

SONIA ELISABETH KOIKKARA

Der Patentschutz
und das Institut der
Zwangslizenz in der
Europäischen Union

Jus Internationale et Europaeum

46

Mohr Siebeck

Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von
Thilo Marauhn und Christian Walter

46



Sonia Elisabeth Koikkara

Der Patentschutz und
das Institut der Zwangslizenz
in der Europäischen Union

Mohr Siebeck

Sonia Elisabeth Koikkara, geboren 1979; Studium der Rechtswissenschaft und des Internationalen Rechts in Gießen und Brest; seit 2008 Rechtsreferendarin in Düsseldorf, Melbourne und Brüssel; 2009 Promotion.

e-ISBN PDF 978-3-16-151185-1

ISBN 978-3-16-150450-1

ISSN 1861-1893 (Jus Internationale et Europaeum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

*Für meine Eltern
Ammini und Sebastian Koikkara*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, nationales und internationales Zivilverfahrensrecht und Sportrecht von Professor Dr. Jens Adolphsen an der Justus-Liebig-Universität Gießen angefertigt und im Sommersemester 2009 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Justus-Liebig-Universität Gießen als Inauguraldissertation angenommen. Rechtsprechung und Schrifttum konnten bis einschließlich Dezember 2009 weitestgehend berücksichtigt werden.

Ganz herzlich bedanke ich mich bei meinem akademischen Lehrer, Herrn *Professor Dr. Jens Adolphsen* für seine wissenschaftliche Betreuung und den mir gewährten Freiraum sowie bei Frau *Professor Dr. Gabriele Britz* für ihre konstruktiven Anregungen und das Erstellen des Zweitgutachtens.

Ein besonderer Dank gilt außerdem den Herausgebern Herrn *Professor Dr. Thilo Marauhn, M.Phil.* und Herrn *Professor Dr. Christian Walter* für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe.

Bei meinem Bruder und meinen Freunden bedanke ich mich für ihre umfassenden Korrekturhilfen und fortwährende Unterstützung.

Mein größter Dank gebührt meinen Eltern *Ammini* und *Sebastian Koikkara*, denen ich diese Arbeit widme. Ihre uneingeschränkte Förderung meiner Ausbildung, ihre liebevolle Unterstützung und ihr grenzenloses Vertrauen haben die vorliegende Arbeit erst ermöglicht. Sie haben mir die *Wurzeln und Flügel* gegeben, die ich brauchte, um meinen Weg zu beschreiten.

Brüssel, im September 2010

Sonia Elisabeth Koikkara

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung	1
A. Aktuelle Beispiele	5
I. Zugang zu preiswerteren Medikamenten.....	5
II. Zugang zum medizinischen Fortschritt	6
III. Kartellrechtlicher Zugang	9
B. Gang der Untersuchung.....	11
<i>I. Kapitel: Grundlagen des Patentrechts</i>	<i>12</i>
A. Historischer Überblick	12
B. Materielles Patentrecht.....	14
I. Wesen des Patents	14
II. Patentkategorien	15
1. Erzeugnis- und Verfahrenspatent.....	15
2. Erzeugnisschutz für DNA-Sequenzen.....	16
C. Sinn und Zweck des Patentrechts	17
I. Naturrechts- bzw. Eigentumstheorie	17
II. Belohnungstheorie	18
III. Anspornungstheorie	18
IV. Offenbarungs- bzw. Vertragstheorie	19
V. Kritische Würdigung der Theorien.....	19
1. Naturrechtstheorie	19
2. Belohnungstheorie.....	20
3. Anspornungstheorie	20
4. Offenbarungstheorie	21
5. Rechtfertigungstauglichkeit für einen weltweiten Patentschutz	22
VI. Ergebnis.....	24

