

*Hans J. Müink*

## Tierpatente im Kreuzfeuer der Kritik

Moraltheologische Anmerkungen zur gegenwärtigen Diskussion

Eine kleine Labormaus, in deren Genom zu medizinischen Forschungszwecken ein menschliches Krebsgen eingeschleust worden war, wurde im April 1988 als erstes Säugetier vom US-amerikanischen Patent- und Markenamt mit einem Patent geschützt. Wissenschaftler der Harvard-Universität hatten durch einen gentechnischen Eingriff das Entstehen eines neuartigen tierischen Organismus erzielt. Sie hatten ein menschliches Krebsgen in Eizellen eines Labormäusestammes eingeschleust, aus denen die in ihrem Erbgut veränderten Tiere mit erhöhter Neigung zur Entwicklung von Krebstumoren entstanden. Die Maus war bestimmt für Tests auf toxikologische Stoffe, ferner zur Medikamentenabklärung und zu experimentellen Vorhaben in der medizinischen Krebsforschung. Die genannte Behörde entschied, daß die patentrechtlichen Voraussetzungen erfüllt seien, um das seither als „Harvard-Maus“ berühmt gewordene transgene LaborTier als schutzwürdige Erfindung einzustufen.

Diese Patentierung markierte den für die Öffentlichkeit wohl bislang spektakulärsten Schritt auf einem Weg, auf dem schon acht Jahre zuvor eine zentrale Barriere durch die Entscheidung beseitigt worden war, daß es „für die Frage der Patentfähigkeit... nicht auf eine Unterscheidung zwischen lebenden und nichtlebenden Gegenständen an(kommt), sondern zwischen Produkten der Natur und von Menschenhand herrührenden Erfindungen“<sup>1</sup>.

### Eine umstrittene europäische Premiere

Für die Harvard-Krebsmaus war schon 1985 auch beim Europäischen Patentamt (EPA) in München ein Patentierungsantrag gestellt worden. Die nach den Bestimmungen des Europäischen Patentübereinkommens (EPÜ) von 1973, dem auch alle Staaten des deutschsprachigen Gebiets inzwischen beigetreten sind, vorzunehmende Prüfung des Antrags mußte freilich eine deutlich verschiedene rechtliche Beurteilungsbasis berücksichtigen: Im Artikel 53 des EPÜ werden nämlich nicht nur „Erfindungen, deren Veröffentlichung oder Verwertung gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstößen würden“ (a), sondern auch „Pflanzensorten oder Tierarten sowie für im wesentlichen biologische Verfahren zur Züchtung

von Pflanzen oder Tieren“ (b)<sup>2</sup> von der Patentierbarkeit ausgeschlossen. Die zuständige Prüfungsabteilung des EPA hatte denn auch die Harvard-Patentanmeldung am 14. Juli 1989 mit der Begründung zurückgewiesen, das EPÜ (Art. 53, b) erlaube generell keine Patentierung von Tieren.

Im folgenden Jahr (3. Oktober 1990) wurde diese Entscheidung aber durch eine technische Beschwerdekommission des EPA aufgehoben und der Antrag wiederum an die Prüfungsabteilung zurückverwiesen. Die technische Beschwerdekommission konnte sich dem ersten Prüfungsergebnis nicht anschließen; sie stellte u.a. vielmehr fest, daß ein entscheidender Begriff der deutschen Version des betroffenen EPÜ-Artikels (53, b) von den gleich authentischen englischen und französischen Fassungen abweiche: Der deutsche Begriff „Tierarten“ habe eine weitere Bedeutung als die in der englischen und französischen Version verwendete Terminologie (*animal varieties* bzw. *races animales*). Das Patentierungsverbot könne sich allenfalls auf Tiergruppen beziehen, nicht aber auf Tiere als solche. Zugleich stellte die Beschwerdekommission klar, daß das im Fall der Krebsmaus verwendete gentechnische Verfahren kein „im wesentlichen biologisches Verfahren“ darstelle, das nach demselben Artikel zum Ausschluß von der Patentierbarkeit führen müßte. Im Blick auf eine künftige Stellungnahme zur Patentierung des angemeldeten Tieres verlangte die Kommission eine Untersuchung der Frage, ob die Veröffentlichung oder Verwertung der zur Prüfung anstehenden Erfindung gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstöße. Zugleich sollte eine Güterabwägung zwischen den Leiden solcher Versuchstiere und den möglichen Umweltgefährdungen einerseits und dem anzunehmenden Nutzen für die Menschheit andererseits vorgenommen werden<sup>3</sup>.

