

Besprechung / Comptes rendus

Öffentliche Ordnung und gute Sitten als Schranken der Patentierbarkeit gentechnologischer Erfindungen

THIERRY CALAME

Eine Untersuchung des Europäischen Patentübereinkommens und des Schweizerischen Patentgesetzes unter Berücksichtigung des internationalen Rechtsumfelds

Helbing & Lichtenhahn, Basel et al. 2001, LV + 256 Seiten, CHF 72.–, ISBN 3-7190-1985-3

Die Patentierung von Erfindungen auf dem Gebiet der belebten Natur wird in der Öffentlichkeit kontrovers diskutiert. Kritiker lehnen die Patentierung biotechnologischer Erfindungen und insbesondere die Patentierung von DNA-Sequenzen als Instrumentalisierung und Kommerzialisierung des Lebendigen ab und fordern ein Verbot von Patenten in diesem Bereich. Andere kritische Stimmen verlangen unterschiedlich weit reichende Einschränkungen bei der Erteilung von Patenten für Erfindungen auf dem Gebiet der belebten Natur. Neben umwelt- und gesundheitspolitischen Einwänden sowie entwicklungspolitischen Anliegen werden in der öffentlichen Diskussion vermehrt auch Bedenken ethischer und verfassungsrechtlicher Natur gegen die Patentierung biotechnologischer Erfindungen vorgebracht.

Mit dem Patentierungsausschluss von Erfindungen, deren Verwertung gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstossen würde, hält das Patentrecht einen rechtlichen Ansatzpunkt bereit, der die Berücksichtigung tragender Grundsätze der Rechtsordnung sowie moralischer und sittlicher Werte von allgemeiner Verbindlichkeit bei der Erteilung von Patenten erlaubt. In der hier anzudeutenden Arbeit erörtert THIERRY CALAME die Voraussetzungen und Grenzen dieses Ausschlusses von der Patentierung im Kontext gentechnologischer Erfindungen. Dabei setzt sich der Autor in differenzierter und vertiefter Weise mit der Literatur und Rechtsprechung zu dieser Fragestellung auseinander, wobei er durchaus Raum für eigene Lösungsansätze findet. Seine Analyse ist ebenso gründlich wie umsichtig, weshalb – dies sei vorweggenommen – die Arbeit den auf dem Gebiet des Patentrechts Tätigen nur empfohlen werden kann. Zudem liefert die Dissertation ein gutes, rechtswissenschaftliches Fundament, das einer sachlichen Diskussion dieses Aspektes im Rahmen der am 7. Dezember 2001 eröffneten Vernehmlassung zur Teilrevision des Patentgesetzes dienlich ist. Es ist daher zu wünschen, dass das Werk auch über den Kreis der Patentrechtspraktiker hinaus bei allen an der Diskussion um die Patentierung gentechnologischer Erfindungen Beteiligten Beachtung findet.

Der eigentlichen Auseinandersetzung mit dem Vorbehalt der öffentlichen Ordnung oder der guten Sitten sowie der konkreten Analyse anhand praktischer Anwendungsbeispiele im dritten und vierten Teil der Arbeit stellt THIERRY CALAME umfangreiche, generelle Ausführungen zur Gentechnologie sowie zur Rechtslage in Bezug auf die Patentierung gentechnologischer Erfindungen voran (erster und zweiter Teil). Die naturwissenschaftlichen Grundlagen in § 1 («Begriff, Bedeutung und Probleme der Gentechnologie») vermitteln dem mit diesem Gebiet der Technologie wenig vertrauten Juristen auf eingängige Weise elementare Kenntnisse, die das Verständnis der Arbeit erleichtern. Vor dem Hintergrund der Probleme der Gentechnologie zeigt der Autor in § 2 («Gentechnologie als Politikfeld») die rechtspolitische Dimension und die fehlende Eignung des Patentrechts zur Lenkung von Forschung und Entwicklung sowie zur Verhinderung von Missbräuchen neuer Technologien auf. Im zweiten Teil illustriert zunächst § 3 den Stand der Patentierung gentechnologischer Erfindungen, bevor in § 4 eine Bestandesaufnahme der Kritik an der Patentpraxis folgt. Daran anschliessend finden sich in § 5 und § 6 Ausführungen zu den Rechtsquellen sowie zu den rechtlichen Grundlagen der Patentierung gentechnologischer Erfindungen, die dem Patentrechtsspezialisten bekannt sein dürften, dem Einsteiger in diese Materie aber zweifellos den Zugang erleichtern. Die gebotene Kürze der Besprechung erlaubt es nicht, auf nennenswerte Einzelheiten der Einführung einzugehen. Insgesamt

