

Kartell- und wirtschaftsrechtliche Beurteilung der Aussetzung von Patenten

Im Rahmen der Ausbreitung der weltweiten Coronapandemie werden Rufe laut, bestehende Patente zeitlich auszusetzen, um ärmeren Ländern den schnellen Zugang zu den entsprechenden Impfstoffen zu ermöglichen – eine Idee, die ursprünglich von Indien und Südafrika angestoßen wurde¹. Ein derartiges Vorgehen wird von der WHO empfohlen – mit entsprechender Unterstützung der gegenwärtigen US-Regierung und – zunächst – dem Wohlwollen der Präsidentin der EU-Kommission². Die Autoren stellen fest, dass einem solchen Vorgehen aus wirtschaftlichen und rechtlichen Gesichtspunkten jedwede Rechtfertigung fehlt und natürlich geschaffene Wettbewerbsvorteile den forschenden Unternehmen, aber auch dem Land, verloren gingen – möglicherweise sogar kontraproduktiv im Hinblick auf die verfolgten Ziele sind; das Verfahren würde zu lange dauern, die Produktion ist sehr komplex.

I. Einleitung

Das Aufeinanderprallen kartellrechtlicher Vorgaben mit Rechten, die aus Immaterialgüterrechten abgeleitet werden, hat in der Vergangenheit, insbesondere bei Marken- und Patentrechten, zu der bis heute andauernden rechtlichen Auseinandersetzung geführt, inwieweit Immaterialgüterrechte eine Marktabschottung, insbesondere eine Beschränkung von Parallelimporten rechtfertigen können – mit dem Resultat, dass aus solchen Rechten eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht rechtfertigbar ist. Anders verhält es sich, wenn explizite Rechtsvorschriften vorliegen, die ein solches Tun erlauben. Der Rückschluss, Wettbewerbsvorschriften würden Immaterialgüterrechte in Frage stellen, erweist sich indes als nicht haltbar. Der Bestand von Immaterialgüterrechten und deren Schutzwirkung wird von sämtlichen Wettbewerbsordnungen marktwirtschaftlicher Länder ausdrücklich anerkannt. Eine andere Interpretation wäre wettbewerbsverzerrend und rechtlich nicht zutreffend. Immaterialgüterfeindliche Interpretationen hätten zur Folge, dass ein Anreiz, Investitionen in Forschung und Entwicklung vorzunehmen, nicht länger bestehen würde, was erhebliche nachhaltige Folgen für die Entwicklung der forschenden Unternehmen sowie der gesamten Volkswirtschaft hätte, in der sie tätig sind. Folgerichtig begreift sich Wettbewerb als Bestandteil einer Rechtsordnung, der dem Schutz anderer Rechtsgüter Rechnung trägt.

II. Bedeutung der Aussetzung von Patenten

1. Allgemein

Die Aussetzung von Patenten aufgrund der Coronapandemie hat für die forschende Industrie zur Konsequenz, dass bestehender Wettbewerb nicht nur beeinträchtigt, sondern vollständig beseitigt würde mit entsprechenden negativen Folgen auch für die Patienten. Die Konsequenzen für die forschende Industrie wären einerseits Kosten von Investitionen in den technischen Fortschritt, welche die Unternehmen abschreiben müssten. Ferner würden Gewinnaussichten obsolet. Die Ausführungen

* Prof. Dr. iur. *Franz Böni*, lic. oec. ist Dozent für EU-Kartellrecht an der Universität Konstanz, Vorsitzender des Kolloquiums Internationales Kartell- und Wirtschaftsrecht, Schiedsrichter für Vertrags- und Kartellrecht SGSO und Geschäftsführer einer kartellrechtlich ausgerichteten Wirtschaftsberatung in Mosnang/SG, Schweiz. Lic. iur. *Alex Wassmer* ist Verwaltungsratspräsident und Delegierter des Verwaltungsrates der KIBAG-Gruppe.

¹ Siehe *Meyer-Dulheuer MD Legal Patentanwälte PartG MBB*, Mitteilung vom 7. 5. 2021, „Patentschutz-Aussetzung der Corona Impfstoffe?“ („USA: Patent waiver for the Corona vaccines?“), abrufbar unter <https://legal-patent.com/patent-law/usa-patent-waiver-for-the-corona-vaccines/>; vgl. außerdem den von Indien und Südafrika gestellten Antrag an die WTO (abrufbar unter: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W669.pdf&Open=True>).