2. Kapitel: Die Verankerung des Patentschutzes im Recht der EU	26
A. Vertrag von Lissabon	26
B. Grundlagen im Primärrecht	28
I. Art. 345 AEUV (Art. 295 EGV)	28
II. Art. 36 AEUV (Art. 30 EGV)	29
1. Der spezifische Gegenstand des Patentrechts	30
a. Herleitung des Begriffs	30
b. Konkretisierung für den Bereich des Patentrechts	31
2. Der Grundsatz der unionsrechtlichen Erschöpfung	32
a. Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes	32
b. Die Zustimmung des Rechtsinhabers	33
3. Ergebnis	34
III. Grundrechtlicher Schutz des mitgliedstaatlich gewährten Patents	35
1. Grundrechtlicher Patentschutz über Art. 17 II Grundrechtecharta	35
2. Grundrechtlicher Patentschutz über die ungeschriebene Eigentumsgarantie	36
a. Herleitung der ungeschriebenen Eigentumsgarantie	36
aa. Urteil-Nold	37
bb. Urteil-Hauer	37
b. Umfang der Eigentumsgarantie	38
IV. Ergebnis	39
C. Konventionen und Sekundärrecht	40
I. Materielles Patentrecht	40
1. Das EPÜ	41
2. Der Verordnungsentwurf über das EU-Patent	43
3. Die Verordnung über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Arzneimittel	47
4. Die Richtlinie über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen	47
5. Der Vorschlag für eine Richtlinie über die Patentierbarkeit computerimplementierten Erfindungen	49
6. Die Gruppenfreistellungsverordnung für Technologie- transfer	50
II. Patentstreitregelung	51
1. Das EPLA	52
2. Übereinkommen zur Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems	55
3. Die EuGVO	57
a. Patentstreitsachen	59

b. Zwangslizenzen.....	60
aa. Zwangslizenz als öffentlich-rechtlicher Akt	60
bb. Zivilrechtliche Durchsetzung kartellrechtlicher Zwangslizenzen	61
III. Ergebnis.....	64
3. Kapitel: Das Institut der Zwangslizenz.....	66
A. Der Begriff der Zwangslizenz	67
I. Verwertung des Patents durch Lizenzvergabe.....	68
II. Die Zwangslizenz	69
B. Die geschichtliche Entwicklung	69
I. Verfall des Patents.....	70
II. Entwicklung zur Zwangslizenz am Beispiel der PVÜ	71
III. Ergebnis.....	72
C. Die Ausgestaltung der Zwangslizenz	72
I. Einheitlichkeit aufgrund internationaler Übereinkommen.....	72
1. Die PVÜ.....	73
a. Beschränkungen des Patents nach der PVÜ	74
b. Ergebnis	74
2. Das TRIPS	75
a. Wirkung des TRIPS für die EU	75
aa. Innergemeinschaftliche Geltung	76
bb. Unmittelbare Anwendbarkeit.....	76
b. Zwangslizenzrechtliche Vorgaben	77
c. Ergebnis	79
3. Euratomvertrag.....	79
a. Zwangslizenzrechtliche Regelung	80
b. Ergebnis	81
4. Zwischenergebnis.....	81
II. Anerkannte Erteilungsgründe für eine Zwangslizenz.....	82
1. Zwangslizenz wegen mangelnder oder unzureichender Ausübung.....	82
a. PVÜ	82
b. TRIPS	83
c. EAGV	84
2. Zwangslizenz wegen Abhängigkeit von Patenten.....	84
a. Fall des Chemokin-Rezeptor-5 Gens	84
b. PVÜ	86
c. TRIPS	86
d. Ergebnis	87

