

Zur Diskussion / A discuter

Wie weiter mit dem geistigen Eigentum?

Rechtspolitische Tendenzen und Entwicklungen im internationalen Immaterialgüterrecht 15 Jahre nach Inkrafttreten des WTO/TRIPS-Abkommens

LUCAS VON WATTENWYL*

1995 trat das TRIPS-Abkommen in Kraft. Es wurde in weiten Kreisen als Meilenstein in der internationalen Harmonisierung des Immaterialgüterrechts gefeiert. Inzwischen ist diese Begeisterung einer gewissen Ernüchterung gewichen. Sowohl in der WTO als auch in der WIPO stecken die Arbeiten zur Weiterentwicklung des geistigen Eigentums in einer Sackgasse. Die Entwicklungsländer, welche in der Uruguay-Runde das TRIPS-Abkommen – im Gegenzug für Zugeständnisse in anderen WTO-Handelsbereichen – pars pro toto akzeptierten, haben sich seit dem Ablauf der ihnen zugestandenen Übergangsfristen und der Anwendung der Pflichten aus dem Abkommen per Anfang 2000 einer weiteren immaterialgüterrechtlichen Harmonisierung entgegengestellt. Stattdessen geben sie im TRIPS-Rat und in der WIPO mit einer entwicklungspolitischen Agenda den Takt an. Zahlreiche Vorstösse der Industrieländer für eine substanzielle Weiterentwicklung des Immaterialgüterrechts sind am Widerstand vieler Entwicklungsländer und gewisser Interessengruppen aus der Zivilgesellschaft gescheitert. Der Widerstand ist Teil einer internationalen Grundsatzdiskussion über Rolle, Zweck und Funktion des Immaterialgüterrechts und insbesondere des Patent- und Urheberrechtsschutzes. Dieser Artikel beleuchtet anhand konkreter Beispiele aus dem Patent- und Urheberrecht einige zentrale Aspekte einer länder- und kulturübergreifenden Debatte, die mittelfristig möglicherweise auch Auswirkungen auf die in Kraft stehenden nationalen Immaterialgütergesetzgebungen haben wird.

L'accord ADPIC est entré en vigueur en 1995. Il a été considéré comme la pierre angulaire de l'harmonisation internationale du droit de la propriété intellectuelle. L'engouement suscité s'est estompé entretemps. Au sein de l'OMC comme de l'OMPI, les travaux sur le développement de la propriété intellectuelle se trouvent dans l'impasse. Début 2000, depuis que les délais transitoires qui leur ont été accordés se sont écoulés et que les obligations découlant de l'accord leur sont applicables, les pays en voie de développement, qui avaient accepté pars pro toto l'accord ADPIC durant l'Uruguay round en échange de droits dans d'autres domaines commerciaux couverts par l'OMC, se sont opposés à une nouvelle harmonisation du droit de la propriété intellectuelle. Désormais, ce sont eux qui dictent le rythme de l'agenda au sein du conseil ADPIC et de l'OMC sur fond de politique de développement. Plusieurs interventions des pays industrialisés en faveur d'un nouveau développement substantiel du droit de la propriété intellectuelle se sont heurtés à l'opposition de plusieurs pays en voie de développement et de certains groupements d'intérêts de la société civile. Cette opposition fait notamment l'objet d'une discussion internationale sur le rôle, le but et la fonction du droit de la propriété intellectuelle et en particulier de la protection des brevets et du droit d'auteur. A l'aide d'exemples concrets tirés du droit des brevets et du droit d'auteur, cet article met en lumière les aspects essentiels d'un débat transculturel et transnational, qui à moyen terme pourrait également influencer les législations nationales en matière de droit de la propriété intellectuelle.

- I. Einleitung**
- II. WIPO und WTO/TRIPS von Entwicklungspolitik dominiert**
 - 1. WIPO, Development Agenda und das Patentrecht
 - 2. WTO, Doha Development Round, das Patentrecht und die geografischen Angaben
- III. Strukturwandel – das Urheberrecht am Scheideweg**
- IV. Illustration anhand international kontroverser Sachthemen**
 - 1. Zugang zu Medikamenten: Patentrecht im Fokus
 - 2. Testdatenschutz als weiterer Schauplatz
 - 3. Aktuell: Beschlagnahme von Generika im Transit
 - 4. Urheberrecht: Aktionsplan der EU angesichts globaler Herausforderung

V. Vom multilateralen zum bilateralen und plurilateralen Forum**VI. Rückblick und Ausblick**

1. Geistiges Eigentum – Shift of Perception
2. Verständnis von geistigem Eigentum in der Schweiz
3. Wie weiter im internationalen Patentrecht...
4. ...und im Urheberrecht?
5. Schluss

Zusammenfassung / Résumé**I. Einleitung**

Verfolgt man die Diskussionen um das geistige Eigentum im internationalen Umfeld, stellt man fest, dass an den Grundfesten dieses seit mehr als hundert Jahren in den westlichen Rechtssystemen verankerten Schutzsystems gerüttelt wird. Manche Kreise fordern eine Neuausrichtung der Politik zum geistigen Eigentum. Breit diskutiert wird die Weiterentwicklung bzw. Einschränkung des Patentrechts einerseits und des Urheberrechts andererseits. Das Marken- und Designrecht sowie andere Bereiche des Immaterialgüterrechts geben demgegenüber wenig Anlass zu rechtspolitischen Debatten.

In internationalen Organisationen wie der World Intellectual Property Organization (WIPO) oder der World Trade Organization (WTO) besteht seitens der entwickelten Länder (Industrieländer) etwas Ratlosigkeit, wie den nachdrücklich vertretenen Forderungen der Entwicklungsländer nach einem verstärkten Einbezug der entwicklungspolitischen Komponente namentlich im Patentrecht begegnet werden soll, ohne dabei eine systematische Einschränkung des geistigen Eigentums zuzulassen. Auch im Urheberrecht wird die Frage des adäquaten Schutzniveaus immer häufiger gestellt. Grund der vermehrten Forderung nach einem Systemwechsel sind hier insbesondere die rasante technische Entwicklung und der erleichterte Zugang zu digitalen Werkinhalten. Der Strukturwandel, die geänderten Rahmenbedingungen und geopolitischen Machtverhältnisse haben in den multilateralen Foren der WIPO und dem WTO/TRIPS-Rat zu einer Pattsituation und einer daraus resultierenden verstärkten Ausrichtung der entwickelten Staaten auf bilaterale Handelsverträge und plurilaterale Foren geführt.

II. WIPO und WTO/TRIPS von Entwicklungspolitik dominiert**1. WIPO, Development Agenda und das Patentrecht**

In der WIPO ist die Weiterentwicklung des Patentrechts vordringliches Thema. Die Debatte ist eng verknüpft mit der WIPO Development Agenda 2007¹ (DA), und im weiteren Kontext mit der United Nations Millennium Declaration und der Neuausrichtung der globalen Entwicklungspolitik². Die DA wurde im August 2004 von den Entwicklungsländern mit Unterstützung von Nichtregierungsorganisationen (NGO) lanciert³ und bildete einen Gegenvorschlag zur Eingabe der USA, Japan und des Europäischen Patentamts vom Juli 2004⁴ betr. die Harmonisierung des materiellen Patentrechts. Grundlage für diese Harmonisierung war der Entwurf zum Substantive Patent Law Treaty⁵ (SPLT). Es folgte eine entwicklungspolitische Neuausrichtung in der WIPO, in deren Folge der SPLT nicht mehr weiterdiskutiert wurde. Die Diskussionen im Standing Committee on the Law of Patents (SPC) waren damals an einem toten Punkt angelangt und es wurde nach Auswegen gesucht, um das Patentrecht trotz widerstreitender Positionen zwischen Nord und Süd mittel- bis langfristig harmonisieren zu können. Die entwickelten Länder stimmten deshalb der DA zu in der Hoffnung, dass die Entwicklungsländer im Gegenzug Hand bieten würden zur gemeinsamen Weiterarbeit an einer Harmonisierung des materiellen Patentrechts⁶.

¹ www.wipo.int/ip-development/en/agenda.

² United Nations Millennium Declaration, 18. September 2000: www.un.org/millenniumgoals/bkgd.shtml.

³ Siehe dazu u.a.: Proposal by Argentina and Brazil for the Establishment of a Development Agenda for WIPO, 27. August 2004: www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/wo_ga_31/wo_ga_31_11.pdf.

⁴ Proposal by the USA, Japan and the European Patent Office for Establishing a new Work Plan for the Standing Committee on the Law of Patents (SPC), 23. Juli 2004; der Vorschlag zielte darauf ab, den Regelungsbereich des SPLT auf wesentliche Bereiche zu reduzieren und dadurch einen Abschluss der Arbeiten im SPC innert nützlicher Frist zu ermöglichen, nachdem die Diskussionen zur Patentrechtsrevision bereits über mehr als 20 Jahre erfolglos geführt worden waren.

⁵ www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/wo_ga_31/wo_ga_31_9.pdf.

⁶ en.wikipedia.org/wiki/Substantive_Patent_Law_Treaty.

⁶ Also die Harmonisierung materiell-rechtlicher Bestimmungen u.a. zur Neuheit, Erfindungshöhe und gewerblichen Anwendbarkeit.

Seither herrscht auf der materiell-rechtlichen Ebene aber Stillstand. Etwas Bewegung gab es lediglich im formellen Patentrecht, wo die Working Group on Reform of the Patent Cooperation Treaty (PCT, 1970)⁷ aktiv nach Wegen zur Weiterentwicklung des Patentrechts sucht. In formell-rechtlicher Hinsicht besteht zudem mit dem Patent Law Treaty seit 2000 ein weiteres Abkommen, welches Modalitäten zum Anmeldeverfahren regelt. Das Problem liegt mithin bei der blockierten Reform des materiellen Patentrechts.

Seit 2004 bestimmt in der WIPO die Development Agenda das Geschehen. Die DA besteht aus 45 von den WIPO-Mitgliedstaaten ausgehandelten Empfehlungen u.a. in den Bereichen der Technischen Zusammenarbeit, des Technologietransfers und der Durchsetzung von geistigen Eigentumsrechten, und soll die Perspektive der Entwicklungspolitik in die Arbeiten und das Wirken der WIPO integrieren. Auslöser zur Erarbeitung der DA war die Kritik der Entwicklungsländer, zahlreicher NGOs und diverser weiterer Vertreter der Zivilgesellschaft, dass die globale IP⁸-Architektur von einem starken Ungleichgewicht zulasten der Entwicklungsländer gekennzeichnet sei und diese ungenügend vom Immaterialgüterrecht für ihre wirtschaftliche Entwicklung profitieren könnten. Dem Nord-Süd-Gefälle sei entgegenzuwirken und den weit verbreiteten Missbräuchen im Bereich des geistigen Eigentums ein Riegel zu schieben.

Die Entwicklungsländer und insbesondere Schwellenländer wie Brasilien und Indien koordinieren ihre entwicklungspolitischen Anliegen effektiv und verstehen es, diesen auf verschiedenen Wegen zum Durchbruch zu verhelfen⁹. Dabei setzen sie neben der WIPO Development Agenda zunehmend auf eine engere Verbindung zwischen der WIPO und der WTO einerseits und einer entwicklungsorientierten Umsetzung des TRIPS-Abkommens im TRIPS-Rat andererseits.

Entwicklungspolitische Themen dominieren seit längerem auch im TRIPS-Rat die Tagesordnung. Von der verstärkten Zusammenarbeit zwischen der WIPO und der WTO erhoffen sich die Entwicklungsländer Synergien etwa in Bezug auf die Implementierung der Vorgaben zur Technischen Zusammenarbeit (Art. 67 TRIPS) oder des Technologietransfers in die am wenigsten entwickelten Länder LDC¹⁰ (Art. 66.2 TRIPS)¹¹. Zuzugewandte Gewichtung der entwicklungspolitischen Agenda in der WIPO und im TRIPS-Rat und angesichts des entschlossenen und immer selbstbewussteren Auftretens von Staaten wie Indien und Brasilien geraten die entwickelten Länder immer öfter in die Defensive. Beispiele dafür sind die Auseinandersetzung um den Transfer von Generika aus Entwicklungsländern durch die EU (unten) und die verbesserte Durchsetzung von Immaterialgüterrechten. Manche Industrieländer reagieren auf diese Entwicklung mit einer Abwehrhaltung, die eine Verhärtung der Fronten zur Folge hat und die Konsensfindung schwierig macht. Die notwendige Anpassung des Immaterialgüterrechtssystems an veränderte Verhältnisse, etwa zur Berücksichtigung technischer Entwicklungen, bleibt so blockiert.