² Siehe Redaktion beck-aktuell, Mitteilung vom 6. 5. 2021, „USA fordern Aufhebung von Patenten und machen Druck auf die EU“; s. auch Handelsblatt vom 6. 5. 2021, Von der Leyen: EU offen für Debatte über Aussetzung von Impfstoff-Patenten, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/politik/international/corona-pandemie-von-der-leyen-eu-offen-fuer-debatte-ueber-aussetzung-von-impfstoff-patenten/27165196.html?ticket=ST-407257-bOtP7PHmcbxn6KKBBecT-ap5>; Anfang Juni hat sich die EU positioniert und tritt nun anders als die WHO gegen eine Patentaussetzung und für Zwangslizenzen ein, s. cp/LTO vom 4. 6. 2021, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/eu-corona-impfstoff-patente-lizenzen/>; ausführlich *Skiebe*, LTO vom 26. 3. 2021, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-impfstoffpatent-freigabe-patentrecht-patentgesetz-trips-waiver-zwangslizenz-benutzungsanordnung-wto/>.

von *Keller*³ in „Lebensretter für Millionen“ legen dar, dass eine Erforschung und Vermarktung von Produkten erst durch Investoren ermöglicht wurden, die einerseits den Mut hatten, in die moderne Pharmabranche zu investieren, andererseits aber auch ihre in die Forschung getätigten Investitionen bezahlt haben wollten. Solche Szenarien würden mit der Aussetzung von Patenten hinfällig. Darüber hinaus hätten sie für die involvierten Lizenz-Geber-Länder horrende finanzielle Folgen. Aus eben diesen Gesichtspunkten sind u.a. Forderungen nach günstigen Medikamenten, so u.a. für HIV, Milzbrand etc. in der WTO gescheitert.⁴

2. Die Konsequenzen der zeitlichen Befristung

Die zeitliche Befristung bei der Aussetzung von Patenten hat keinerlei positive Folgen. Wird ein Patent ausgesetzt, so erhalten Trittbrettfahrer-Unternehmen Zugang zu Forschungsergebnissen, die sie ohne Kosten bei der Herstellung ihrer Produkte nutzen könnten, wie dies bei Generikaprodukten nach Ablauf von Patenten der Fall ist. Die zeitliche Befristung ist ein Trugschluss. Die zeitliche Befristung täuscht vor, dass nach einer bestimmten Zeit alles wieder in normale Bahnen geleitet werden kann. Darüber hinaus trägt sie dazu bei, Hemmschwellen gegen eine Aussetzung von Patenten bei weiteren grassierenden Krankheiten ins Uferlose zu minimieren.

III. Auswirkungen der Aussetzung von Patenten

1. Für forschende Unternehmen

Investitionen forschender Unternehmen würden mit der Aussetzung von Patenten erheblich absinken. Denkbare Möglichkeiten für Unternehmen wären einerseits eine Mitfinanzierung der Forschung durch die Staaten⁵ und andererseits die Flucht in den Know-how-Bereich. Eine solche ist aber nach dem heute geltenden Recht nicht möglich, da Produkte, insbesondere Medizinprodukte, eine staatliche Zulassung benötigen. Rechtlich kommt eine Aussetzung von Patenten einer Enteignung gleich⁶. Deshalb hat der Patentinhaber in Deutschland nach dem ersten Bevölkerungsschutzgesetz vom 27. 3. 2020 Anspruch auf angemessene Vergütung gegen den Bund. Voraussetzung der Benutzungsanordnung ist das Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (§ 13 PatG).

2. Für die Wirtschaft

Die Wirtschaft müsste sich daran gewöhnen, dass Fachwissen über neuartige Produkte an Drittländer abfließen würde. Im Vordergrund steht China.⁷ Es ist völlig unverständlich, dass eine US-amerikanische Regierung einerseits die Übernahme von Schlüsselunternehmen durch China bekämpft, in regelmäßigen Abständen Handelssanktionen gegen China erlässt, sich jedoch andererseits für die Aussetzung von Patenten offen zeigt. Die gegenwärtige Geoökonomie forciert die Deglobalisierung, wie sie von *Braml*⁸ in einem Gastkommentar in der NZZ eindrücklich aufgezeigt wird. In seinem Artikel macht er eindrücklich deutlich, dass die USA seit längerer Zeit Druck auf die WTO ausüben, ohne dass auf deren Zielsetzungen eingegangen wird, mit der Konsequenz, dass die USA sich nach wie vor für Exportverbote für bestimmte Länder einsetzen.

IV. Instrumente zur Bekämpfung der Pandemie

1. Nationale politische Ebene

Auf nationaler politischer Ebene bestehen durchaus Instrumente, armen Ländern zu helfen. Entsprechende Hilfen müssten u.E. auf die einzelnen staatlichen Gegebenheiten abgestimmt werden.

³ *Keller* (ehemaliger General Counsel und Mitglied der Konzernleitung von Roche), Vorwort in: *Lebensretter für Millionen Roche 2012*, S. 6; vgl. auch die Kommentare von *Timmermann* zur erfolgreichen Entwicklung von Krebsbehandlungsmöglichkeiten in: *Moonshots at Cancer, The Roche Story*, Roche 2019.