3. Kartellrechtliche Zwangslizenz	87
a. PVÜ	87
b. TRIPS	87
c. EAGV	88
d. Ergebnis	88
4. Zwangslizenz aus Gründen des öffentlichen Interesses	89
a. Zwangslizenz aus Gründen der öffentlichen Gesundheit	89
b. Positivrechtliche Regelungen in den Mitgliedstaaten	92
aa. Großbritannien	92
bb. Deutschland.....	94
cc. Frankreich	95
dd. Belgien	96
c. PVÜ	96
d. TRIPS	96
aa. Doha-Erklärung	96
bb. Beschluss zur Umsetzung der Doha-Erklärung	97
cc. Beschluss zur Änderung des Art. 31 TRIPS.....	99
e. Ergebnis	99
D. Ergebnis des 3. Kapitels.....	99
<i>4. Kapitel: Unionsrechtliche Vorgaben zur Zwangslizenz</i> im Sekundärrecht.....	101
A. Der EP-VOE	102
I. Zwangslizenzrechtliche Regelung.....	102
II. Ergebnis.....	105
B. Die Bio-RL	105
I. Abhängigkeit von Sortenschutzrecht und Patentrecht	105
II. Abhängigkeit von Patent zu Patent	106
III. Ergebnis.....	106
C. Die Verordnung über Zwangslizenzen für Patente zur Herstellung von pharmazeutischen Erzeugnissen für die Ausfuhr	107
I. Verfahrenssystem	107
II. Inhaltliche Ausgestaltung	108
III. Ergebnis.....	109
D. Ergebnis des 4. Kapitels.....	110

5. Kapitel: Unionsrechtliche Vorgaben zur Erteilung von Zwangslizenzen im Primärrecht.....	111
A. Einleitung	111
B. Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Patentrecht	114
I. Wettbewerbsrecht im Unionsrecht	114
1. Ziel des Wettbewerbsrechts in der EG.....	115
a. Wettbewerbspolitischer Hintergrund	115
b. Wettbewerbsrechtlicher Hintergrund	115
2. Interessenlagen im Wettbewerbsrecht	117
3. Zwischenergebnis.....	117
II. Ökonomische Eigenart des Patents	118
1. Interessenlagen im Patentrecht	119
a. Patentschutzinhaber.....	119
b. Patentschutzgegner.....	120
2. Ergebnis	120
C. Zwangslizenzvergabe über Art. 102 AEUV (Art. 82 EGV).....	121
I. Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV (Art. 82 EGV) auf das Patentrecht.....	122
II. Voraussetzungen des Art. 102 AEUV (Art. 82 EGV)	123
1. Zwischenstaatlichkeitsklausel	123
2. Marktbeherrschende Stellung eines Patentinhabers	123
a. Unternehmen.....	124
b. Marktbeherrschende Stellung	124
aa. Sachlich relevanter Markt.....	125
bb. Räumlich relevanter Markt	125
cc. Beherrschende Stellung	126
3. Missbräuchliches Verhalten	127
a. Magill-Urteil	128
aa. Sachverhalt.....	128
bb. Entscheidung des EuGH	129
cc. Entscheidungskritik	130
dd. Ergebnis	130
b. Tiercé-Ladbroke-Urteil	131
aa. Sachverhalt.....	131
bb. Entscheidung	131
cc. Ergebnis	132
c. Bronner-Urteil.....	132
aa. Sachverhalt.....	132
bb. Entscheidung	132
cc. Ergebnis	134

d. IMS Health-Urteil	134
aa. Sachverhalt	134
bb. Entscheidung	135
(1) Entscheidung der Kommission	135
(2) Entscheidung des EuGH	136
(a) Entscheidungsgründe	137
(b) Entscheidungskritik	138
cc. Ergebnis	140
e. Microsoft-Rechtssache	140
aa. Sachverhalt	140
bb. Verfahren	141
cc. Entscheidung der Kommission	141
dd. Anwendung der IMS Health-Kriterien	143
(1) Vorliegen außergewöhnlicher Umstände	143
(a) Unerlässlichkeit	143
(b) Verhinderung eines neuen Produkts	145
(c) Ausschluss des Wettbewerbs auf dem abgeleiteten Markt	145
(d) Rechtfertigung	147
(2) Besonderheiten der Internetökonomie	148
(a) Netzwerkeffekte	148
(b) Kompatibilität	149
(c) Lock-in-Effekte	150
(d) Ergebnis	151
(3) Ergebnis	152
ee. Entscheidung des EuG	153
(1) Vorliegen der außergewöhnlichen Umstände	153
(a) Unerlässlichkeit	154
(b) Verhinderung eines neuen Produkts	155
(c) Ausschluss des Wettbewerbs auf dem abgeleiteten Markt	156
(aa) Der relevante Produktmarkt	156
(bb) Die Methode zur Ermittlung der Markt- anteile	157
(cc) Der anwendbare Maßstab	157
(dd) Die Einschätzung der Marktangaben und der Wettbewerbssituation	157
(d) Rechtfertigung	158
(2) Entscheidungskritik	158
f. Zwischenergebnis	162
4. Verallgemeinerungsfähigkeit der Rechtsprechung für das Patentrecht	162
a. Auslegung des Begriffs „Geistiges Eigentum“	163