In der WIPO hat diese Konstellation in eine Sackgasse geführt, welche sich am deutlichsten im Patentrecht manifestiert: Die entwickelten Länder arbeiten international weiter auf vereinheitlichte Prozesse zur erleichterten Patenterteilung und eine materielle Patentrechtsharmonisierung hin. Die Entwicklungsländer aber verweigern die Unterstützung für eine weitere Harmonisierung. Stattdessen streben sie einen extensiven Ausnahmekatalog zur Patentierbarkeit an. Seit 2005 stagnieren die Arbeiten in der WIPO.

2. WTO, Doha Development Round, das Patentrecht und die geografischen Angaben

Das TRIPS-Abkommen, zusammen mit dem GATT 1994 und dem GATS¹² einer der drei Hauptpfeiler des WTO-Vertragswerks, ist nach wie vor das einzige internationale Abkommen, welches sämtliche

⁷ Zum PCT und der PCT-Patentanmeldung: en.wikipedia.org/wiki/Patent_cooperation_treaty.

⁸ Die Begriffe IP und geistiges Eigentum können deckungsgleich verwendet werden. «IP»/»Intellectual Property» wird in diesem Artikel v.a. auch verwendet mit Bezug auf das geistige Eigentum als sozialpolitisches Institut mit über die Landesgrenzen hinausgehenden Auswirkungen.

⁹ Dies bedeutet allerdings nicht, dass sich die Entwicklungsländer in der Sache stets einig sind. Im Gegenteil wird die Entscheidungsfindung der Entwicklungsländer regelmässig von einigen einflussreichen Staaten wie Ägypten, Südafrika, China, Indien und Brasilien bestimmt. Unter deren Federführung treten die Entwicklungsländer nach aussen in der Regel als konsistente, geschlossene Gruppe auf.

¹⁰ Least Developed Countries.

¹¹ Vgl. dazu A. ABDEL LATIF, Linkages Between The WIPO Development Agenda And The TRIPS Council, Intellectual Property Watch, 13.März 2008. www.ip-watch.org/2008/03/13/inside-views-linkages-between-the-wipo-development-agenda-and-the-trips-council.

¹² GATT = General Agreement on Tariffs and Trade; GATS = General Agreement on Trade in Services.

Bereiche des geistigen Eigentums erfasst und diese sowohl in materieller als auch in formeller Hinsicht umfassend regelt. Es schafft Minimalanforderungen zum Schutz geistiger Leistungen, enthält ein Kapitel zur Durchsetzung der geistigen Eigentumsrechte und verpflichtet die Vertragsstaaten, die Bestimmungen im nationalen Rechtssystem umzusetzen. Mit seinen Bestimmungen zu Enforcement, der Meistbegünstigtenklausel (Most favoured nation, MFN) und der Unterstellung aller Abkommensverpflichtungen unter das WTO-Streitbeilegungsverfahren (Dispute Settlement Procedure) geht das TRIPS-Abkommen über das herkömmliche Konzept der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (1883) und der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (1886, rev. 1971) hinaus. So hat es auch in seiner praktischen Bedeutung die Pariser Verbandsübereinkunft als vormals wichtigster immaterialgüterrechtlicher Staatsvertrag abgelöst.

Mit der schrittweisen Umsetzung des im Jahr 1995 in Kraft getretenen WTO-TRIPS-Abkommens wurde der Vorwurf der Entwicklungsländer und von Teilen der Zivilgesellschaft gegen das Immaterialgüterrechtssystem und insbesondere das Patentsystem immer lauter. Das geistige Eigentum, als Anreizsystem zur Innovation und zum Fortschritt geschaffen und eine Vielzahl von unterschiedlichen Schutzbereichen¹³ umfassend, wurde immer mehr mit Patenten und Monopolrechten der multinationalen pharmazeutischen Konzerne gleichgesetzt. Diese wurden des unethischen Verhaltens durch Gewinnmaximierung zulasten von Leib und Leben der Bevölkerung in den Entwicklungsländern bezichtigt. Die von einigen afrikanischen Staaten lancierte und von diversen NGOs polarisierte Kontroverse mündete 2001 an der 3. Ministerkonferenz der WTO in die Doha-Erklärung zur TRIPS-Übereinkunft und zur öffentlichen Gesundheit und 2003 in die Annahme von Paragraph 6 der Doha-Erklärung. Paragraph 6 soll den WTO-Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen den Erlass von Zwangslizenzen für den Export in Länder ohne eigene Produktionskapazitäten gestatten¹⁴.

Die Doha-Erklärung ist heute noch eine zentrale Referenzgrösse für die laufenden Grundsatzdiskussionen in internationalen Organisationen zu den Instituten des geistigen Eigentums. Neben der WTO behandeln u.a. die World Health Organization (WHO) und die WIPO das Traktandum «Access to medicine» im Rahmen der Aushandlung der Development Agenda. Auf die Arbeiten der WHO und die im 2008 an der 61. Weltgesundheitsversammlung verabschiedete Globale Strategie und den Aktionsplan zu öffentlicher Gesundheit, Innovation und geistigem Eigentum soll hier nicht näher eingegangen werden¹⁵.

Ähnlich wie in der WIPO bringt auch der Diskurs im TRIPS-Rat heute kaum noch Resultate, die dazu beitragen würden, die Umsetzung, Verwaltung und Fortentwicklung des TRIPS-Abkommens nachhaltig voranzutreiben. Eine Ausnahme ist vielleicht der Schutz der geografischen Angaben gemäss Art. 22 und 23 des TRIPS-Abkommens (nach schweizerischem Recht geografische Herkunftsangaben). Dieser soll unter dem Doha-Mandat¹⁶ mit einem Register für Weine und Spirituosen sowie gemäss einer Erweiterung des bereits für Weine und Spirituosen bestehenden materiellen Schutzes auf alle anderen Produkte verstärkt werden.

Aber auch hier: Die Einführung und eine mögliche Umsetzung des Registers für Weine und Spirituosen wird seit zehn Jahren diskutiert. Wirkliche Fortschritte sind trotz dieser langen Verhandlungsdauer noch nicht absehbar. Die Diskussion zur geforderten Ausdehnung des höheren materiellen Schutzes für geografische Herkunftsangaben von Weinen und Spirituosen auf alle Produkte wird sehr kontrovers geführt. Erstaunlich für einmal hier: Der Graben verläuft nicht wie im Patentrecht beobachtet zwischen Nord und Süd, sondern schiebt sich zwischen die Neue und die Alte Welt. Die USA, Kanada, Australien und Neuseeland, mit der Unterstützung Argentinien, lehnen diese Schutzerweiterung kategorisch ab. Sie befürchten, dass sie künftig traditionelle europäische oder asiatische Bezeichnungen für in ihren Ländern hergestellte Produkte, namentlich Lebensmittelprodukte, nicht mehr verwenden dürfen. Sie stellen sich auf den Standpunkt, dass sie diese Bezeichnungen in ihrem Land für selbst

¹³ Neben dem Patentschutz der Markenschutz, Urheberrechtsschutz und Schutz der Nachbarrechte (Leistungsschutz), Designschutz, Schutz integrierter Schaltkreise (Computerchips), Sortenschutz, Schutz vertraulicher Information, u.a.m.

¹⁴ § 6 der Doha-Erklärung sieht eine Ergänzung des TRIPS-Abkommens vor, welche in Kraft tritt, sobald zwei Drittel der 153 WTO-Mitgliedstaaten die Bestimmung im nationalen Recht umgesetzt haben. Näheres dazu s. IV.3.

¹⁵ Siehe zur WHO und zur Kommission zu Immaterialgüterrechten, Innovation und öffentlicher Gesundheitspflege (CIPHI) die detaillierten Informationen auf der IGE-Webseite: www.ige.ch/juristische-infos/organisationen/whocipih.html. Die WHO beschränkt sich grundsätzlich auf ausschliesslich gesundheitsrelevante Aspekte. Zu Überschneidungen mit dem geistigen Eigentum kann es etwa im Bereich des Markenschutzes für Medikamente und bei der Abgrenzung zwischen so genannten «substandard» und gefälschten Medikamenten kommen.

¹⁶ Doha WTO Ministerial Declaration from 2001, point 18: www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm#trips.

hergestellte Produkte gewohnheitsmässig verwenden würden, auch wenn diese Produkte ihren Ursprung nicht in dem durch die geografische Herkunftsangabe bezeichneten Land haben.

Als Beispiele für solche geografischen Herkunftsangaben werden etwa Parma-Schinken, Feta-Käse, Darjeeling-Tee oder mit Bezug auf die Schweiz Emmentaler Käse genannt. Manche der geografischen Herkunftsangaben werden von diesen Staaten bereits als so genannt «generisch», d.h. als Gattungsbezeichnung, eingestuft.

III. Strukturwandel – das Urheberrecht am Scheideweg

Das Patentrecht ist nur der eine Dorn im Auge vieler Kritiker des geistigen Eigentums; das Urheberrecht bzw. Copyright ist der andere. Die Problemstellung ist im Urheberrecht¹⁷ jedoch eine grundlegend andere als im Patentrecht. Das Patentrecht ist primär durch die «Access to medicines»-Debatte in Misskredit geraten. Diese Debatte geht in die 1970er-Jahre und früher zurück und ist sozial-, gesundheits- und entwicklungspolitisch begründet¹⁸. Die Kritik am Urheberrecht jedoch ist neueren Datums und hängt eng mit der technischen Entwicklung und dem Strukturwandel der letzten 20 bis 30 Jahre zusammen. Das traditionelle Urheberrecht wurde von der Digitalisierung eingeholt, konnte aber bis heute aus verschiedenen Gründen den komplett veränderten Gegebenheiten nicht hinreichend angepasst werden.

Die fortschreitende Digitalisierung hat unsere Welt seit den Achtzigerjahren revolutioniert, und es ist in naher Zukunft mit weiterem, tiefgreifendem Wandel zu rechnen. Veränderte Realitäten sind für die betroffenen Rechtsgebiete eine besondere Herausforderung, sollte das Recht im Idealfall doch heute die Rahmenbedingungen für die Realität von morgen schaffen. Regelmässig ist stattdessen der Gesetzgeber gerade vor dem Hintergrund bereits eingetretener neuer Realitäten gefordert, das Recht nachträglich an die geänderten Rahmenbedingungen anzupassen.

Ein Auslöser der exponentiellen Entwicklung, die wir seit dem späten 20. Jahrhundert erlebt haben, ist die Informations- und Telekommunikationstechnologie. Die damit einhergegangene verbreitete Digitalisierung hat unser Leben fundamental verändert. Vieles ist einfacher geworden, selbst wenn man gerne auch die Kehrseite der Errungenschaften und Annehmlichkeiten erwähnt, etwa die hohe Komplexität aller technischen und digitalen Systeme, die uns im täglichen Leben umgeben und die manchen von uns auch überfordern können. Das Immaterialgüterrecht ist von diesem Wandel mehr betroffen als viele andere Rechtsgebiete.

Dies trifft für das Gebiet des Urheberrechts in besonderem Masse zu: Es haben sich nicht nur die Voraussetzungen für die Schaffung eines Werks grundlegend geändert. Die Mittel zur Herstellung von identischen Kopien eines urheberrechtlich geschützten Werks¹⁹ sind heute für jeden leicht und kostengünstig erhältlich. Werkkopien können überall und jederzeit verfügbar gemacht werden. Für den Vertrieb und die Verbreitung der Inhalte ist oft wenig oder gar kein Aufwand mehr notwendig. Damit haben sich die Konditionen, die wesentlichen Parameter des Urheberrechts geändert.