kann festgehalten werden, dass dem Autor die Balance zwischen breiter Darstellung allgemeiner Grundlagen und Zusammenhänge einerseits und kompromissloser Fokussierung auf die spezifische Fragestellung der Arbeit andererseits geglückt ist, auch wenn persönliche Präferenzen da und dort für eine Kürzung, Ergänzung oder Synthese sprechen mögen. Dies ist wohlverstanden nicht als Kritik aufzufassen.

Der über 100 Seiten starke dritte Teil der Dissertation ist ganz dem Patentierungsausschluss von Erfindungen gewidmet, deren Verwertung gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten verstossen würde. § 7 («Allgemeines») enthält zunächst eine gründliche Bestandesaufnahme der Rechtsgrundlagen. Diesbezüglich lässt sich einzig nachtragen, dass nach Abschluss der Arbeit (die Literatur nach April 2000 konnte für die Drucklegung nur vereinzelt berücksichtigt werden) Art. 53 lit. a EPÜ im Zuge der Revision des Übereinkommens im November 2000 an Art. 27 TRIPS-Abkommen angepasst und das Tatbestandsmerkmal der Veröffentlichung gestrichen wurde. Damit hat sich die Hoffnung von THIERRY CALAME, der sich für eine entsprechende Änderung ausspricht (S.170), erfüllt.

Die nachfolgende Darstellung der historischen Entwicklung des Patentierungshindernisses in § 8 («Geschichtliche Entwicklung») ist insbesondere hinsichtlich der Entstehung der europäischen Richtlinie über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen sorgfältig recherchiert und ansprechend verdichtet. Die entwicklungsgeschichtlichen Betrachtungen werden in § 9 («Stand und Entwicklung der Rechtsprechung») fortgeführt. Darin resümiert der Autor die Praxis der Patentbehörden in Europa sowie – im Sinne eines punktuellen Exkurses – in den USA. Ausserdem geht er auf Vorläuferregelungen in den Vertragsstaaten des EPÜ ein. Das Schwergewicht der Darstellung liegt dabei auf der Praxis des EPA, die z.T. sehr ausführlich wiedergegeben wird. Die vermittelte Übersicht über Entwicklung und Stand der Rechtsprechung illustriert die Problematik der Anwendung des Patentierungshindernisses durch die Patentbehörden und zeigt dessen Möglichkeiten und Grenzen auf. Sie führt dem Leser ausserdem anschaulich den Wandel gesellschaftlicher Wertvorstellungen vor Augen, der gerade für Verwertungsverbote anstelle von Patentierungshindernissen spricht.

Die schwere Bürde, die in der Anwendung des Vorbehaltes der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten liegt, und die Tatsache, dass die Erteilung eines Patents weder eine Billigung der Erfindung noch einen Freibrief für ihre Verwertung beinhaltet, mögen Zweifel an der Berechtigung des Patentierungshindernisses aufkommen lassen. In § 10 («Zweck des Patentierungsverbots») widerspricht der Autor allerdings entschieden der Sichtweise der Wertneutralität des Patentsystems und gelangt im Rahmen einer differenzierten Auseinandersetzung mit denkbaren Funktionen eines Patentierungsverbots zum Schluss, dass sich das Patentrecht ethischen Einwänden nicht schlechterdings verschliessen kann, sondern insbesondere der Kohärenz der Rechtsordnung Rechnung tragen muss. THIERRY CALAME lässt aber durchblicken, dass die Bedeutung eines Patentierungsverbots namentlich mit Blick auf seine Präventivwirkung (soweit diese überhaupt zum Tragen kommt) beschränkt ist.