⁴ Siehe *Meyer-Dulheuer MD Legal Patentanwälte* (Fn. 1), S. 2; vgl. *Reimer*, Deutschlandfunk vom 30. 7. 2008, „Auf Grund gelaufen – Die Welthandelsgespräche sind gescheitert“.

⁵ *Keller* (Präsident der Statistisch-Volkswirtschaftlichen Gesellschaft Basel), BaZ vom 7. 6. 2021, „Patentschutz ist wichtig für die Entwicklung von Covid-Medikamenten“, S. 18.

⁶ Ähnlich: *Bäumler/Terhechte*, Handelsbeschränkungen und Patentschutz für Impfstoffe, NJW 2020, 3481 (3486).

⁷ Siehe die Kommentare von Bundeskanzlerin Merkel, Zeit-Online vom 8. 5. 2021, „Corona Impfstoff: EU-Staaten sehen Patentfreigabe nicht als schnelle Wunderlösung“; ZDF vom 7. 5. 2021: „Corona-Impfstoff: Patent-Freigabe: Regierung skeptisch“; *Flocke*, WirtschaftsWoche vom 6. 5. 2021, „Beispielloser Schritt, der unseren globalen Kampf untergräbt“.

⁸ *Braml*, NZZ vom 26. 5. 2021, „Bidens Geoökonomie forciert die Deglobalisierung“, S. 19.

Die Belieferung mit Impfstoffen müsste an Bedingungen geknüpft werden, z.B. Vorgaben von Mindestinvestitionen in den Gesundheitsbereich, klares Bekenntnis der politischen Führung, alles zu unternehmen, damit Menschen um eine Impfung nachsuchen. Wird dies unterlassen, besteht die Gefahr zunehmend unwirksam werdender Impfungen und verstärkter Ausbreitung von Varianten. Letzteres hätte zur Folge, dass Impfgegner, wie Bolsonaro in Brasilien, politisch nicht länger eine Zukunft hätten etc.

2. Nutzung wirtschaftlicher und rechtlicher Freiräume

a) Zwangslizenzen

Zwangslizenzen sind ein Mittel, das geeignet sein könnte, armen Ländern zu helfen. Die Voraussetzungen für die Erteilung von Zwangslizenzen sind allerdings hoch⁹. Nach der VO (EG) Nr. 816/2006 über Zwangslizenzen für Patente an der Herstellung von pharmazeutischen Erzeugnissen für die Ausfuhr in Länder mit Problemen im Bereich der öffentlichen Gesundheit muss ein nationaler Notstand vorliegen. In Deutschland genügt nach 24 PatG – anders als bei der Patentaussetzung – ein öffentliches Interesse. Die Lizenz setzt voraus, dass der Lizenzsucher ein von dem zu lizenzierenden Produkt abhängiges Schutzrecht besitzt, das eine wesentliche Weiterentwicklung der Technik darstellt, und ein dem Patentinhaber zu angemessenen Bedingungen gemachtes Lizenzangebot erfolglos geblieben ist.¹⁰ Ferner müsste ein öffentliches Interesse an der Erteilung einer Zwangslizenz nachgewiesen werden können.¹¹ Schließlich sind Zwangslizenzen, wenn die eben genannten allgemeinen Voraussetzungen vorliegen, stets entgeltlich. Die Höhe entsprechender Lizenzgebühren muss ausgehandelt werden. Hierbei besteht durchaus die Möglichkeit, bei der Bestimmung der Höhe der Lizenzgebühren den finanziellen Voraussetzungen eines armen Landes Rechnung zu tragen. Voraussetzung ist, dass diese Länder Anspruch auf eine Zwangslizenz, etwa auf Grundlage der VO (EG) Nr. 816/2006, haben.

b) Traditionelle Lizenzvergabe

Jedes Unternehmen, das ein entsprechendes Patent besitzt, hat die Möglichkeit, Lizenznehmer zu evaluieren, welche geeignet sind die entsprechenden Produkte herzustellen. Bei einer traditionellen Lizenzvergabe müssen die Unternehmen die kartellrechtlichen Vorschriften einhalten, so in der EU die Vorgaben der Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen¹².

c) Verzicht auf Exportverbote

Ein Verzicht auf Exportverbote stellt eine wesentliche Hilfe für arme Länder dar. Bevor eine zeitlich befristete Aussetzung von Patenten angedacht wird, ist daher zu prüfen, ob ein Verzicht auf Exportverbote existiert, wie sie in Großbritannien und den USA bis heute bestehen.¹³ Solange diese Exportverbote bestehen, ist eine Aussetzung von Patenten nicht umsetzbar.