Inwieweit das Verfügbarmachen bzw. allgemeiner die Verwendung von urheberrechtlich geschützten Werken²⁰ zulässig ist, bestimmt das lokale, territorial beschränkte Urheberrecht²¹. Ebenso die Frage, ob dem Schöpfer des Werks eine Entschädigung geschuldet ist. Mit all den neuen technischen Möglichkeiten haben sich auch andere Teilgebiete des Immaterialgüterrechts auseinanderzusetzen.

Eine wichtige Frage, mit dem sich das Urheberrecht akut konfrontiert sieht, ist deshalb: Wie kann das Urheberrecht den geänderten Verhältnissen unserer Informationsgesellschaft gerecht werden? Tatsache ist, dass heute weite Teile der jungen Generation die auf dem Internet verfügbare Musik und Filme als Gemeingut betrachten, als «public domain», also für alle grundsätzlich frei und kostenlos zugänglich sowie verwertbar: Es soll rechtens sein, diese Inhalte auf seinen Computer, iPod oder jedwedes «Gadget» herunterzuladen und mit ihnen zu tun und zu lassen, was man will. Damit wäre

¹⁷ Die mit dem Urheberrecht eng verbundenen verwandten Schutzrechte (Nachbarrechte) werden hier nicht separat bzw. ausdrücklich aufgeführt.

¹⁸ Vgl. dazu etwa den patentkritischen Beitrag von L. PALOMBI, The Role of Patent Law in Regulating and Restricting Access to Medicines, scripted, Vol. 6, Issue 2, August 2009: www.law.ed.ac.uk/ahrc/SCRIPT-ed/vol6-2/palombi.pdf.

¹⁹ Unter einem Werk wird hier das Ergebnis geistiger Arbeit insbesondere auf dem Gebiet der Literatur, Kunst und Softwareentwicklung verstanden.

²⁰ D.h. Werke, die das Kriterium der Individualität erfüllen.

²¹ Vgl. Art. 10 des Urheberrechtsgesetzes (URG) zu den Verwendungsrechten.

auch jede Verwertung, ob privat oder kommerziell, zulässig, solange kein Urheberpersönlichkeitsrecht verletzt würde.

IV. Illustration anhand international kontroverser Sachthemen

Im Folgenden werden die im internationalen Immaterialgüterrecht beobachteten Tendenzen mit Praxisbeispielen veranschaulicht.

1. Zugang zu Medikamenten: Patentrecht im Fokus

Bei der Forschung und Entwicklung von neuen Medikamenten bzw. Wirkstoffen spielt das Patent eine herausragende Rolle. Es gewährt dem Pharmaunternehmen auf seiner Erfindung das ausschliessliche Recht zu deren gewerblicher Nutzung (Ausschliesslichkeitsanspruch²²) und schafft nach allgemeiner Auffassung den gerade im Heilmittelbereich notwendigen Anreiz für den vorab zu tätigen beträchtlichen Forschungs- und Entwicklungsaufwand. Da die grosse Mehrheit von Neuentwicklungen die Hürde bis zur Marktzulassung nicht schafft, sind bis zur staatlichen Zulassung eines erfolgreichen Medikaments oft Investitionen im drei- bis vierstelligen Millionenbereich notwendig²³. Die verhältnismässig wenigen erfolgreichen Medikamente sichern der Pharmaindustrie ihren Return on Investment.

Während der Patentlaufzeit ist es Generikaunternehmen verwehrt, eine wirkstoffgleiche Kopie des Präparats auf den Markt zu bringen. Preiskonkurrenz durch Generika²⁴ setzt deshalb erst nach Ablauf der Schutzfrist ein. Dies kann in der Praxis zu einem Spannungsverhältnis führen und akzentuiert sich in manchen Entwicklungsländern beim Vertrieb lebenserhaltender und -verlängernder Medikamente, wo die staatliche medizinische Grundversorgung oft mangelhaft ist und grosse Bevölkerungsteile einen hohen Preis für eine medikamentöse Behandlung auch nicht annähernd aufbringen können. Bekannt ist diese Problematik besonders aus Entwicklungsländern, in denen Epidemien wie AIDS grassieren.

Viele Entwicklungsländer sehen deshalb im Monopolrecht des Patents primär ein Hindernis für den günstigen Zugang zu modernen Medikamenten²⁵ (access to medicines) und verfolgen daher eine Politik der Einschränkung des Patentrechts. Die Tatsache, dass auf diesem Weg oft auch für eine gewinnorientierte und wirtschaftlich bedeutsame lokale Generikaindustrie Spielraum verschafft werden soll, tritt in der Debatte häufig in den Hintergrund. Exemplarisch sei hier Indien erwähnt, das seine zahlreichen armen Bevölkerungsteile medizinisch nicht genügend versorgen kann. Indien ist traditionell stark in der Generikaproduktion und hat – bis jetzt – noch wenig eigene forschende pharmazeutische Industrie. Dies sind zwei Gründe dafür, dass Indien eine restriktive Patentpolitik verfolgt.

Mit der Unterzeichnung des TRIPS-Abkommens im Zuge seines Beitritts zur WTO verpflichtete sich Indien, bis im Jahr 2005 im Bereich Heilmittel nebst dem bereits bestehenden Verfahrenspatent das in Indien für pharmazeutische Produkte zuvor nicht erhältliche Produktpatent (Stoffpatent) einzuführen²⁶. Um seinen gesundheitspolitisch und wirtschaftlich wichtigen Industriezweig der Generikaproduzenten zu schützen, führte Indien mit der Patentrechtsnovelle auch einen Artikel ein²⁷, der das Erfordernis der Erfindungshöhe und der Neuheit neu definierte: Danach muss ein pharmazeutisches Produkt, um patentiert werden zu können, das Kriterium der erhöhten Wirksamkeit erfüllen (enhanced

²² Der Ausschliesslichkeitsanspruch erlaubt es dem Patentinhaber, Dritte von der kommerziellen Nutzung der Erfindung auszuschliessen.

²³ Angabe gemäss Interpharma, dem Verband der forschenden pharmazeutischen Firmen der Schweiz. Durchschnittlich schafft es nur eine von 10000 untersuchten Substanzen zur Marktzulassung. Die Entwicklung eines neuen Medikaments dauert im Durchschnitt acht bis zehn Jahre. www.interpharma.ch/de/forschung/Medikamentenentwicklung.asp.

²⁴ Da beim Hersteller eines Generikums keine Forschungs- und kaum Entwicklungskosten anfallen, kann er seine Kopie des Originalpräparats in der Regel für einen Bruchteil des Preises des Originals anbieten.

²⁵ Ein sich auf Medikamentenpreise auswirkender Patentschutz kann in einem Spannungsverhältnis zum Recht auf Gesundheit stehen, das im internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Art. 12) sowie in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (Art. 25) festgeschrieben ist. Das TRIPS-Abkommen und der darin u.a. für den Pharmabereich vereinbarte Patentschutz behindert aber nicht grundsätzlich die Umsetzung des Rechts auf Gesundheit, zumal der Abkommenstext Flexibilität einräumt.

²⁶ F. ALI KHADER, *The Touchstone Effect, The Impact of Pre-grant Opposition on Patents*, LexisNexis Butterworths Wadhwa Nagpur, 2009, 27 f.

²⁷ Art. 3(d) Indian Patents Act.

efficacy). Dadurch sollen Sekundärpatente²⁸, d.h. Patente für «bloss» kleine Veränderungen bekannter Substanzen oder schrittweise Verbesserungen von Verfahren, vom Patentschutz ausgeschlossen werden. Gemäss offizieller indischer Begründung dient diese Bestimmung dazu, das Evergreening²⁹ von Patenten zu verhindern. Neben der Anforderung der enhanced efficacy sieht das indische System weitere Barrieren³⁰ vor, welche es für (ausländische) forschende innovative Pharmaunternehmen risikoreich und entsprechend unattraktiv machen, sich in Indien geschäftlich zu betätigen und dort in die Forschung und Entwicklung von neuen Medikamenten zu investieren.

2. Testdatenschutz als weiterer Schauplatz

Ein weiterer wichtiger Aspekt der «Access to Medicine»-Debatte betrifft die Kontroverse um den Testdatenschutz im Marktzulassungsverfahren für pharmazeutische Produkte³¹. Die Behörden verlangen für die Marktzulassung eines neuen Wirkstoffs Testdaten, die im Regelfall von der forschenden Pharmaindustrie unter Aufwendung beträchtlicher Kosten generiert werden. Gesetzlicher Testdatenschutz verhindert es, dass ein Zweitmelder – insbesondere ein Generikaunternehmen – sich auf die den Behörden bereits vorliegenden Testdaten des Erstanmelders beziehen kann und damit bei der Zulassung der Wirkstoffkopie einen unfairen Wettbewerbsvorteil erhält (Trittbrettfahrerproblematik). Testdatenschutz wird deshalb auch als Erstanmelderschutz oder Datenexklusivität bezeichnet.

In internationalen Fora gewinnt das Thema Testdatenschutz an Bedeutung. Gemäss TRIPS-Abkommen sind die WTO-Mitglieder verpflichtet, Testdaten vor unlauterer gewerblicher Verwendung zu schützen. Von einer Anzahl von Mitgliedern³² und Expertenkreisen wird diese Verpflichtung wie folgt umgesetzt: Im Marktzulassungsverfahren ist entweder a) eine so genannte Exklusivitätsfrist vorzusehen, während der sich die Zweitmelder bzw. die Zulassungsbehörden nicht auf vom Erstanmelder eingereichte Daten beziehen können³³, oder b) dem Zweitmelder die Möglichkeit zur Bezugnahme auf die Testdaten nur gegen angemessene Entschädigung zugunsten des Erstanmelders zu erlauben. Diese Schutzregelung soll dem Erstanmelder eine zeitlich befristete Ausschliesslichkeit in Bezug auf die wirtschaftliche Verwertung seiner Testdaten sichern³⁴.

Manche Entwicklungsländer und insbesondere Schwellenländer mit einer starken Generikaindustrie stellen sich in Bezug auf die Forderung nach einer gesetzlich stipulierten Exklusivitätsfrist jedoch auf den Standpunkt, dass diese in der Praxis zu einer Verlängerung des Monopols auf wichtigen Medikamenten führen kann und den Anreiz zu echter Innovation unterläuft, da er Pharmaunternehmen ermutigt, nur bereits zugelassene Produkte hinsichtlich neuer Anwendungen weiterzuentwickeln, statt ihre Forschungsarbeit auf die Entwicklung neuer Produkte mit grösserem Nutzen für die öffentliche Gesundheit zu konzentrieren. Bemängelt wird auch, dass zur Gewährung von Testdatenschutz die Patentierungskriterien der Neuheit und Erfindungshöhe keine Rolle spielen.

Eine detaillierte Analyse dieser Argumentation ist an dieser Stelle nicht möglich. Wie beim Patentrecht darf aber auch hier nicht verkannt werden, dass die meistens im Licht der öffentlichen Gesundheit geführte Debatte zu Testdatenschutz auch eine herausragende kommerzielle bzw. wirtschaftspoliti-

²⁸ Diese können auch als Patente für Folgeerfindungen oder für «inkrementelle» Erfindungen bezeichnet werden (vom Englischen «incremental»: stufenweise, schrittweise); die Terminologie wird nicht einheitlich verwendet.

²⁹ Als «Evergreening» bezeichnen Kritiker eine Strategie von Pharmaunternehmen, vor Ablauf eines Patents auf einer erfolgreichen Substanz (meist ein so genanntes Blockbuster-Medikament) eine Weiterentwicklung dieser Substanz mit einem neuen Patent zu schützen und sich dadurch das Monopol für eine neue Patentlaufzeit zu sichern.