b. Übertragung patentrechtlicher Wertungen auf das Urheberrecht.....	165
c. Vergleich der Systeme von Patent- und Urheberrecht	165
aa. Unterschiede.....	165
bb. Gemeinsamkeiten	167
d. Berücksichtigung der Besonderheiten des Patentrechts	168
5. Anwendbarkeit der „ <i>essential facilities</i> “-Doktrin im Rahmen von Art. 102 AEUV (Art. 82 EGV) bei Immaterialgüterrechten.....	169
a. „ <i>Essential facilities</i> “-Doktrin im amerikanischen <i>Antitrust Law</i>	169
b. „ <i>Essential facilities</i> “-Doktrin im Unionsrecht	170
c. „ <i>Essential facilities</i> “-Doktrin als Sonderfall des Art. 102 S. 1 AEUV (Art. 82 S. 1 EGV).....	170
aa. Gleichbehandlung des Sach- und des geistigen Eigentums.....	170
bb. Unterschiedlicher Wortlaut und Zweck der Rechtsgrundlagen	171
cc. Unanwendbarkeit der „ <i>essential facilities</i> “-Doktrin auf Immaterialgüterrechte.....	173
d. Ergebnis	173
6. Lösung der Abhängigkeitsproblematik bei DNA-Sequenzen über das Kriterium des außergewöhnlichen Umstands im Rahmen von Art. 102 AEUV (Art. 82 EGV)	174
a. Marktbeherrschende Stellung	174
b. Missbräuchliche Ausnutzung.....	175
c. Ergebnis	179
D. Ergebnis des 5. Kapitels.....	180
6. Kapitel: Inhaltliche Ausgestaltung der kartellrechtlichen Zwangslizenz aus Art. 102 AEUV(Art. 82 EGV)	181
A. Aufnahme des <i>Know Hows</i> in die Zwangslizenz	182
I. Begriff des <i>Know Hows</i>	183
II. Rechtsnatur des <i>Know Hows</i>	184
B. Zulässigkeit der Ausweitung der Zwangslizenz auf das <i>Know How</i> ...	186
I. Ansicht des EuG in der Microsoft-Rechtssache	186
II. Argument des grundrechtlichen Schutzes des <i>Know Hows</i>	187
1. Grundrecht auf Privatsphäre.....	187
2. Eigentumsgrundrecht.....	188
3. Grundrecht auf Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit ..	188