Dass der Spielraum bei der Anwendung des Patentierungsausschlusses von Erfindungen, deren Verwertung gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstossen würde, eng ist, zeigt auch die detaillierte und differenzierte Behandlung der Tatbestandsmerkmale von Art. 53 lit. a EPÜ und Art. 2 lit. a PatG in § 11. Der Anwendungsbereich ist selbst dann eingeschränkt, wenn man mit dem Autor eine grosszügige Auslegung des Begriffs der Verwertung vertritt, der auch die Ausschlusswirkung des Patents einbezieht. Die These, dass die Missbilligung in der Behinderung der Gemeinschaft aufgrund der Ausschlusswirkung des Patents gesehen werden kann (S. 160 f.), erstaunt allerdings. Wenn nämlich bereits die Verwertungsmöglichkeiten der Erfindung, die mit der Patenterteilung dem freien Gebrauch durch die Öffentlichkeit entzogen wird, Anlass zur Missbilligung gibt, dann wäre ein Rückgriff auf das Argument der Behinderung des Gebrauchs schwer nachvollziehbar. Kommt andererseits eine unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten zulässige Benutzungsmöglichkeit der Erfindung in Betracht, wäre die Versagung des Patentschutzes allein aufgrund der Gefahr der Wettbewerbshinderung infolge eines Missbrauchs des Ausschliesslichkeitsrechts nicht zu rechtfertigen. Soweit andere Instrumente (namentlich Zwangslizenzen sowie andere gesetzliche Beschränkungen des Rechts aus dem Patent und gegebenenfalls auch das Kartellrecht) diese Gefahr nicht ohnehin entschärfen, müsste diesem Umstand modo legislatoris und nicht über die Auslegung eines Patentierungsverbots Rechnung getragen werden. Dieser Einwand vermag der vorstehend erwähnten Qualität der Analyse der Tatbestandsmerkmale allerdings keinen Abbruch zu tun. Die aufschlussreichen Ergebnisse dieser tiefgründigen Analyse können hier nur unzureichend umrissen werden. Festzuhalten ist immerhin das Fazit von THIERRY CALAME, dass Art. 53 lit. a EPÜ bzw. Art. 2 lit. a PatG der Patentierung nur dann entgegensteht, wenn praktisch jede Benutzungsmöglichkeit ei-

ner Erfindung als unzulässig gewertet werden muss. In diesem Zusammenhang verdienen auch seine Überlegungen zur Einschränkung eines angemeldeten Patents auf zulässige Verwertungsmöglichkeiten (S. 165 ff.) der Erwähnung, die mit dem Teilentscheid der Einspruchsabteilung des EPA im Krebsmaus-Fall am 7. November 2001 aktuelle Bedeutung erlangen. Schliesslich zeigt der Autor auch auf, dass ein Verstoss gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten nur dann in Betracht kommt, wenn die Verwertung der zum Patent angemeldeten Erfindung Normen verletzt, die für die Gemeinschaft von überragender Bedeutung sind.