³⁰ Etwa das im internationalen Vergleich aussergewöhnliche «vorgängige Patentwiderspruchsverfahren» (pre-grant opposition) und die restriktive Praxis zur Erteilung einstweiliger Verfügungen gegen die Verletzung von Patenten; der Patenterteilungsprozess und die Durchsetzung von Patentrechten wird in Indien dadurch und aufgrund langwieriger Administrativ- und Gerichtsverfahren oft zum Spiessrutenlauf.

³¹ Im Marktzulassungsverfahren prüft die staatliche Zulassungsbehörde, ob ein Heilmittel qualitativ einwandfrei, wirksam und sicher ist. In der Schweiz ist Swissmedic die dafür zuständige Behörde (www.swissmedic.ch).

³² Darunter die Schweiz und wohl die meisten Industriestaaten. Zur gesetzlichen Regelung in der Schweiz und EU: S. KOHLER/CH. PFISTER, Erstanmelderschutz für Arzneimittel in der Schweiz, sic! 2008, 395 (www.sic-online.ch/2008/documents/395.pdf).

³³ So genannte «Non-Reliance».

³⁴ Ein Blick auf die Staaten, welche eine entsprechende Testdatenschutzregelung haben, zeigt, dass in Europa mit bis zu zehn oder elf Jahren tendenziell eine längere Schutzfrist gewährt wird als in ausgewählten Staaten Nord- und Südamerikas, des Nahen Ostens, Asiens und Ozeaniens, wo durchschnittlich fünf Jahre Testdatenschutz gewährt werden. Daneben gibt es eine grosse Zahl von Staaten, die keine Datenexklusivität vorsehen. Die von der International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations zusammengestellte Übersicht aus dem Jahr 2007 findet sich unter: www.fifarma.org/cms/images/stories/Prop_Intellectual/ifpma_data%20exclusivity.pdf.

sche Komponente hat. Indien etwa sieht trotz Verpflichtung im TRIPS-Abkommen noch keinen Testdatenschutz vor, nicht zuletzt wegen des politischen Drucks seiner eigenen Generikaindustrie.

3. Aktuell: Beschlagnahme von Generika im Transit

Die Diskussion um den Zugang zu lebenserhaltenden und lebensrettenden Medikamenten hat seit Ende 2008 eine neue Dimension erhalten. Im Dezember 2008 beschlagnahmten die niederländischen Zollbehörden eine Ladung eines Generikamedikaments³⁵, das sich im Transit auf dem Weg von Indien nach Brasilien befand. Indien und Brasilien nahmen diese Beschlagnahme zum Anlass, im TRIPS-Rat die Grundsatzdiskussion zum geistigen Eigentum in Verbindung mit der öffentlichen Gesundheit neu zu lancieren. Im Verbund mit einer Reihe weiterer Entwicklungsländer fordern Indien und Brasilien von der EU Massnahmen, um die Beschlagnahme von lebenswichtigen Medikamenten zu verhindern. Sie kritisieren, dass die massgeblichen Bestimmungen der EU-Zollverordnung 1383/2003³⁶ und deren Anwendung in der Praxis WTO-rechtswidrig seien.

Im Zentrum dieser Diskussion steht die Frage, inwieweit ein Transitland immaterialgüterrechtlich geschützte Güter bei Verdacht auf eine Schutzrechtsverletzung gestützt auf Zollrecht zurückbehalten kann, selbst wenn im Bestimmungsland kein immaterialgüterrechtlicher Schutz besteht. Teilproblem ist die Abgrenzung zwischen dem Handel mit legitimen Generika auf der einen Seite und illegalen bzw. oft gesundheitsschädlichen Fälschungen von Medikamenten auf der andern. Hinzu kommt, dass das Immaterialgüterrecht vom Territorialitätsprinzip bestimmt wird und eine direkte oder indirekte exterritoriale Anwendung in der Regel ausgeschlossen ist³⁷.

Die bilateralen Gespräche zwischen der EU und Indien führten zu keiner gütlichen Einigung, worauf Indien zusammen mit Brasilien am 12. Mai 2010 bei der WTO in Genf Konsultationen verlangte und damit gegen die Niederlande und die EU die erste Phase des formellen WTO-Streitbeilegungsverfahrens einleitete.

Bereits früh im Jahr 2009 hatte Indien die Auseinandersetzung zudem zum Anlass genommen, im TRIPS-Rat die Diskussion um die Wirksamkeit von Paragraph 6 der Doha-Ministererklärung über «TRIPS und öffentliche Gesundheit» neu zu lancieren (vgl. vorne II.2. und Fn. 14); unterdessen wird Indien von einer Vielzahl von Entwicklungsländern und deren Gruppierungen im TRIPS-Rat unterstützt. Die zum Paragraph 6 neu eröffnete Diskussion ist ein weiteres Beispiel für proaktives Vorgehen von Entwicklungsländern, das den entwickelten Ländern die Neubeurteilung eines im 2003 festgelegten Instruments diktiert, welches das Ergebnis langer und zäher Verhandlungen zwischen den Industrie- und Entwicklungsländern im TRIPS-Rat war.

4. Urheberrecht: Aktionsplan der EU angesichts globaler Herausforderung

In der WIPO befasst sich das Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR) mit der Weiterentwicklung des Urheberrechts. Diskussionsthemen sind derzeit mögliche Schrankenregelungen für Bildung, Bibliotheken, Sehbehinderte und Blinde, der Schutz von Rundfunkunternehmen und Kabelsendern sowie der Schutz der Rechte von Darstellern an audiovisuellen Aufnahmen³⁸. Ähnlich wie im Standing Committee on Patents (SCP) bewegt sich aber auch im SCCR wenig. Darüber sollen auch kleine Erfolge wie die jüngste weitgehende Einigung zu einem Abkommensentwurf zum Schutz audiovisueller Darbietungen nicht hinwegtäuschen, der an der WIPO-Generalversammlung im September 2010 weiter diskutiert werden sollte. Zur Hauptfrage, wie das «hergebrachte» Urheberrecht im digitalen Zeitalter noch durchgesetzt werden kann, gibt es bis jetzt kaum substanzielle Diskussionen und schon gar keine Lösung. Einige der Herausforderungen, welchen sich das Urheberrecht zu stellen hat, können illustriert werden an a) der aktuellen Entwicklung in der EU und b) der Internetdienstleistung Google-Buchsuche.

³⁵ Losartan, ein Wirkstoff zur Behandlung von Hypertonie (Bluthochdruck). Seither haben weitere Beschlagnahmungen von Sendungen verschiedener Medikamente den Konflikt weiter geschürt.

³⁶ Verordnung (EG) Nr. 1383/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Vorgehen der Zollbehörden gegen Waren, die im Verdacht stehen, bestimmte Rechte geistigen Eigentums zu verletzen, und die Massnahmen gegenüber Waren, die erkanntermassen derartige Rechte verletzen.

³⁷ Vor diesem Hintergrund ist auch die Schweizer Regelung zu sehen, welche die Zulässigkeit einer Beschlagnahme vom Bestand eines Patentschutzes im Bestimmungsland abhängig macht; vgl. die Auslegeordnung dazu auf der Webseite des IGE: www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Juristische_Infos/d/j10030d.pdf.

³⁸ Darüber hinaus sollen auch Schranken für Archive, Soziales und Religiöses diskutiert werden.

Die EU-Kommission hat im Oktober 2009 mit ihrem Papier «Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future»³⁹ eine Grundsatzdiskussion zur Weiterentwicklung des europäischen Urheberrechts lanciert und zielt dabei in erster Linie auf die kreativen Inhalte von Büchern, Musik, Filmen und Videospielen. Mit Blick auf die wachsende Bedeutung von Internet und Digitalisierungstechnologien schlägt die Kommission in ihrem «Reflection Document» eine Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Urheberrechtsbestimmungen vor. Sie erkennt im immer leichteren Zugang zu schöpferischen Werken für Europa sowohl Chancen wie auch Herausforderungen. Als Hauptakteure identifiziert sie die Rechteinhaber, Verbraucher und kommerziellen Nutzer.

Mit Verweis auf die politischen Vorgaben der «European Digital Agenda», die dem europäischen Parlament im September 2009 unterbreitet wurde, setzt die Kommission ihr Ziel fest: Europa soll moderne, wettbewerbsfördernde und konsumentenfreundliche rechtliche Rahmenbedingungen für einen digitalen Binnenmarkt für kreative Online-Inhalte erhalten. Das Kommissionspapier und die breit gefächerten Stellungnahmen der Zivilgesellschaft können hier nicht im Detail dargestellt werden.

Nachfolgend werden anhand von Reaktionen ausgewählter Verbände in Deutschland, die im Bereich der Printmedien von der Digitalisierung besonders betroffen sind, einige wichtige umstrittene Punkte aufgegriffen.

Der Börsenverein des deutschen Buchhandels⁴⁰ spricht sich klar gegen die angedachte Harmonisierung aus, welche den Eigenarten und Qualitäten der verschiedenen Urheberrechtssysteme abträglich wäre und zu einer Absenkung des urheberrechtlichen Standards führen würde. Die Europäische Gemeinschaft habe wohl auch gar keine Regelungskompetenz in diesem Bereich, wird zu bedenken gegeben. Unter anderem kritisiert der Börsenverein fehlende Lösungsansätze für das Problem der Internet-Piraterie und erkennt darin Anzeichen, dass die Kommission den Kampf gegen die Piraterie schon aufgegeben hat. Die im Reflection Document zur Diskussion gestellte kollektive Lizenzierung und eine «Kultur-Flatrate» lehnt der Börsenverein ab. Er weist auf die systemischen Unterschiede zwischen dem angloamerikanischen und kontinentaleuropäischen System hin, im Besonderen auf die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Aspekte, und vertritt die Ansicht, dass der Bestand funktionierender europäischer Urheberrechtssysteme nicht von Marktentwicklungen in anderen Teilen der Welt abhängen dürfe.

In ihrer Stellungnahme kritisieren der Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger und der Verband Deutscher Zeitschriftenverleger⁴¹, dass das Kommissionspapier einen Schwerpunkt auf den Buchverlagssektor legt, der Sektor der Zeitungen und Zeitschriften und die gegenwärtigen Herausforderungen, denen sich dieser gegenüber sieht, dagegen kaum Beachtung findet.

Der deutsche Bibliotheksverband⁴² schliesslich erachtet eine Vereinheitlichung des europäischen Rechtsrahmens zur Überwindung der durch die Fragmentierung der 27 nationalen Urheberrechte bestehenden Hindernisse für dringend geboten, setzt sich zum Schutz von Wissenschaft und Literatur für zwingende Urheberrechtsschranken sowie Sonderregelungen ein und fordert weitere Ausnahmen zum Schutz des digitalen kulturellen Erbes (Langzeitarchivierung).

Diese Stellungnahmen zeigen drei unterschiedliche Positionen, welche die Kommission, unter zahlreichen Partikularinteressen, bei der weiteren Erarbeitung einer Strategie zur Harmonisierung der Urheberrechte ihrer Mitgliedstaaten erwägen muss. Dem Anliegen des Börsenvereins des deutschen Buchhandels, das kontinentaleuropäische System vom angloamerikanischen klar abgrenzen zu wollen, wird man mit Blick auf die globale Dimension der Digital Agenda wohl immer weniger Rechnung tragen können.

Ein wichtiger globaler Internetdienstleister, der unseren Alltag am Computer prägt und unsere Fähigkeiten zum Informationsmanagement optimiert, ist Google. Die kalifornische Aktiengesellschaft Google Inc. sieht ihre Mission darin, die auf der Welt vorhandenen Informationen zu organisieren und allgemein zugänglich und nutzbar zu machen⁴³. Google, das sich nach seinem kometenhaften

³⁹ A Reflection Document from DG INFSO and DG MARKT, 22. October 2009:

ec.europa.eu/avpolicy/docs/other_actions/col_2009/reflection_paper.pdf. Die Pressemeldung auf Deutsch: europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1563&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en.

⁴⁰ ec.europa.eu/avpolicy/docs/other_actions/col_2009/assoc/boev1_de.pdf.

⁴¹ ec.europa.eu/avpolicy/docs/other_actions/col_2009/assoc/bdzbv_vdz_de.pdf.