4. Einschränkungsmöglichkeit des Grundrechts auf Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit	189
a. Argumente gegen die Gewährung des Zugangs zum Know How	190
b. Argumente für die Gewährung des Zugangs zum Know How	191
aa. Überwiegen des Interesses der Allgemeinheit.....	191
bb. Rechtliche Konzeption des Know Hows	191
cc. Offenbarungsfunktion im Patentsystem	191
dd. Effektivität der Zwangslizenz	194
C. Grenzen der Offenbarungsverpflichtung des <i>Know Hows</i>	196
I. Berücksichtigung der Interessen des <i>Know How</i> -Inhabers	196
II. Beurteilungsmaßstab.....	196
III. Aufzunehmende Auflagen	198
1. Zulässige Vereinbarungen	198
a. Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit	198
aa. Wahrung der Vertraulichkeit	198
bb. Keine Befugnis zur Vergabe von Unterlizenzen	198
cc. Nutzungsverbot	199
dd. Durchsetzung der lizenzierten Schutzrechte	199
ee. Zahlung einer Lizenzgebühr	199
ff. Verwendung des Markenzeichens oder die Angabe des Namens des Lizenzgebers.....	199
b. Vereinbarkeit mit dem Zweck der Zwangslizenz.....	199
2. Unzulässige Vereinbarungen	200
a. Auflagen unter konkurrierenden Unternehmen	200
aa. Preisbeschränkungen	200
bb. Produktions- und Absatzbeschränkungen	200
cc. Zuweisung von Märkten	200
(1) Begrenzung der Nutzung auf einen Anwendungs- bereich oder einen Produktmarkt.....	201
(2) Begrenzung der Produktion auf einen Anwendungs- bereich oder Produktmarkt	202
(3) Beschränkung des Verkaufs in ein Exklusivgebiet oder an Exklusivgruppen.....	202
(4) Beschränkung des Verkaufs in ein Gebiet, das einem Dritten zugewiesen ist	202
(5) Beschränkung auf den Eigenbedarf	203
(6) Beschaffung einer alternativen Bezugsquelle	203
dd. Beschränkung der Verwertung der eigenen Technologie.....	203

b. Auflagen unter nicht konkurrierenden Unternehmen	204
aa. Beschränkung der Preisfestlegung	204
bb. Beschränkung im Verkauf	204
(1) Vorbehalt des Lizenzgebers	204
(2) Vorbehalt eines Dritten	204
(3) Eigenbedarfsbeschränkung.....	205
(4) Beschaffung einer alternativen Bezugsquelle	205
cc. Beschränkung des Verkaufs an den Endverbraucher	205
3. Sonstige Auflagen	205
a. Wertung des Art. 5 GFTT.....	205
aa. Ausschließliche Rücklizenzen	206
bb. Ausschließliche Rückübertragungsverpflichtung	206
cc. Nichtangriffsabrede	207
b. Sonstige Auflagen	207
aa. Outputbeschränkungen	207
bb. Kopplungsvereinbarung	208
cc. Wettbewerbsverbot.....	208
dd. Nicht-ausschließliche Rücklizenzen	209
D. Ergebnis des 6. Kapitels.....	209
7. Kapitel: Die zivilrechtliche Durchsetzung der kartellrechtlichen Zwangslizenz aus Art. 102 AEUV (Art. 82 EGV)	211
A. Schadensersatz- oder Unterlassungsanspruch.....	212
B. Einwand bzw. Widerklage im Patentverletzungsverfahren	213
I. Zulässigkeit	213
1. Zwangslizenz als Folge eines Verstoßes gegen das Missbrauchsverbot	214
2. Zuständigkeit der Zivilgerichte	214
3. Orange-Book-Standard-Urteil des BGH	215
II. Internationale Zuständigkeit	219
8. Kapitel: Zusammenfassung	220
Literaturverzeichnis.....	223
Sachregister.....	233

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AIDS	Acquired Immune Deficiency Syndrome
AM. U. INT'L. REV	American University International Law Review
Art.	Artikel (auch im Plural)
B.U. Int'l L.J.	Boston University International Law Journal
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof
Bio-RL	Richtlinie über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen
Bl.f.PMZ	Blatt für Patent-, Muster und Zeichenwesen
BPatG	Bundespatentgericht
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	Beziehungsweise
CEE	Communauté économique européenne
Charta	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
Chi.-Kent J. Intell. Prop.	Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law
CKR-Gen	Chemokin-Rezeptor-5 Gen
ders.	Derselbe
dies.	Dieselbe
DNA	Desoxyribonukleinsäure
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
E.I.P.R.	European Intellectual Property Review
e.V.	eingetragener Verein
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft
EG	Europäische Gemeinschaft
EGABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EPA	Europäisches Patentamt
EPLA	European Patent Litigation Agreement

