken der Grenzen zwischen dem immateriellen Eigentum des Verkäufers und dem materiellen Eigentum des Käufers. Dass die Variante „Internationale Erschöpfung mit

Einschränkung zugunsten des Marktzugangs nach dem THG“ in der Vernehmlassungsvorlage überhaupt erwähnt wird, ist offenbar das Ergebnis dessen, dass die Diskussion um die Erschöpfung im Patentrecht vor dem Hintergrund der Debatte um die „Hochpreisinsel Schweiz“ geführt wird. Weil diese Debatte häufig populär und mit pauschalen Argumenten geführt wird, werden zuweilen Dinge vermischt, die nichts miteinander zu tun haben.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung dieser Stellungnahme und verbleiben

mit freundlichen Grüßen
economiesuisse



Dr. Rudolf Ramsauer
Vorsitzender der Geschäftsleitung



Urs Furrer, Rechtsanwalt
Issue Manager

cc:

Vorab per E-Mail (Lukas.Buehler@ipi.ch)

Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum, Abteilung Recht & Internationales, 3003 Bern