⁴² www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user_upload/DBV/positionen/2009-12-15_Creative_Content.pdf.

⁴³ www.google.ch/intl/de/corporate/facts.html.

Aufstieg mit Börsengang nun als eines der weltweit wertvollsten Unternehmen platziert hat und mit seiner Marke anderen grossen wie Coca Cola und Microsoft den Rang ablauft, machte in den letzten Jahren auch mit seiner Buchsuche von sich reden. Das 2004 lancierte Projekt «Google Book Search» will den Inhalt von Büchern durch Digitalisierung über eine Volltextsuche online zugänglich machen.

Das Projekt kommt bei der Umsetzung mit dem Urheberrecht und dem Wettbewerbsrecht in Konflikt. Bereits im September 2005 wurde Google von der amerikanischen Authors Guild und der Verlegervereinigung unter dem Vorwurf schwerwiegender Urheberrechtsverletzungen eingeklagt, worauf im Oktober 2008 ein aussergerichtlicher Vergleich abgeschlossen wurde, der u.a. eine von Google zu bezahlende Abgeltung von USD 125 Mio. für die Errichtung einer nicht gewinnorientierten Verwaltung von Rechten an Büchern vorsah.

Der Vergleich wurde in der Folge von verschiedenen Vertretern öffentlicher und privater Interessen kritisiert, u.a. von der Europäischen Kommission oder der Vereinigung chinesischer Autoren. In angepasster, eingeschränkter Form wurde er sodann einem amerikanischen Distriktsgericht zur Genehmigung unterbreitet⁴⁴.

Unlängst hat das US-Justizministerium dahingehend Stellung genommen, dass der Vergleich trotz Verbesserungen in der letzten Version immer noch substanzielle Mängel aufweise, da er zwingende Rechte der Urheber einschränke und sich wettbewerbsschädigend auswirken könnte. Zutreffend stellt das Justizministerium schliesslich fest, dass der Vergleich kein Ergebnis des spielenden Marktes sei, sondern die Folge von Googles Vorgehen, Millionen von Büchern ohne Zustimmung der Urheberrechtsinhaber zu scannen. Ein umfassender Überblick zum Vergleich mit einer Analyse und Einschätzung zur Anwendbarkeit des schweizerischen IPRG, URG und Kartellgesetzes sowie einer Empfehlung zum weiteren Vorgehen für nicht US-amerikanische Rechteinhaber findet sich bei DIRK SPACEK⁴⁵.

Googles Vorgehen im Zusammenhang mit seinem Buchsuche-Projekt hat rund um den Globus hohe Wellen geworfen und ist ein neuartiges Beispiel für unbekümmerten Umgang mit urheberrechtlich geschütztem Material durch einen Weltkonzern. Bisher kannte man die Problematik der rechtswidrigen Verwendung geschützter Werke vor allem vom Verhalten des privaten Konsumenten, der über Online-Börsen Musik- und Filmmaterial tauschte.

Das Unternehmen Google, das in manchen Märkten unter Umständen als marktbeherrschend einzustufen ist, hat nun das Kapitel der «Online-Literatur» und damit ein neues Kapitel zum freien Zugang zu Information geöffnet. Google beabsichtigt, die Buchsuche gewerbsmässig zu betreiben und erhofft sich zu Recht, ein neues Feld des weltweiten entgeltlichen Literaturvertriebs online erschliessen und aufgrund seiner Position wohl auch beherrschen zu können. Der Druck, im internationalen Urheberrecht einheitliche Lösungsansätze zu finden, die den Anforderungen des digitalen Zeitalters gerecht werden, nimmt mit fortschreitender Umsetzung dieses weitreichenden Projekts weiter zu.

All diese Praxisbeispiele und die zugrunde liegenden Interessengegensätze zeigen die Komplexität der Aufgabe, der sich das Immaterialgüterrecht stellen muss. In Anbetracht der ungünstigen Voraussetzungen für multilaterale Konsensfindung suchen die Staaten heute immer öfter nach Alternativen, um ihre Ziele, etwa die Steigerung des Aussenhandels, trotzdem erreichen zu können.

V. Vom multilateralen zum bilateralen und plurilateralen Forum

Die teils verfahrenere Situation in den für die Fortbildung des internationalen Immaterialgüterrechts zuständigen multilateralen Organisationen sorgt bei etlichen Mitgliedern für Ernüchterung. Die Ernüchterung geht einher mit Unzufriedenheit über die zunehmend komplexen WTO-Verhandlungen im Rahmen der Doha-Runde, welche bis jetzt zu keinem Abschluss geführt werden konnten. Seit einigen Jahren zeichnet sich in zahlreichen Mitgliedstaaten ein Strategiewechsel ab zugunsten einer wirtschaftspolitischen Neuausrichtung auf bilaterale und plurilaterale⁴⁶ Abkommen. Viele Staaten

⁴⁴ Eine Kurzdarstellung u.a. zum zeitlichen Ablauf findet sich bei: E. MCDERMOTT, DOJ says Google Book Search still anticompetitive, *Managing Intellectual Property*, March 2010, 14.

⁴⁵ D. SPACEK, *Das Google Book Settlement*, sic! 2010, 196 ff.

⁴⁶ Plurilaterale Abkommen sind völkerrechtliche Verträge, die zwischen Handelspartnern einer kleineren Gruppe abgeschlossen werden. Dazu gehören auch gewisse Abkommen unter dem Dach der WTO, die nicht zwingend von allen WTO-Mitgliedstaaten unterzeichnet werden müssen.

bemühen sich in zunehmendem Masse um den Abschluss bilateraler Abkommen mit allen wirtschaftlich bedeutenden bzw. bevorzugten Handelspartnern⁴⁷. Die Schweiz hat ihre diesbezüglichen Anstrengungen in den letzten Jahren ebenfalls verstärkt und verfügt derzeit über 22 Freihandelsabkommen mit verschiedenen Handelspartnern⁴⁸, welche vorwiegend im Rahmen der EFTA ausgehandelt werden.

Da Verhandlungen für ein Freihandelsabkommen regelmässig zwischen Staaten geführt werden, die bereits Mitglieder der Welthandelsorganisation sind oder vor der Aufnahme in die WTO stehen, ist das TRIPS-Abkommen Massstab für die in Freihandelsabkommen ausgehandelten Bestimmungen zum geistigen Eigentum. Während für diese Staaten mithin grundsätzlich TRIPS-Niveau gilt⁴⁹, streben insbesondere die entwickelten Länder in manchen Bereichen ein Schutzniveau an, das gegenüber dem TRIPS-Abkommen einen Mehrwert⁵⁰ oder eine Konkretisierung darstellt, um damit dem durch das Abkommen erleichterten und intensivierten Handel zwischen den beiden Ländern Rechnung zu tragen.

Beispiele für einen solchen Mehrwert oder eine Konkretisierung sind die Vereinbarung eines ergänzenden Schutzzertifikats für pharmazeutische Produkte⁵¹, die Verlängerung des Designschutzes von minimal zehn Jahren (gemäss TRIPS) auf bis zu 25 Jahre oder die Verstärkung und Klarstellung von Bestimmungen zum Testdatenschutz und zur Durchsetzung von geistigen Eigentumsrechten (Enforcement)⁵².

Neben den bilateralen Ansatz tritt der plurilaterale. Aktuelles Beispiel für eine plurilaterale Verhandlung ist das Anti-Counterfeiting and Trade Agreement (Abkommen gegen Fälschung und Piraterie; ACTA⁵³), welches derzeit in einem Kreis von elf gleichgesinnten Ländern verhandelt wird. Die Wahl dieses Forums dürfte nicht zuletzt eine Folge der blockierten Gespräche zum Thema Fälschung, Piraterie und Enforcement in den multilateralen Foren der WIPO und WTO sein.

VI. Rückblick und Ausblick

Das geistige Eigentum hat ein turbulentes Jahrzehnt hinter sich und wurde international wohl nie so kontrovers diskutiert wie seit den späten Neunzigerjahren. Vorher war IP ein Nebenschauplatz der Diskussion zwischen Globalisierungsgegnern und NGOs auf der einen Seite und Vertretern von Regierung und Privatwirtschaft auf der anderen.

Im Zuge der Uruguay-Runde und mit Inkorporation der WTO und Inkrafttreten des TRIPS-Abkommens 1995 wurde die Auseinandersetzung zum geistigen Eigentum hitziger. Dies lässt sich nicht nur anhand von Resultaten in den internationalen Organisationen aufzeigen, sondern auch aufgrund einer spezifischen Analyse von Literatur, welche sich mit rechtspolitischen Aspekten des Patent- und Urheberrechts auseinandersetzt.

Nachfolgend wird das Ergebnis einer solchen Analyse kurz erörtert und dann gefragt, wohin der IP-Diskurs und die Zukunft des geistigen Eigentums gehen könnten.

1. Geistiges Eigentum – Shift of Perception

ROYA GHAFELE zeigt in ihrem Papier «Perceptions of Intellectual Property: a review»⁵⁴ anhand einer Analyse der von IP-Gegnern und Befürwortern verwendeten Sprache eine Polarisierung auf im

⁴⁷ Einen inoffiziellen und nicht abschliessenden Überblick zu den derzeit verhandelten Freihandelsabkommen gibt www.bilaterals.org.

⁴⁸ Übersicht auf der Homepage des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO): www.seco.admin.ch/themen/00513/00515/01330/index.html?lang=de.

⁴⁹ Vorbehältlich der Übergangsfristen für die am wenigsten entwickelten Länder, Art. 66.1 TRIPS-Abkommen.

⁵⁰ Dieser Mehrwert wird gelegentlich als «TRIPS plus» bezeichnet.

⁵¹ Das ergänzende Schutzzertifikat verlängert den Patentschutz für Heilmittel um maximal fünf Jahre und dient der Kompensation von Verzögerungen bei der Produktvermarktung, die durch das Marktzulassungsverfahren bedingt sind. Im Marktzulassungsverfahren, das in der Schweiz von der Swissmedic durchgeführt wird, prüft die staatliche Zulassungsbehörde, ob ein Heilmittel qualitativ einwandfrei, wirksam und sicher ist.

⁵² Vgl. dazu die Übersicht bei I. MEITINGER, Der Schutz des geistigen Eigentums in Freihandelsabkommen der EFTA mit Drittstaaten, sic! 2004, 192 ff.

⁵³ Mehr Informationen zu ACTA auf der Webseite des IGE: www.ige.ch/de/juristische-infos/news/news-ansicht/news/abkommen-gegen-faelschung-und-piraterie-acta-veroeffentlichung-eines-factsheets/161.html.

⁵⁴ R. GHAFELE, Perceptions of Intellectual Property: a review, 2008, Intellectual Property Institute, London. www.ip-institute.org.uk/pdfs/Perceptions%20of%20IP.pdf.

Diskurs zu Sinn, Zweck und Ausgestaltung des geistigen Eigentums. Sie kommt sogar zum überraschenden Schluss, dass keiner der Akteure in den untersuchten Texten und Materialien eine Position eingenommen hätte, welche die tatsächlichen Chancen und Möglichkeiten des IP-Systems oder Gefahren für vom globalen Wirtschaftssystem Benachteiligte wiedergeben würde. Besonders bemerkenswert ist auch die Darstellung der von vielen Diskutanten verwendeten kombattanten Sprache⁵⁵ oder die aufgezeigte Tatsache, dass IP in der Zivilgesellschaft oft missverständlich wahrgenommen wird bzw. für viele eine grosse Unbekannte ist⁵⁶.

Die für diese Untersuchung gesichteten Materialien stammen mehrheitlich aus den Jahren 2000 bis 2007, sowie einige aus den 1990er-Jahren. Es stellt sich die Frage, wie sich die Diskussionen zu IP allgemein und insbesondere zu den (pharmazeutischen) Patenten und zum Urheberrecht seit dem Jahr 2007 entwickelt haben und weiter entwickeln werden, sind Sprache und Ton eines Diskurses doch Gradmesser für dessen Sachlichkeit und Qualität.