EPO	Europäische Patentorganisation
EPÜ	Übereinkommen über die Erteilung von europäischen Patenten
EP-VOE	Der Verordnungsentwurf über das EU-Patent
EU	Europäische Union
EuG	Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuGVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuGVÜ	Europäisches Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaft
EWG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	Folgende
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FS	Festschrift
G	Gutachten
GA	Generalanwalt
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GFTT	Verordnung über die Anwendung des Art. 81 III EGV auf Gruppen von Technologietransfervereinbarungen
GPÜ	Übereinkommen über das europäische Patent für den Gemeinsamen Markt
GP-VOE	Der Verordnungsentwurf über das Gemeinschaftspatent
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Ausl.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und internationaler Teil
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGH	Human Growth Hormone
HGS	Human Genome Sciences
HIV	Humane Immundefizienz-Virus
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
ILSA J. Int'l & Comp. L	ILSA Journal of International & Comparative Law
Inc.	Incorporated
IT	Informationstechnik
JIEL	Journal of International Economic Law

JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
lit.	Littera (Buchstabe)
Londoner Abkommen	Londoner Abkommen über die Anwendung des Art. 65 EPÜ
Ltd.	Limited Company
LuGÜ	Übereinkommen von Lugano über die gerichtliche Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
n.F.	neue Fassung
N.Y.U. L. Rev.	The New York University Law Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
Osgoode Hall L.J.	Osgoode Hall Law Journal
PatG	Patentgesetz
PC	Kunden-Personalcomputer
PVÜ	Pariser Übereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
S.Z.	Süddeutsche Zeitung
Slg.	Sammlung
Sog.	sogenannt (e, -er, -es)
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Straßburger Übereinkommen	Europäisches Übereinkommen über die Vereinheitlichung gewisser Begriffe des materiellen Patentrechts
TRIPS	Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums
u.a.	unter anderem
UrhG	Urhebergesetz
US	United States
USA	United States of America
usw.	und so weiter
v.	von
VFA	Verband Forschender Arzneimittelhersteller e.V.
vgl.	vergleiche
VO-zur-Ausfuhr	Verordnung über Zwangslizenzen für Patente zu Herstellung von pharmazeutischen Erzeugnissen für die Ausfuhr in Länder mit Problemen im Bereich der öffentlichen Gesundheit
WIPO	Weltorganisation für geistiges Eigentum
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WTO	World Trade Organization
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WKV	Wiener Vertragsrechtskonvention
z.B.	zum Beispiel
ZEuS	Zentrum für empirische Unterrichts- und Schulforschung

ZHR

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht

ZP

Zusatzprotokoll

ZZP Int.

Zeitschrift für Zivilprozessrecht International

Einleitung

Es ist keineswegs das Ziel der Gesellschaft, den Erfinder zu bereichern, sondern sich an der Erfindung zu bereichern.¹

(*Kurz*, Weltgeschichte des Erfindungsschutzes)

Alle Systeme, die zum Schutz von Erfindungen entwickelt worden sind, basieren auf einem Kompromiss zwischen der Wahrung der Interessen der Allgemeinheit und dem Interesse des Einzelnen.² Das Interesse der Allgemeinheit bildet dabei den wesentlichen Rechtfertigungsgrund für die Existenz eines Patentsystems,³ was durch das Zitat verdeutlicht wird. Das Zitat weist aber auch auf eine mögliche Kollision beider Interessen hin und auch darauf, dass es in einem solchen Fall gilt, das Interesse der Allgemeinheit selbst auf Kosten des Patentinhabers zu sichern. In jüngster Zeit ist das Interesse der Allgemeinheit zunehmend als nicht mehr hinreichend gewahrt gesehen worden, was Anlass zu Kontroversen über die Patentierung von Erfindungen in unterschiedlichen Zusammenhängen – besonders aber im Arzneimittelsektor – bot. Ein Streitpunkt ist beispielsweise der fehlende Zugang zu bezahlbaren antiretroviralen Medikamenten. Um diesen Zugang zu ermöglichen, vergab erstmals Brasilien am 7.5.2007 unter Berufung auf die Doha Erklärung über das Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS)⁴ und die öffentliche Gesundheit (Doha-Erklärung)⁵ aus dem Jahr 2001 zwei Zwangslizenzen für Patente für das AIDS-Medikament „Efavirenz“.⁶ Bereits 1998 – bevor

¹ *Kurz*, S. 240.