4. Spenden

Spenden sind auch ein gut geeignetes Instrument, eine Pandemie schnell zu bekämpfen. So rief die WHO im April 2020 die Covax-Initiative (Covid-19 Vaccines Global Access) aus, die das Ziel hat, Ländern unabhängig von ihrer Kaufkraft Zugang zu Impfstoffen gegen COVID-19 zu verschaffen. Die u.a. von der EU unterstützte Facility wird von der WHO zusammen mit Impfstoff-Allianzen (Gavi – Global Alliance for Vaccines and Immunizations und CEPI – Coalition for Epidemic Preparedness Innovations) in Partnerschaft mit UNICEF betrieben. Bis Ende 2021 war geplant, ärmeren Ländern 1,8 Mrd.

⁹ Dazu ausführlich siehe *Bäumler/Terhechte*, NJW 2020, 3481 (3486 f.).

¹⁰ Zum Begriff „Zwangslizenz“, vgl. *Bäumler/Terhechte*, NJW 2020, 3481 (3485 a.E.); außerdem *Osterrieth*, Patentrecht, 6. Aufl. 2021, Teil 4, Rn. 590 f.

¹¹ *Osterrieth*, Patentrecht, 6. Aufl. 2021, Teil 4, Rn. 590 f.

¹² Europäische Kommission, VO (EU) Nr. 316/2014 vom 21. 3. 2014 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen.

¹³ Siehe Zeit-Online vom 8. 5. 2021 (Fn. 7). Sowohl die USA als auch das Vereinigte Königreich haben in der Pandemie Exportbeschränkungen vorgenommen – der Vakzine und der Vorprodukte, siehe *Bastian*, Handelsblatt vom 9. 5. 2021, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/meinung/kommentare/kommentar-joe-biden-muss-die-exportbeschaerungen-fuer-corona-impfstoffe-endlich-fallen-lassen/27174212.html?ticket=ST-445704-MumiSL21nRnJfc2u12Mu-ap5>.

Impfdosen bereitzustellen.¹⁴ Bei Spenden gilt es allerdings den Gesichtspunkten Rechnung zu tragen, wie sie oben unter Punkt IV.1 aufgeführt wurden.

5. Internationaler Pandemievertrag

Gegenwärtig wird die Schaffung eines Internationalen Pandemievertrages diskutiert¹⁵. Es ist darauf hinzuweisen, dass ein „Internationaler Pandemievertrag“ ohne vereinbarte Mindestinhalte eine Worthülse darstellt, die nichts dazu beiträgt, eine zügige Pandemiebekämpfung voranzubringen.

IV. Schlussfolgerung

Für die Aussetzung von Patenten bestehen derzeit keinerlei rechtliche Grundlagen. Solche müssten von jedem einzelnen Land geschaffen werden, was nicht realistisch ist. Eine solche Aussetzung hätte in ihren Grundzügen golfmäßig die Spielform „Las Vegas“ zur Folge, ein Zählspiel, welches Spieler unabhängig von ihrem Können, m.a.W. ihren Handicaps, gleichstellt.¹⁶ Diese Spielweise eignet sich jedoch nicht für den Ausgleich unternehmerischer und volkswirtschaftlicher Interessen. Eine Aussetzung von Patenten widerspricht gesetzlich geschützten Eigentumsrechten und darüber hinaus kartell- und wirtschaftsrechtlichen Vorgaben, da diese die Beseitigung jedweder wettbewerbsrechtlicher Vorgaben zur Folge hätte. Auch mit einer Revision des heute geltenden Wirtschaftsrechts ist eine Aussetzung von Patenten nicht realisierbar.¹⁷

¹⁴ Siehe https://ec.europa.eu/germany/news/20200831-covid-19-impfstoff-covax_de, <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/corona-impfstoff-g20-merkel-100.html> und <https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/themen/gesundheits/covax/2395748>. – Dies ist, insbesondere wenn zwei Impfdosen erforderlich sind, allerdings viel zu wenig – und es kommt auch nicht an: Vor allem Afrika ist erheblich unterversorgt; dort kann derzeit nur 1% des für diesen Kontinent benötigten Impfstoffs produziert werden.

¹⁵ Europäischer Rat, Pressemitteilung vom 20. 5. 2021, EU unterstützt Einleitung eines WHO-Verfahrens zur Ausarbeitung eines Pandemievertrags: Beschluss des Rates; zum Inhalt des angedachten Vertrages siehe unter: <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/coronavirus/pandemic-treaty/>.

¹⁶ Für entsprechende Erläuterungen siehe <https://www.ennetsee-golf.ch>.

¹⁷ Vgl. *Thouvenin*, Vorlesungsunterlagen, Universität Zürich 2013.