Ohne diese Frage näher untersucht zu haben, darf man aufgrund der laufenden Dialoge und Auseinandersetzungen, die unter anderem in internationalen Organisationen und Foren in Genf, vor Gerichten in Entwicklungs- und entwickelten Ländern sowie in IP-Blogs und Newsletters geführt werden, vorsichtig optimistisch sein. Selbst wenn nun aber die Diskussionen um das geistige Eigentum wieder mehr auf die sachliche Ebene gehoben werden sollten, dürfte die geäußerte Kritik an zahlreichen Regelungstatbeständen des Immaterialgüterrechts nicht verstummen. Sachliche Kritik sollte denn auch zum Anlass genommen werden, die Parameter des geistigen Eigentumsschutzes wo nötig zu überdenken und für drängende Fragen neue Lösungen zu finden. Ausgangspunkt dafür kann das aus dem schweizerischen Recht abgeleitete Verständnis von Immaterialgüterrecht sein (nachfolgend Ziff. 2). Daran schliessen mögliche Folgerungen für das Patent- und Urheberrecht an.

2. Verständnis von geistigem Eigentum in der Schweiz

Das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE), die in der Schweiz für Immaterialgüterrecht zuständige Fachbehörde, sieht seinen gesetzlichen Auftrag darin, die Rahmenbedingungen für einen angemessenen und wirkungsvollen Schutz des geistigen Eigentums zur Verfügung zu stellen. Auf seiner Website umschreibt das IGE den Kerngehalt des geistigen Eigentums und unterstreicht auch den institutionellen Auftrag zu einem berechenbaren und einfach zu nutzenden, den Interessen der schweizerischen Volkswirtschaft dienenden Schutzrechtssystem; die Ausgestaltung des nationalen Immaterialgüterrechtssystems soll Anreize für die Schaffung und optimale Nutzung von immateriellen Wirtschafts- und Kulturgütern schaffen⁵⁷.

Während das geistige Eigentum im internationalen Umfeld für einige abstraktes Feindbild ist – ein Sinnbild für postkoloniale Bestrebungen westlicher Staaten im Zuge der Globalisierung und eine Bedrohung der öffentlichen Gesundheit namentlich in Entwicklungsländern, wie GHAFELE darlegt⁵⁸ – gibt das Thema Immaterialgüterrecht in der nationalen Politik weniger Anlass zu Diskussionen. Die letzte grössere Debatte wurde in der Schweiz im Zusammenhang mit der Erschöpfungsfrage zu Parallelimporten geführt. Selbst wenn dieses Geschäft im Parlament und in der Öffentlichkeit kontrovers diskutiert wurde, blieben die Diskussionen und der Umgangston doch meist sachlich. Eine nächste grössere Debatte ist eben im Bereich der geografischen Herkunftsangaben angelaufen: Zur Swissness-Vorlage, welche den Wert der «Marke Schweiz» erhalten und diese daher besser schützen soll. Die Vorlage wird derzeit in der Rechtskommission des Nationalrats behandelt⁵⁹.

Im europäischen Rechtsraum beherrschen im Übrigen auf der Ebene der EU und der Europäischen Patentorganisation (EPO)⁶⁰ folgende Projekte die politische Bühne: die Überarbeitung des europäischen Patentsystems⁶¹, worauf hier nicht näher eingegangen wird, die Digitale Agenda für Europa⁶²

⁵⁵ Beispiele sind «defend», «war», «fight», «defeat», «win», «lose»; «patents kill», «Global War for Public Health»; GHAFELE (Fn. 54), 8, 15, 21 f., 31.

⁵⁶ GHAFELE (Fn. 54), 30.

⁵⁷ www.ige.ch/institut/institut.html.

⁵⁸ GHAFELE (Fn. 54), 31.

⁵⁹ Weitere Informationen zur Vorlage auf der IGE-Webseite unter: www.ige.ch/juristische-infos/rechtsgebiete/swissness.html.

⁶⁰ Mitglieder der EPO sind neben der Schweiz alle 27 EU-Staaten sowie Liechtenstein, Monaco, Zypern, Türkei, Island, Norwegen, Kroatien, Mazedonien, San Marino und seit dem 1. Mai 2010 Albanien.

⁶¹ Umfassend das Gemeinschaftspatent, das vorerst nur in der EU eingeführt werden soll, und die europäische Patentgerichtsbarkeit, welche über die EU hinaus alle Mitgliedstaaten der Europäischen Patentorganisation umfassen soll.

⁶² Datiert vom 19. Mai 2010: ec.europa.eu/information_society/digital-agenda/documents/digital-agenda-communication-de.pdf.

und die von der Kommission vorgeschlagene Verlängerung der Schutzdauer im Urheberrecht, welche bereits Gegenstand heftiger Kritik war und weiterhin auf grossen Widerstand stossen dürfte.

3. Wie weiter im internationalen Patentrecht ...

Wie kann die Patt-Situation zwischen entwickelten Ländern und Entwicklungsländern in der WIPO und WTO überwunden werden? Es gibt Anzeichen dafür, dass Gatekeeper wie etwa Brasilien in massgebenden Gremien künftig vermehrt eine konstruktive Haltung einnehmen werden, was in der Vergangenheit nicht immer der Fall war. Brasilien hat zuhanden des WIPO Standing Committee on the Law of Patents (SPC) Anfang 2010 eine Eingabe verfasst, welche die Erarbeitung und Umsetzung eines Ausnahmekatalogs im Patentrecht unterstützen soll⁶³.

Die politische Grundhaltung Brasiliens hat sich zwar nicht geändert. Das Schwellenland bezeichnet die momentane Situation im geistigen Eigentum als moralisches Patt. Nur die entwickelten Länder würden vom IP-System profitieren, nicht aber die Entwicklungsländer. Brasilien unterstreicht, dass Kreativität und innovative Wirtschaft nicht allein von einem immer stärker ausgebauten IP-Schutz abhängen würden. Im Kern schlägt Brasilien einen 3-stufigen Test vor, der die Erarbeitung von akzeptablen Grenzen und Ausnahmen im Patentrecht ermöglichen soll, und der in Art. 30 TRIPS bereits eine Rechtsgrundlage habe. Das Dokument ist im Gegensatz zu früheren Demarchen Brasiliens moderater formuliert und scheint auf Konsens ausgelegt zu sein. Dieser Ansatz ist für Brasilien neu, das früher in der Regel darauf abzielte, die multilateralen Gremien der WIPO zu blockieren.

Die «Gruppe B» der entwickelten Länder hatte bereits im August 2009 einen Vorschlag⁶⁴ unterbreitet, wonach die Entwicklungsarbeit zwar integraler Bestandteil der Arbeiten in der WIPO sein soll, aber darauf zu achten sei, dass die verschiedenen Gremien der WIPO gleichberechtigt sein müssen. Auch sollte klargestellt werden, dass das Traktandum der Development Agenda nicht systematisch und zwingend auf jeder Tagesordnung eines jeden Gremiums stehen muss, sondern nur da, wo pragmatisch und sinnvoll. Der Vorschlag wurde im Committee on Development and Intellectual Property (CDIP) vom April 2010 von allen WIPO-Mitgliedern akzeptiert.

Diese beiden Eingaben aus entgegengesetzten Lagern geben Ausgangspositionen für die weiteren Diskussionen wieder. Sollten die neu angesprochenen versöhnlicheren Töne Brasiliens Teil einer längerfristig angelegten konstruktiven Politik sein, darf man in der WIPO verhalten auf etwas Tauwetter hoffen. Die Schweiz kann hier unterstützend wirken und dabei ihre traditionelle Funktion des Mediators wahrnehmen. Als Sitzstaat von WIPO und WTO hat sie zudem ein besonderes Interesse an einem nachhaltigen Patentregime und der Fortführung des Diskurses zur Weiterentwicklung des Rechts in den internationalen Organisationen.

Pharmazeutische Produkte machten im Jahr 2008 rund ein Viertel des gesamten Exportvolumens der Schweiz aus, wobei sich der Exportüberschuss für pharmazeutische Produkte im Jahr 2008 auf CHF 31,6 Milliarden belief⁶⁵. Die Schweiz belegt diesbezüglich und als Forschungsstandort international einen Spitzenplatz. Das Thema «Zugang zu Medikamenten» und Patente ist für sie auf dem internationalen wirtschaftspolitischen Parkett selbstredend ein Dauerbrenner. Dies ist mit ein Grund, weshalb seit längerem eine Expertengruppe des Bundes mit dem Komplex «Gesundheit und Geistiges Eigentum» befasst ist⁶⁶.

Wie die betroffenen Behörden muss sich auch die forschende Pharmaindustrie eingehend mit dem Problem der mangelhaften medizinischen Grundversorgung der Bevölkerung in Entwicklungsländern auseinandersetzen; dies, obschon sie sich in ihre oft undankbare Rolle des Prügelknaben gefunden hat und es primär an der Regierung jedes Entwicklungslandes ist, mit eigenen, völkerrechtskonformen gesundheitspolitischen Instrumenten Abhilfe zu schaffen⁶⁷. Neben der aktiven Exploration des Themas und neuen Lösungsansätzen sollte die Pharmaindustrie schliesslich ihre Massnahmen wie die

⁶³ Eingabe SCP/14/7 vom 20. Januar 2010; www.wipo.int/edocs/mdocs/patent_policy/en/scp_14/scp_14_7.pdf; dazu K. MARA, WIPO Patent Committee Prepares To Discuss Future Work Programme, Intellectual Property Watch, 27. Januar 2010.

⁶⁴ Eingabe CDIP/4/10 vom 18. August 2009; www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_4/cdip_4_10.doc.

⁶⁵ Quelle: Pharma-Markt Schweiz 2009, Interpharma Basel 2009, 37 f., verfügbar unter: www.interpharma.ch/de/fakten-und-statistiken/Pharma-Markt-Schweiz.asp; Interpharma ist der Verband der forschenden pharmazeutischen Firmen der Schweiz.

⁶⁶ www.ige.ch/med/d/01.shtm.

⁶⁷ Die WHO unterstützt die Entwicklungsländer dabei; s. auch die entsprechenden Richtlinien «Measuring medicine prices, availability, affordability and price components», 2nd edition, 2008.

vergünstigte oder Gratisabgabe von Medikamenten, mögliches Differential Pricing, etc. weltweit gezielt kommunizieren.

Die offizielle Schweiz wiederum wird sich in den relevanten Gremien und z.B. in den Bereichen technische Kooperation (Art. 67 TRIPS) und Anreizsetzung zum Technologietransfer in die am wenigsten entwickelten Länder (Art. 66.2 TRIPS) weiter engagiert einsetzen müssen. Zu den relevanten Gremien gehören auch die Konferenzen und Treffen der Organe der Convention on Biological Diversity (CBD; Biodiversitäts-Konvention), welche u.a. einen gerechten Ausgleich der Vorteile aus der Nutzung von genetischen Ressourcen⁶⁸ zum Ziel hat. Dieses Anliegen der CBD im Schnittbereich von Biodiversität und geistigem Eigentum berührt auch das Patentrecht und ist deshalb in der WIPO⁶⁹ und der WTO⁷⁰ ebenfalls ein Thema.

In der EU hat die Sektoruntersuchung zu Arzneimitteln⁷¹ gezeigt, dass neben der Einführung des EU-Patents (vormals Gemeinschaftspatent genannt) auf Stufe EU auch auf Stufe Mitgliedstaat Handlungsbedarf besteht, namentlich, was langwierige Zulassungsverfahren für Generika betrifft. Ein Vorwurf des von der Kommission schliesslich im Juli 2009 verabschiedeten Berichts ging mit den forschenden Pharmaunternehmen hart ins Gericht und bezichtigte diese des Missbrauchs des Patentsystems. Diese von der Pharmaindustrie darauf als haltlos heftig kritisierten Vorwürfe wurden in der Schlussversion des Berichts jedoch fallen gelassen.