Dem Kernproblem der weiteren Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe der öffentlichen Ordnung und guten Sitten nimmt sich THIERRY CALAME in methodologischer Hinsicht in § 12 («Konkretisierung von Art. 53 lit. a EPÜ und Art. 2 lit. a PatG») und anhand konkreter, in Fallgruppen zusammengefasster Anwendungsbeispiele der Gentechnologie im vierten Teil der Arbeit an. Dieser letzte Teil liefert auf der Grundlage differenzierter Argumente einen wertvollen Beitrag für die Rechtsfindung im Einzelfall. In § 13 («Generelles Patentierungsverbot gentechnischer Erfindungen?») weist der Autor die in der Diskussion um die Patentierung gentechnologischer Erfindungen erhobene Forderung nach einem pauschalen Patentierungsverbot zurück und widerspricht den ethischen und umweltpolitischen Einwänden gegenüber Patenten auf dem Gebiet der belebten Natur. Dem in der Debatte ebenfalls immer wieder vorgetragenen Postulat der Freiheit genetischer Ressourcen hält THIERRY CALAME entgegen, dass die Zugänglichkeit genetischer Ressourcen dank dem allgemein anerkannten Forschungs- und Versuchsprivileg, dem nunmehr einzuführenden Landwirteprivileg und dem Institut der Zwangslizenz ausreichend gewährleistet ist. Er ruft diesbezüglich ausserdem in Erinnerung, dass nicht die im Ausgang verwendete natürliche Lebensform sondern der transgene Organismus Gegenstand eines Patents ist. In der Folge prüft THIERRY CALAME, ob die Verwertungsmöglichkeiten bestimmter Kategorien von gentechnischen Erfindungen im Humanbereich (§ 14) oder im Ausserhumanbereich (§ 15) einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten beinhalten. Dabei gelangt er zum Ergebnis, dass Art. 53 lit. a EPÜ bzw. Art. 2 lit. a PatG im Ausserhumanbereich – anders als im Humanbereich – nur in begrenzten Fällen greift. So sieht er in der Patentierung von transgenen Tieren als solchen keinen Verstoss gegen die nach Art. 120 Abs. 2 BV zu beachtende Würde der Kreatur. Nur dann, wenn die Verwertung der Erfindung einem Tier in ungerechtfertigter Weise Schmerzen und Leiden zufügt, ist nach Ansicht des Autors ein Ausschluss von der Patentierung gerechtfertigt. Im Humanbereich wertet er insbesondere die Keimbahntherapie, das Klonen und Verfahren zur Bildung von Chimären und Hybriden (Mischwesen aus Mensch und Tier) als Verstoss gegen die Menschenwürde. Auch die Patentierung des Menschen bzw. des menschlichen Genoms hält er zu Recht mit der verfassungsrechtlichen Wertordnung für unvereinbar. Demgegenüber bejaht er die Patentierung von DNA-Sequenzen und somatischen Zellen menschlichen Ursprungs. Die Erteilung von Patenten für gentechnisch veränderte menschliche Körperorgane lehnt der Autor hingegen unter Berufung auf die Missbilligung der Kommerzialisierung solcher Organe ab. Dem ist entgegenzuhalten, dass der verfassungsrechtliche Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Spende, wie er nunmehr in Art. 6 des Entwurfs für ein Transplantationsgesetz konkretisiert wird, durch ein solches Patent nicht verletzt wird, da es keine Abgeltung der Spende beinhaltet und eine solche auch nicht voraussetzt. Auch das Verbot des Handels mit menschlichen Organen (Art. 7 des Entwurfs für ein Transplantationsgesetz) schliesst die Verwertung eines derartigen Patents nicht gänzlich aus. Die Botschaft zum Transplantationsgesetz hält in Ziff. 2.4.1.2. fest, dass das Verbot des Handels einem mit Gewinn verbundenen Verkauf von Transplantatprodukten, d.h. von Organen, Geweben oder Zellen, die in standardisierten Verfahren aufbereitet und verarbeitet werden, nicht entgegensteht (Art. 7 Abs. 2 lit. b des Entwurfs für ein Transplantationsgesetz). Ausgeschlossen sei der Verkauf derartiger Organe, Gewebe und Zellen als solche, weshalb im Verkaufspreis keine Entschädigung für das Ausgangsmaterial enthalten sein dürfe. Der Auffassung von THIERRY CALAME liesse sich somit entgegenhalten, dass die Kommerzialisierung gentechnisch aufbereiteter bzw. verarbeiteter Organe als Transplantatprodukte in engen Grenzen möglich ist. Diese Hinweise stellen indessen keineswegs den hohen Wert der differenzierten und umsichtigen Argumentation des Autors in Frage.

In seinen Schlussbetrachtungen befasst sich THIERRY CALAME zu guter Letzt mit der Konkretisierung des Patentierungshindernisses in Gestalt von beispielhaften Aufzählungen der von der Patentierung ausgenommenen Anmeldegegenstände, wie sie namentlich Art. 6 Abs. 2 der europäischen Richtlinie über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen kennt. Es bedrängt einen freilich die Frage, ob die aufschlussreichen Überlegungen nicht eine vertiefte Darstellung ausserhalb der Schlussbetrachtungen wert gewesen wären. Aber auch in dieser Frage soll keine Kritik an der lobenswerten Arbeit von THIERRY CALAME anklingen, an der wohl niemand vorbeikommt, der sich mit

den Schranken der Patentierung von gentechnologischen Erfindungen seriös auseinandersetzen will. Sie sei daher nochmals wärmstens zur Lektüre empfohlen.

Lukas Bühler, Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Bern