² Vgl. *Salamolard*, S. 26.

³ Siehe hierzu S. 17 f., 24.

⁴ Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights, EGABl. (1994) L 336, S. 214; BGBl. 1994 II, S. 1730. Siehe hierzu S. 75 f.

⁵ Ministerial Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.pdf (zuletzt abgerufen am 3.3.2008). Siehe hierzu S. 96.

⁶ GRUR Int. 2007, 551.

die Doha-Erklärung proklamiert wurde – stellte Brasilien im Rahmen eines Aktionsprogramms⁷ gegen AIDS aufgrund des 1996 novellierten brasilianischen Patentgesetzes patentgeschützte antiretrovirale Medikamente selbst her und verteilte diese kostenlos an die Bevölkerung.⁸ Hierdurch geriet Brasilien auf einen Konfrontationskurs mit der Pharmaindustrie und der amerikanischen Regierung, die beanstandete, dass das brasilianische Patentgesetz gegen die Verpflichtung aus Art. 27 und 28 TRIPS verstoße, was am 1.2.2001 die Einsetzung eines Panels, eines Streitbeilegungsorgans der World Trade Organization (WTO),⁹ zur Folge hatte.¹⁰ Den Streitparteien gelang es jedoch, sich am 5.7.2001 zu einigen. Dieses Beispiel macht einerseits das Grundproblem eines Schutzsystems deutlich, das sowohl das Interesse des Patentinhabers – die Interessen der Arzneimittelhersteller an der Aufrechterhaltung eines effektiven Patentschutzes – und das Interesse der Allgemeinheit – die Gesundheit der Menschen nicht vom Monopolrecht Einzelner abhängig zu machen – wahren soll; andererseits weckt es ein Gespür für die Notwendigkeit, eine Lösung zu finden, die den Patentschutz nicht *ad absurdum* führt aber auch geeignet ist, dem Interesse der Allgemeinheit zur Durchsetzung zu verhelfen. In diesem ökonomischen und ethischen Spannungsfeld wird das Instrument der Zwangslizenz als geeignete Lösung diskutiert.

Der Patentschutz erfolgt durch Erteilung eines auf Zeit befristeten Ausschließlichkeitsrechts auf die Erfindung. Dabei enthält das Ausschließlichkeitsrecht zum einen das Recht, Dritte von der Nutzung auszuschließen (Ausschlussrecht) und zum anderen das Recht, das Patent durch eigene Benutzungshandlungen zu verwerten oder Dritten Nutzungsrechte einzuräumen (Verwertungsrecht). Das Ausschlussrecht hat für den Patentinhaber besondere Bedeutung, weil der Inhaber nach der Offenbarung seiner Erfindung vor einer unbeschränkten Nachahmung geschützt wird. Das Verwer-

⁷ Siehe hierzu Report of the Commission on Intellectual Property Rights, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, S. 50, <http://www.iprcommission.org> (zuletzt abgerufen am 12.3.2007). Die Kommission wurde von der englischen Regierung beauftragt.

⁸ http://www.zeit.de/2003/36/Brasilien_Aids?page=2 (zuletzt abgerufen am 17.2.2008).

⁹ Bei Streitigkeiten über die Interpretation des TRIPS oder seiner Umsetzung ins nationale Recht, können die Mitgliedstaaten die Streitigkeiten vor das *Dispute Settlement Body* (DSB) bringen, was für das Streitschlichtungsverfahren innerhalb der WTO zuständig ist. Aufgabe des DSB ist es u.a. ein *Panel* einzuberufen. Siehe ausführlich zum Streitbeilegungsverfahren der WTO *Reusch*, Die Legitimation des WTO-Streitbeilegungsverfahrens, 2007; *Letzel*, Streitbeilegung im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO), 1999.