Dessen ungeachtet sollten die Empfehlungen der Kommission für eine Systemverbesserung und Massnahmen zur Optimierung des volkswirtschaftlichen Nutzens insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt eines gut funktionierenden, nachhaltigen Wettbewerbs ernsthaft geprüft werden. Eine von NIKOLAUS THUMM verfasste und 2003 vom IGE herausgegebene Untersuchung⁷² im Bereich der Biotechnologie stellte keinen systematischen Missbrauch fest. Die auf die Schweiz beschränkte Untersuchung gibt aber Antworten von Unternehmen und Forschungseinrichtungen auf eine Umfrage wieder, die darauf hinweisen, dass es bei Patenten für genetische Testverfahren zu überstarken Marktpositionen kommen kann. Zur Abhilfe schlugen Umfrageteilnehmer u.a. ein klinisches Nutzungsprivileg und die Erteilung nicht exklusiver Lizenzen für patentierte genetische Testverfahren vor⁷³.

4. ... und im Urheberrecht?

Das digitale Zeitalter und die Tatsache, dass Kopien eines Originals heute oft mit einfachsten Mitteln und ohne finanziellen Aufwand erstellt werden können, sind für das Urheberrecht eine echte Herausforderung. Mit den geänderten Umständen hat sich in der Zivilbevölkerung weitum die Auffassung etabliert, dass Informationen und andere Online-Inhalte grundsätzlich frei und kostenlos verfügbar sein sollten.

Zentrale praktische Bedeutung haben dabei Musik und Film, die, vertrieben über das Internet, faktisch immer mehr zum Gemeingut werden, selbst wenn sie nach lokalem Urheberrecht eigentlich geschützt wären. Eine separate Kategorie bilden wohl die Printmedien, die bisher von den Folgen der Digitalisierung noch etwas weniger betroffen waren, sich nun aber ebenfalls in einem Umbruch befinden. Selbst unter konsequentem Einsatz juristischer Mittel zur Durchsetzung von Schutzrechten kann die jüngere Generation von ihrem Tun rund um Verwendung dieser Inhalte nur schwer abgehalten werden.

Man muss sich deshalb die Frage stellen, inwieweit das Urheberrecht in der heutigen Form noch seine Legitimität hat. Am 2. März 2010 führte das IGE in Bern eine Fachtagung zum Thema «Zukunft des Urheberrechts – Interessenausgleich oder Paradigmenwechsel?» durch. Das Publikum war bunt gemischt und die Veranstaltung widerspiegelte die Aufbruchstimmung, welche in den betroffenen Kreisen herrscht. Die aktuellen Probleme im Urheberrecht wurden von zahlreichen Experten breit diskutiert. Griffige Antworten auf die drängende Frage, wie es mit dem Urheberrecht genau weiterge-

⁶⁸ Zu den laufenden CBD-Verhandlungen für ein internationales Regime zu Access and Benefit-Sharing (ABS): www.cbd.int/abs/ir.

⁶⁹ Zu den Arbeiten des betreffenden WIPO Intergovernmental Committee: www.wipo.int/tk/en/genetic.

⁷⁰ Die Grundlage dazu ist in Art. 27.3b TRIPS; www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art27_3b_e.htm.

⁷¹ Abrufbar unter: ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html. Eine Einschätzung der Sektoruntersuchung aus Schweizer Sicht gibt M. SCHWEIZER, EU-Sektoruntersuchung Arzneimittel: Tant de bruit pour une omelette?, sic! 2009, 825 ff.

⁷² N. THUMM, Research and Patenting in Biotechnology, A Survey in Switzerland, 2003, Swiss Federal Institute of Intellectual Property, Berne; www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Juristische_Infos/e/j10005e.pdf.

⁷³ THUMM (Fn. 72), 59 f.

hen sollte, blieben aber aus. Weitgehende Einigkeit herrschte aber offenbar darüber, dass das Urheberrecht in seiner heutigen Form nicht mehr konsequent durchgesetzt werden kann⁷⁴.

Die vom Strukturwandel betroffenen Wirtschaftszweige passen sich den veränderten Gegebenheiten an, selbst wenn das Urheberrecht nicht reformiert wird. In der Musikindustrie dürfte das Geschäftsmodell CD-Verkauf, heute gerade in Europa noch immer ein Hauptstandbein, mehr und mehr von anderen Modellen abgelöst werden (Einnahmen aus Konzerten, Künstlermanagement, Pauschalvergütungen und Abo-Modelle⁷⁵). Auch die Buch-, Zeitungs- und Zeitschriftenverlage sind dabei, nach neuen Einnahmequellen zu suchen und diese zu erschliessen. Technische Entwicklungen wie der iPad dürften die Branche in ihrem Bemühen massgeblich unterstützen⁷⁶.

Es ist fraglich, ob eine drastische Verschärfung des Urheberrechtsschutzes⁷⁷, wie sie v.a. von der Unterhaltungsindustrie gefordert und von Gesetzgeber und Parlament in einigen Ländern auch umgesetzt wird, zur Lösung der drängenden Fragen taugt⁷⁸. Anstelle des ursprünglichen Vorschlags der EU-Kommission für eine Verlängerung der Urheberrechtsschutzdauer für Aufzeichnungen von Darbietungen und für Tonträger von 50 auf 95 Jahre⁷⁹ müsste wohl eher auch eine Kürzung der geltenden Schutzdauer im Urheberrecht diskutiert werden⁸⁰; dabei könnte eine unterschiedliche Dauer für die Verwendungs- und die Persönlichkeitsrechte erwogen werden. Eine für die Kürzung der Schutzdauer notwendige Änderung der Berner Übereinkunft liesse sich in der WIPO freilich nur schwer durchsetzen.

Alternativ zu einer u.a. von Frankreich verfolgten Verschärfung geltender Urheberrechtsregeln werden auch Flatrate-Modelle diskutiert. Dieser Ansatz wirft ebenfalls etliche Fragen auf, wobei die grosse Herausforderung darin bestehen wird, die Einnahmen über Verwertungsgesellschaften gerecht an die Rechteinhaber zu verteilen. Angesichts der internationalen Dimension dieses «Geschäftsmodells» und ungelöster Fragen des internationalen Zusammenspiels der Verwertungsgesellschaften ist auch hier für Diskussionsstoff gesorgt.

Gewiss sind auch die Konzepte für eine Verstärkung des Urheberrechtsschutzes in Betracht zu ziehen, zu der die vorgeschlagene Einführung einer längeren Schutzdauer gehört. Einige vertreten, dass ein System der «graduated response»⁸¹ das geeignete Mittel ist, illegales File Sharing in Peer-to-Peer-Netzwerken einzudämmen. In eine andere Richtung stösst die Forderung von Verlegern, an den Werbeeinnahmen der Suchmaschinen beteiligt zu werden, da die Verlinkung von Suchanfragen auf konkrete Angebote als erweitertes Leistungsschutzrecht zu verstehen sei.

Das Urheberrecht wird sich deshalb in den kommenden Jahren noch mehr einer offenen Diskussion stellen müssen. Bei der weiteren Evaluierung von Lösungsansätzen wird man auch mehr oder weniger radikale Vorschläge, u.a. im Bereich Access to Knowledge, einbeziehen müssen, selbst wenn diese am Schluss verworfen werden sollen⁸².

⁷⁴ Ein Erlebnisbericht vom 3. März 2010 von T. HARTWIG, Mitglied des Vereins Digitale Allmend, findet sich hier: www.creativecommons.ch/images/docs/Digitale_Allmend/10_03_zukunft_des_urheberrechts_ige_tagung.pdf.

⁷⁵ Musikmarkt 2009 erneut leicht geschrumpft, Heise online, 24. März 2010. www.heise.de/newsticker/meldung/Musikmarkt-2009-erneut-leicht-geschrumpft-962514.html.

⁷⁶ Vgl. dazu die Einschätzungen MATHIAS DÖPFNERS, CEO des deutschen Medienunternehmens Axel Springer AG; Springer-Chef: «Beten und Steve Jobs danken», heise online vom 8. April 2010. www.heise.de/newsticker/meldung/Springer-Chef-Beten-und-Steve-Jobs-danken-973673.html.

⁷⁷ Bzw. eine Verschärfung der Durchsetzung des Rechtsschutzes.

⁷⁸ Die Frage der Verstärkung des Urheberrechtsschutzes im Zeitalter des Internets ist natürlich nicht neu, wie das Beispiel eines Aufsatzes aus dem Jahr 2000 zeigt: PH. WITTGENSTEIN, über die negativen Auswirkungen einer Verstärkung des Urheberrechts auf die Entwicklung des Internet, UFITA, 2000/I, 39.

⁷⁹ ec.europa.eu/internal_market/copyright/term-protection/term-protection_en.htm. Das Europäische Parlament reduzierte die Schutzfristverlängerung in der Folge auf 70 Jahre; www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+IM-PRESS+20090422IPR54191+0+DOC+XML+V0//EN.

⁸⁰ Protecting Creativity: Copyright or wrong, Why the rules on copyright need to return to their roots, Economist, 8. April 2010, from the Economist Print Edition. www.economist.com/opinion/displaystory.cfm?story_id=15868004. In diesem Artikel rät der Economist, sich auf die viel kürzeren Schutzfristen im Urheberrecht zurückzubesinnen, die vor rund 300 Jahren in England galten.

⁸¹ B. SOAKMAN/D. GLOVER, Graduated response and copyright: an idea that is right for the times, 20. Januar 2010. www.barrysoakman.com/2010/01/20/graduated-response-and-copyright-an-idea-that-is-right-for-the-times. Eine bekannte Form der Graduated response ist die «Three Strikes and You're Out»-Regel.

⁸² Statt vieler ein Ansatz von N. WEINSTOCK NETANEL, Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing, Harvard Journal of Law & Technology, Volume 17, Number 1, Fall 2003, 83 f.: «... My proposal would deny copyright holders proprietary control over noncommercial file sharing and remixing, but it would entitle them to compensation for those uses. ... The Noncommercial Use Levy would be an important mechanism for ensuring that authors and copyright holders

Auch interdisziplinäre Aspekte müssen berücksichtigt werden. So sind manche vom Internet geschaffene neue Realitäten von erheblicher wettbewerbsrechtlicher Bedeutung, wie die Google-Buchsuche zeigt: In einem privatrechtlichen Vertrag und quasi-legiferierenden Akt derogierte ein womöglich marktbeherrschendes Unternehmen in teilweiser Verletzung zwingenden Rechts die Urheber- und Verwertungsrechte von unzähligen Rechteinhabern und das Unternehmen könnte sich zudem als eine neue Art «nicht staatlich kontrollierte Verwertungsgesellschaft» etablieren.

Wenn das Urheberrecht als historisch gewachsenes Institut aufgrund der faktischen Gegebenheiten und Interessen namentlich in der Unterhaltungsindustrie nicht angepasst werden kann, müssen die staatlichen Institutionen umso wachsammer sein und wenn nötig über andere Instrumente, z.B. über das Wettbewerbsrecht, lenkend eingreifen. Ansonsten werden sie vor ein *Fait accompli* gestellt, das im Ergebnis dem allgemeinen Rechtsempfinden zuwiderlaufen würde.

5. Schluss

Erfolgreiche Innovationspolitik ist für entwickelte Staaten und Wirtschaftsblöcke einer der wichtigsten Aspekte im Rahmen des globalen Wirtschafts- und Handelswettbewerbs. So räumt beispielsweise die EU-Kommission in ihrer unlängst veröffentlichten Wirtschaftsstrategie «Europa 2020»⁸³ dem Faktor Innovation einen besonders hohen Stellenwert ein. Als erste Leitinitiative zur Erreichung der für Mitgliedstaaten und Union gesetzten Wachstumsziele listet die Kommission eine Neuausrichtung der Forschungs- und Entwicklungspolitik sowie der Innovationspolitik auf⁸⁴. Auch – und insbesondere – für die Schweiz als rohstoffarmes Land ist es besonders wichtig, die zur Förderung der Innovation optimalen Rahmenbedingungen zu schaffen.

