

## Besprechung / Comptes rendus

### Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter – missbräuchliche Zustimmungsverweigerung des Schutzrechtsinhabers

FREDY GUYER

Unter Berücksichtigung des schweizerischen und des europäischen Rechts

Europa Institut Zürich, Band 56, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich / Basel / Genf 2005, XXIX + 213 Seiten, CHF 62.–, ISBN 3-7255-4922-2

Das Bundesgericht hat im Kodak-Urteil (BGE 129 III 126) grundsätzlich auf nationale Erschöpfung im Patentrecht erkannt, aber gleichzeitig festgehalten, dass allfällige Missbräuche nach Massgabe des Kartellrechts zu lösen seien. Dies hat sowohl in Politik wie Lehre heftige Kontroversen ausgelöst. Im Lichte dieser Auseinandersetzung untersucht der Autor im Rahmen seiner Zürcher Dissertation einerseits die immaterialgüterrechtliche Erschöpfungsdoktrin unter spezieller Berücksichtigung des Territorialitätsprinzips. Andererseits widmet er sich der Frage nach kartellrechtlichen Korrekturmöglichkeiten in Fällen, in welchen eine missbräuchliche Berufung auf die nationale Erschöpfung im Patentrecht erfolgt.

In ersten Kapitel schildert GUYER die Ausgangslage: Die längerfristige internationale Konkurrenzfähigkeit von Unternehmen basiert wesentlich auf der Wirksamkeit des Wettbewerbs im Inland. Dabei muss das Kartellrecht dann korrigierend eingreifen, wenn der wirksame Wettbewerb in volkswirtschaftlich schädlicher Weise beschränkt wird. Dies gilt auch für immaterialgüterrechtliche Sachverhalte. Entsprechend habe gemäss dem Autor eine Beschränkung der Aussenwirtschaftsfreiheit dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu genügen und sei eine solche nur gerechtfertigt, wenn der Schutzrechtsbestand in Frage stehe. Er führt aus, dass trotz des klaren Verdikts zugunsten der nationalen Erschöpfung im Patentrecht ein gewisser Interpretationsspielraum verbleibt. Vor diesem Hintergrund stellt sich insbesondere auch die Frage nach den kartellrechtlichen Korrekturmöglichkeiten. In diesem Sinne nimmt der Autor Bezug auf die Tatsache, dass die nationale Erschöpfung den Import von der Zustimmung des Schutzrechtsinhabers abhängig macht. Auch in dieser Hinsicht verbleibe Raum, um Form, Inhalt und Ausgestaltung einer allfälligen Zustimmung näher zu bestimmen. Er führt aus, dass unter dem Stichwort des «Rechts auf Parallelimport» ein Interessenausgleich anzustreben sei.

Im zweiten Kapitel beleuchtet der Autor die Rechtsprechung, die Ausgestaltung und Auslegung von Art. 4bis PVÜ beeinflusst hat. Er zeigt auf, dass im Rahmen des Wettbewerbsrechts eine Relativierung des Territorialitätsprinzips stattgefunden hat, indem in unterschiedlichem Ausmass – zu Recht – auch ausländische Verwertungssachverhalte berücksichtigt werden. Dies bedinge eine Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung eines Schutzrechts. Im europäischen Raum hängt diese Unterscheidung vor allem auch mit dem übergreifenden Ziel der Binnenmarktintegration zusammen, wobei die Kompetenz der Mitgliedstaaten, den Schutzrechtsbestand festzulegen, gewahrt wird. Nach dem Autor ist in einem allgemeineren Kontext weniger das Territorialitätsprinzip für die Erschöpfungsfrage massgebend als vielmehr die Amortisationsfunktion des Patentrechts. Eine ähnliche wirtschaftliche Funktion komme auch der angloamerikanischen «implied licence»-Doktrin zu. Am Beispiel des Arzneimittelhandels in der EU zeigt der Autor auf, auf welche Art und Weise Parallelimporte auch in diesem Bereich begünstigt werden.