¹⁰ http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds224_e.htm (zuletzt abgerufen am 17.2.2008); <http://www.aerzteblatt.de/v4/archiv/artikel.asp?src=heft&id=27098> (zuletzt abgerufen am 17.2.2008); *Heinen*, S. 12; *Mullin*, ILSA J. Int'l & Comp. L 2002, 185 (194 f.).

tungsrecht ermöglicht dagegen die Amortisierung der getätigten Aufwendungen.

Ein wirkungsvoller Patentschutz ist vor allem im Hinblick auf die geleisteten Investitionen wesentlich. Für die pharmazeutische Industrie gilt dies im besonderen Maße, weil in diesem Sektor Investitionsrisiken und Kosten, die unter Umständen mehrere 100 Millionen US-Dollar betragen können,¹¹ sehr hoch sind und die Gefahr der leichten Kopierfähigkeit besteht. Damit Forschungs- und Entwicklungsarbeiten stattfinden können, müssen Investoren Gelder zur Verfügung stellen. Die Investoren machen ihre Investitionen aber davon abhängig, dass und in welchem Umfang die Forschungsergebnisse wirtschaftlich verwertbar sind.¹² Ein Großteil der pharmazeutischen und biotechnologischen Forschung würde nicht stattfinden, wenn kein effektiver Patentschutz zur Verfügung stünde.¹³

Schon um die Mitte des 19. Jahrhunderts stießen Bestrebungen, die den Patentschutz erweitern und verstärken sollten, auf den Widerstand der sog. Freihandelsschule.¹⁴ In den meisten Staaten Europas kam es zu einer „Anti-patentbewegung“,¹⁵ die vorrangig die Abschaffung des Patentsystems als Ziel verfolgte.¹⁶ Sie degradierte das Patent als „eine faule Frucht am Baume der menschlichen Kultur“.¹⁷ Schließlich fanden die Befürworter und Gegner des Patentsystems während des Patentkongresses von 1873 in dem Institut der Zwangslizenz einen Kompromiss.¹⁸ Die Zwangslizenz zeichnet sich dadurch aus, dass sie das Ausschlussrecht des Patentinhabers durch ein staatliches Mitbenutzungsrecht eines Dritten auflöst. Die Zwangslizenz bildet eine hinreichende Gewähr dafür, dass der Patentschutz in seiner tatsächlichen Handhabung auf die ihm im Allgemeininteresse gesetzten Ziele ausgerichtet bleibt.¹⁹ Das während des Patentkongresses erzielte Ergebnis fasste *Kohler* mit folgenden Worten zusammen: „Die wirtschaftliche Stel-

¹¹ *Haedicke*, JuS 2002, 113 (114); *Imam*, IIC 2006, 245 (249); VFA, <http://www.vfa.de/de/politik/positionen/trips-versorgung.htm> (zuletzt abgerufen am 13.02.08); Pressemitteilung des BMJ zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen, http://www.bmj.bund.de/enid/11dbc10e7039d6cf73f321369253c937,875f7a706d635f6964092d0934363036093a095f7472636964092d0933303334/Pressestelle/Pressemitteilungen_58.html (zuletzt abgerufen am 13.02.08).

¹² *Liebig*, S. 3; *Kleine/Klingelhöfer*, GRUR 2003, 1.

¹³ *Haedicke*, JuS 2002, 113 (114).

¹⁴ *Kurz*, S. 317; *Jestaedt*, S. 11 Rn. 48; *Kraßer*, S. 61 f.

¹⁵ *Kreukenschrijver* in: Busse, Einl. Rn. 11; *Kurz*, S. 320, 350 f.; Report of the Commission on Intellectual Property Rights, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, a.a.O. S. 21 f.

¹⁶ *Andermann*, S. 19; *Kurz*, S. 320 f.; *Ulmer*, GRUR Ausl. 1966, 253 (254); *Heggen*, GRUR 1977, 322 (324).

¹⁷ *Böhmert*, S. 80.

¹⁸ *Kraßer*, S. 63; *Kurz*, S. 374 f.; *Heggen*, GRUR 1977, 324 (325 f.).

¹⁹ *Kraßer*, S. 48.