Die schweizerische Politik und die internationale Gemeinschaft werden sich deshalb noch verstärkt fragen müssen, was angemessener und wirkungsvoller Schutz des geistigen Eigentums ist, und wie er umzusetzen ist, damit hinreichend Anreize für die Schaffung und optimale Nutzung von immateriellen Wirtschafts- und Kulturgütern resultieren. Besonders die Frage nach der Angemessenheit, welche eine Balance zwischen dem Anreiz für weitere Innovationen und dem Effizienzverlust durch Gewährung eines temporären Monopols sucht, ist im Lauf der Zeit stets neu zu beurteilen.

Darauf müssen die einst festgelegten rechtlichen Rahmenbedingungen soweit erforderlich angepasst werden. Auf diese Weise kann auch verhindert werden, dass Institute wie das Patent- oder das Urheberrecht kontinuierlich, über Schutzeinschränkungen und faktisch gewährte Ausnahmen, systematisch ausgehöhlt werden. Die Tatsache, dass sowohl die Rechts- als auch die Wirtschaftswissenschaft keine exakten Wissenschaften sind und die wirtschaftliche Bedeutung des geistigen Eigentums in Modellen kaum quantifizierbar ist, macht diese Aufgabe zur besonderen Herausforderung.

Der Fokus auf das Immaterialgüterrecht als Rechtsgebiet, das im globalen digitalen, technischen und wirtschaftlichen Umfeld neue Lösungen zum nachhaltigen Nutzen der Volkswirtschaft bereithalten soll, ist in jedem Fall eine Chance, die genutzt werden muss. Es ist absehbar, dass die Forderung nach grundlegenden Änderungen im internationalen und nationalen Regelwerk des geistigen Eigentums nicht verstummen wird. Dies vor allem dann, wenn trotz erheblich veränderter Voraussetzungen für die Schaffung immaterieller Werte an massgeblichen Eckwerten wie der Schutzdauer festgehalten wird, die in einer vergangenen Epoche definiert wurden⁸⁵.

Die festgestellte blockierte Situation in der WIPO und im WTO/TRIPS-Rat ist wohl nicht allein ein Phänomen der internationalen Foren zum geistigen Eigentum. Der Multilateralismus allgemein steckt aufgrund veränderter Machtverhältnisse zwischen den Staaten und Wirtschaftsblöcken sowie immer grösser werdender Mitgliederzahlen in Schwierigkeiten.

continue to receive adequate remuneration for the creation of «sustained works of authorship» (Fussnotenverweis). No less importantly, it would accord noncommercial users an unhindered entitlement to copy, share, and modify the music, movies, stories, and art that populate our culture.» jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v17/17HarvJLTech001.pdf.

⁸³ Europa 2020 – Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum; 3. März 2010. ec.europa.eu/eu2020/pdf/COMPLETE%20%20DE%20SG-2010-80021-06-00-DE-TRA-00.pdf.

⁸⁴ Dabei soll die Kluft zwischen Wissenschaft und Markt überbrückt werden, damit Erfindungen zu Produkten werden können. Als wichtiges Projekt wird die Einführung des Gemeinschaftspatents erwähnt, das bei den Unternehmen jedes Jahr zu Einsparungen von EUR 289 Millionen führen soll.

europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/225&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en.

⁸⁵ Vgl. statt vieler K. TROLLER mit Ausführungen zur Schwierigkeit der Bestimmung der adäquaten Schutzfristen, Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts, Basel 2001, 36 ff.

Man sollte sich jedoch nicht dazu verleiten lassen, das internationale Immaterialgüterrecht als Opfer einer Krise des Multilateralismus zu sehen. Blockaden, etwa in den Gremien des TRIPS-Rats oder der WIPO, sollten wenn immer möglich durch Kooperation gelöst werden, indem neue Wege, Optionen und Antworten diskutiert werden. Diese müssen konsensorientiert den Interessen möglichst vieler Mitglieder Rechnung tragen. Die laufenden Diskussionen zur Verstärkung des Schutzes von geografischen Herkunftsangaben, welche sowohl auf internationaler (vgl. vorne II.2.) als auch nationaler Ebene (Swissness-Vorlage, vorne IV.2.) gutes Erfolgspotenzial haben, könnten ein Beispiel für diese Vorgehensweise sein.

Es ist zu wünschen, dass auch die Antworten auf die allgemeine, offene Frage, wie es mit dem geistigen Eigentum in die Zukunft gehen soll, von den internationalen Foren, der nationalen Politik und der Zivilgesellschaft im gemeinsamen Diskurs erarbeitet werden. Der Entwicklungfortgang in den Entwicklungsländern⁸⁶ dürfte dazu beitragen, dass die Differenzen mit den Industrieländern in Bezug auf die Frage, was angemessener Immaterialgüterrechtsschutz sein soll, kleiner werden.

Zusammenfassung

Rechts- und entwicklungspolitische Auseinandersetzungen zum geistigen Eigentum sind nicht neu. In den letzten zehn Jahren jedoch wurden sie in multilateralen Organisationen und teilweise auch in der Zivilgesellschaft kontroverser geführt als zuvor. Im Fokus dieser Diskussionen, welche in weiten Teilen die internationale Rechtsfortbildung blockieren, stehen in erster Linie das Patentrecht und immer mehr auch das Urheberrecht.

Die Pattsituation in Organisationen wie der WTO, WIPO und WHO, welche sich nicht nur im Bereich des geistigen Eigentums manifestiert, führte in den letzten Jahren dazu, dass sich die Industrieländer, darunter die Schweiz, vermehrt auf die bilateralen Beziehungen konzentrieren. Dies geschieht bilateral über Freihandels- und Kooperationsabkommen oder auch plurilateral über Verhandlungen mit einer überschaubaren Gruppe gleichgesinnter Staaten, wie dies etwa beim Anti-Counterfeiting and Piracy Trade Agreement (ACTA) der Fall ist. In den multilateralen Gremien der etablierten Organisationen nehmen die Industrieländer dagegen eine zunehmend passive bzw. auf den Erhalt des Status quo ausgerichtete Rolle ein.

Vor diesem Hintergrund illustriert der Artikel kontroverse Themen im Bereich des Patent- und Urheberrechts und fragt nach möglichen Wegen zur Fortentwicklung wichtiger Gebiete des Immaterialgüterrechts.

Das Patentrecht muss sich, neben allgemeinen ethischen Fragen zur Patentierung von biotechnologischen Erfindungen, der entwicklungspolitischen Kontroverse um den Zugang zu patentierten Medikamenten in Entwicklungsländern stellen. Das gravierende Problem mangelhafter medizinischer Versorgung in Entwicklungsländern wird regelmässig in Verbindung gebracht mit dem Monopolrecht des Patentinhabers.

Das Urheberrecht demgegenüber sieht sich mit Gegebenheiten konfrontiert, die weniger weit zurückgehen als die «Access to Medicine»-Debatte: Neue technische Mittel und die erleichterte Verfügbarkeit digitalisierter Informationen ändern das gemeine Verständnis von Legitimation zu urheberrechtsrelevanten Handlungen, namentlich in Bezug auf online verfügbare Musik und Filme.

Mit der rasanten technischen Entwicklung und intensivierten globalen Vernetzung hat die Bedeutung und die Kontroverse um die Legitimität von geistigem Eigentum zugenommen: Geistiges Eigentum einerseits als Massstab für fairen Handel mit immateriellen Wirtschaftswerten, andererseits als Rechtsbehelf zum Schutz dieser Wirtschaftswerte vor unrechtmässiger Kopie, Nachahmung, Fälschung und unredlicher Geschäftspraxis.

⁸⁶ Zum Wachstum der Pharmamärkte in den Schwellenländern China, Brasilien, Russland, Indien, Mexiko, Türkei und Südkorea, s. Pharmerging shake-up, New Imperatives in a Redefined World, IMS Health 2010; www.imshealth.com/deployedfiles/imshealth/Global/Content/StaticFile/Pharma_Shake_up/Imperatives_3_10.pdf.

Verschiedene Aspekte des Immaterialgüterrechtssystems, welche sich über lange Zeit bewährt haben, stehen heute vor einer besonderen Herausforderung. Ein verstärktes Engagement zu einem unvoreingenommenen, offenen und pragmatischen Diskurs seitens aller Beteiligten ist eine wichtige Voraussetzung dafür, dass die Diskussion in den nächsten Jahren im Vergleich zur unmittelbaren Vergangenheit wieder sachlicher geführt wird. Damit kann das Immaterialgüterrecht den optimalen Ausgleich unter den diversen Interessen finden und seinen wichtigen Auftrag weiterhin erfüllen.

Résumé

Les discussions relatives à la propriété intellectuelle, sur le plan juridique et en termes de politique du développement, ne sont pas nouvelles. Toutefois, durant ces dernières années, les débats menés au sein des organisations multilatérales et de la société civile sont animés comme jamais auparavant. Le droit des brevets et de plus en plus le droit d'auteur occupent le devant de la scène dans ces discussions, qui mettent un frein dans une large mesure au développement du droit international.

La situation de pat dans les organisations telles que l'OMC, l'OMPI et de l'OMS, et qui ne se manifeste pas seulement dans les domaines de la propriété intellectuelle, a conduit ces dernières années les pays industrialisés, dont la Suisse, à se concentrer de plus près sur les relations bilatérales. Cela se concrétise par des accords de libre-échange et de coopération bilatéraux ou, sur le plan multilatéral, par des négociations avec un groupe de pays partageant les mêmes vues, comme par exemple l'Anti-Counterfeiting and Piracy Trade Agreement (ACTA). En revanche, les pays industrialisés adoptent au sein des sphères dirigeantes des organisations internationales institutionnalisées un rôle de plus en plus passif, ou visant à maintenir le statu quo.

Sur cette toile de fond, cet article met en lumière les sujets controversés en matière de droit des brevets et de droit d'auteur et explore des pistes permettant le développement d'importants domaines du droit de la propriété intellectuelle.

Le droit des brevets doit, hormis les questions éthiques générales sur la brevetabilité des inventions biotechnologiques, se positionner par rapport à ce sujet de controverse qu'est l'accès des pays en voie de développement aux médicaments brevetés. Le problème de l'approvisionnement insuffisant en médicaments des pays en voie de développement est souvent évoqué en relation avec le droit de monopole du détenteur du brevet.

Le droit d'auteur est en revanche confronté à des problèmes qui vont moins loin que le débat sur l'accès à la médecine: de nouveaux moyens techniques et la mise à disposition facilitée d'informations numériques modifient la compréhension générale de la légitimation des actes relevant du droit d'auteur, en particulier en relation avec la musique et les films disponibles en ligne.

Le développement technique rapide et l'intensification des réseaux mondiaux ont accru l'importance de la propriété intellectuelle et les controverses relatives à sa légitimité. La propriété intellectuelle constitue d'une part un critère pour le commerce équitable de biens intellectuels et, d'autre part, un moyen de droit protégeant ces biens économiques contre les copies non autorisées, les imitations, les contrefaçons et les pratiques commerciales déloyales.

Divers aspects du système du droit de la propriété intellectuelle, qui avaient fait leurs preuves durant de nombreuses années, se trouvent désormais face à un défi de taille. L'engagement ferme de tous les pays concernés d'entamer une discussion sans parti pris, ouverte et pragmatique est une condition importante pour mener durant ces prochaines années un débat axé sur le fond, contrairement à ce qui s'est fait jusqu'à maintenant, et trouver un équilibre idéal entre des intérêts divers. Il s'agit de permettre ainsi au système du droit de la propriété intellectuelle de continuer à remplir sa mission importante.

* Fürsprecher, M.B.L., Mitarbeiter im Bereich Internationale Handelsbeziehungen des Eidg. Instituts für Geistiges Eigentum, Bern. In diesem Beitrag vertritt der Autor seine persönliche Meinung; diese steht nicht für das Institut für Geistiges Eigentum. Er möchte Herrn MATHIAS SCHÄLI für die Durchsicht dieses Artikels und all die wertvollen Hinweise danken, und seinen Kolleginnen und Kollegen für ihren geschätzten Input. Die Verweise auf Internetseiten wurden zuletzt am 24. Mai 2010 überprüft.