In einem weiteren Schritt untersucht GUYER die Anforderungen an die Zustimmung des Schutzrechtsinhabers zur Einfuhr von geschützten Produkten in den EU-Raum: Vor dem Hintergrund der Markenrechtsrichtlinie kam der EuGH im Silhouette-Urteil zum Schluss, dass es nicht in der

Kompetenz der Mitgliedstaaten liegt, über die regionale Erschöpfung hinauszugehen. Im Daviddoff/Levi-Urteil wurde weiter präzisiert, dass die Zustimmung des Schutzrechtsinhabers zur Einfuhr in den EU-Raum im Gegensatz zur «implied licence»-Doktrin nicht zu vermuten ist. Sie kann zwar konkludent erfolgen, muss jedoch mit Bestimmtheit erkennbar sein.

Der Autor überprüft sodann die Argumente, die vor dem Hintergrund des TRIPS-Abkommens für eine bestimmte Reichweite der Erschöpfung vorgebracht worden sind. Dabei verneint er, dass die Prinzipien der Inländerbehandlung oder der Meistbegünstigung gegen eine Andockung an die regionale Erschöpfung sprechen, da sich diese Diskriminierungsverbote lediglich auf die Schutzrechtsgewährung beziehen.

Im dritten Kapitel untersucht GUJER die kartellrechtlichen Korrekturmöglichkeiten bei missbräuchlicher Verweigerung der Zustimmung zur Einfuhr von geschützten Produkten. Er betont, dass das Kartellgesetz sowohl einen Institutions- wie auch Individualschutz beinhalte und sowohl Inter- wie Intra-Brand-Wettbewerb zu schützen sind. Art. 3 Abs. 2 KG bietet in der revidierten Fassung zudem eine sehr breite Basis zur Überprüfung von immaterialgüterrechtlichen Einfuhrbeschränkungen.

In der Folge befürwortet der Autor eine enge Marktabgrenzung. Auch den Begriff der Marktbeherrschung legt er vor dem Hintergrund des revidierten Art. 4 Abs. 2 KG weit aus, was nicht unumstritten ist. So seien auch spezifische Abhängigkeitsverhältnisse der Zwischenhändler zu berücksichtigen. Weiter vertritt er die Ansicht, dass bei Gleichschaltung der Vertriebskanäle, die faktisch Ausweichmöglichkeiten der Zwischenhändler beseitigen, von kollektiver Marktbeherrschung, allenfalls auch einer Abrede im Sinne einer abgestimmten Verhaltensweise auszugehen sei. Begünstigt durch die nationale Erschöpfung könne nämlich die durch das Patent begründete Monopolstellung auf den Absatzmarkt transferiert werden, weshalb die Zustimmung des Schutzrechtsinhabers zur Einfuhr mit einer Essential Facility vergleichbar sei. Zentral ist für GUJER die Frage, ob die Beschränkung des Intra-Brand-Wettbewerbs für die Amortisationsfunktion geeignet und erforderlich ist.

Laut dem Autor führt die nationale Erschöpfung in Verbindung mit einem Bündel von vertikalen Abreden zur Ausschaltung des Intra-Brand-Wettbewerbs. Rechtspolitisches Ziel von Art. 5 Abs. 4 KG sei aber die Verhinderung von Preisspaltungen entlang nationaler Grenzen und der Schutz des Intra-Brand-Wettbewerbs. In diesem Zusammenhang fragt sich weiter, wann von einer Preis- oder Gebietsabrede zwischen dem Hersteller und den ins Vertriebsnetz eingebundenen Händlern auszugehen ist. GUJER stellt darauf ab, ob das tatsächliche Wettbewerbsverhalten der Zwischenhändler einer adäquat kausalen Mitwirkungshandlung entspricht. Bei Vorliegen einer Gebiets- oder Preisabrede ist der Autor gegen eine Einschränkung der Vermutungsbasis von Art. 5 Abs. 4 KG gestützt auf quantitative Kriterien (Marktanteilsschwellen), da dies nach seiner Ansicht auf dem generalisierten Werturteil beruht, dass fehlender Intra-Brand- durch Inter-Brand-Wettbewerb kompensiert werden könne. Im Hinblick auf die Umstossung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung sei die Frage relevant, ob für den Zwischenhändler alternative Bezugsquellen für das fragliche Produkt bestünden, wobei wiederum die kompensatorische Wirkung des Inter-Brand-Wettbewerbs bezweifelt wird. Weiter könne die Dynamik auf dem vorgelagerten Innovationsmarkt nur unter bestimmten Voraussetzungen berücksichtigt werden.

Schliesslich zieht der Autor die Essential-Facility-Doktrin als Deutungshilfe heran. Wenn auch der Autor selber festhält, dass eine unter Wettbewerbsbedingungen geschaffene Monopolstellung sich von den klassischen Infrastrukturen unterscheidet, deren Bottleneck-Charakter zuweilen auf topographischen Gegebenheiten beruht oder die von der öffentlichen Hand finanziert wurden, ist die Übertragung dieser Doktrin auf den vorliegenden Sachverhalt doch nicht unproblematisch.

Im letzten Kapitel stellt der Autor schliesslich zusammenfassend Lösungsansätze vor: Wenn auch der Kontrahierungszwang als punktuelle Massnahme Defizite aufweise, könne gestützt auf die Rechtsmissbrauchseinrede in Anlehnung an die angloamerikanische «unclean hands»-Doktrin die Berufung auf das Patentrecht als missbräuchlich abgewiesen werden. Als vergleichbaren Denkansatz stellt der Autor auch die Zuerkennung eines Rechts auf Parallelimporte vor. In Anknüpfung an die Missbrauchseinrede befürwortet der Autor eine modifizierte Zustimmungsfiktion. Die Zustimmungsverweigerung sei als kartellrechtlich missbräuchlich zu qualifizieren, wenn sie nicht durch die Amortisations-

funktion des Patentrechts begründet ist bzw. der Schweizer Markt abgeschottet wird. In dieser Hinsicht sei auf die Vergleichbarkeit der Marktbedingungen bei der Inverkehrsetzung abzustellen.

Gemäss dem Autor könne nur in beschränktem Mass von einer konkludenten Zustimmung zur Einfuhr ausgegangen werden. Bei Vorliegen einer unzulässigen Abrede stellt jedoch die modifizierte Zustimmungsfiktion nach Ansicht des Autors eine adäquate Korrekturmassnahme dar. Der Importeur trage zwar das Risiko der Beurteilung und die hauptsächliche Beweislast, ein allfälliges diesbezügliches Informationsdefizit könne im Prozessfall jedoch bei der Kostenverlegung berücksichtigt werden.

Zusammenfassend und würdigend gilt es festzuhalten, dass der Autor die komplexen Facetten der Rechtsprechung zum Erschöpfungsgrundsatz und zur Zustimmung zur Einfuhr systematisch und hilfreich aufgearbeitet hat. Gleichzeitig gelingt es GUJER, im Bereich der kartellrechtlichen Korrekturmöglichkeiten einige der vielen kontroversen Fragen vertieft zu behandeln. So analysiert der Autor beispielsweise, unter welchen Voraussetzungen von einer Abrede zwischen dem Hersteller und dem Zwischenhändler ausgegangen werden kann. In diesem Sinne führt der Autor die Auseinandersetzung in diesem anspruchsvollen Gebiet weiter. Angesichts der dennoch verbleibenden Kontroversen darf man gespannt sein auf die weitere Entwicklung in Lehre und Praxis.

*Dr. iur. Donatella Fiala, Fürsprecherin, Bern /*

*Bernard Volken, Rechtsanwalt, Bern*