Die zweite Bewertungsrounde der Prüfungsabteilung des EPA brachte nun ein Ergebnis, das die Barrieren gegen eine Patentierung von Tieren in bestimmten Fällen beseitigen half: Zum Bedeutungsspektrum von Tierarten/*animal varieties/races animales* wurde vermerkt, daß die beiden letzteren Bezeichnungen als Untereinheit der Art zu verstehen seien. Soweit es nicht um solche Kategorien gehe, seien Tiere durch das EPÜ nicht grundsätzlich von der Patentierung ausgeschlossen. Der „Gegenstand der auf Tiere als solche gerichteten Patentansprüche“<sup>4</sup> sei von den Ausschlußbestimmungen des Artikels 53 (b) des EPÜ nicht erfaßt.

Die Prüfungsabteilung nahm die verlangte Güterabwägung vor zwischen dem Nutzen der Menschheit (Interesse an der Erforschung und Bekämpfung lebensbedrohlicher, weitverbreiteter Krankheiten), den Umweltschutzanforderungen (Gefahr einer außer Kontrolle geratenden Verbreitung von gefährlichem genetischem Material durch transgene Tiere) und den Leiden der betroffenen Versuchstiere. In bezug auf die Harvard-Maus lautete das Ergebnis dieser für die ethische Beurteilung höchst bedeutsamen Prüfung, daß die beiden letztgenannten Komponenten in einem so kontrollierbaren bzw. vertretbaren Rahmen bleiben, daß unter Berücksichtigung der Ranghöhe des erstgenannten Menschheitsinteresses kein Verstoß

gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung anzunehmen sei. Eine gewerbliche Nutzung der Erfindung bedürfe aber entsprechender Regelungen des Gesetzgebers<sup>5</sup>.

Im Mai 1992 anerkannte das EPA schließlich die Patentfähigkeit (Nr. 85 304 490.7) für die angemeldete Labormaus, deren US-amerikanische Nutzungsrechte zwischenzeitlich an den Du-Pont-Konzern gefallen waren. Nachdem bereits seit einigen Jahren mit der Erteilung von Patenten auf Mikroorganismen (seit 1981) und auf Pflanzen (seit 1989) die Patentfähigkeit von Lebewesen dieser Stufen grundsätzlich vom EPA bejaht worden war, wurde nun auch erstmals in der europäischen Rechtsgeschichte die Patentierbarkeit von Säugetieren durch eine überregionale Instanz dieses Ranges anerkannt<sup>6</sup>. Daß die am 13. Februar 1993 zu Ende gegangene Einspruchfrist nicht ungenutzt verstreichen würde, war nach den zahlreichen Aktionen gegen die Patentierung von Lebewesen in den letzten Jahren allerdings zu erwarten.

### Massive Kritik

Die über 200 Organisationen aus zahlreichen Ländern Europas – davon allein 70 aus der Schweiz –, die nach den Medienberichten Einspruch gegen diese Patententscheidung einlegten, artikulierten ihre Einwände und Ablehnungsgründe auf recht verschiedenen Ebenen. Sie variieren zudem erheblich in bezug auf ihre generelle oder nur spezifische (konkret auf den Fall der Harvard-Maus bezogene) Aussageabsicht<sup>7</sup>.

Schon die erwähnten Schritte der US-amerikanischen Patentierungspraxis wurden Zielscheibe einer teilweise vehementen Kritik, gerade im deutschsprachigen Raum. Auch von theologischer Seite fehlte es nicht an „schweren Geschützen“: Die Grundsatzentscheidung des amerikanischen Supreme Court, daß die Unterscheidung zwischen lebenden und nichtlebenden „Gegenständen“ für die Patentfähigkeit nicht erheblich sei, wurde als „fatale Nivellierung zwischen Leben und toter Materie“ und als „Ausdruck einer mechanistischen, anthropozentrischen und gottlosen Sicht des Lebens“<sup>8</sup> disqualifiziert. Das Patent sei „Symbol und Schlüssel für die Kommerzialisierung einer ambivalenten Wissenschaft“. „Ethisch ist ein Genpatent nicht zu legitimieren.“<sup>9</sup> Verschiedene Positionen aus dem Weltrat der Kirchen wenden sich dezidiert gegen eine Zulassung der Patentierung von Lebensformen, der u. a. „eine reduktionistische Vorstellung vom Leben“<sup>10</sup> vorgeworfen wird.

Soweit nicht eine prinzipielle, ausnahmslose Gegnerschaft zu gentechnischen Eingriffen an Lebewesen, insbesondere an Tieren, und/oder die generelle Ablehnung von Tierversuchen, auch solchen „herkömmlicher“ Art, in der gegenwärtigen Diskussion vorherrschen, werden insbesondere folgende kritische Einwände

vorgebracht: *Rechtsbegrifflich definitorischer Einwand*: Transgene Tiere können nicht als Erfindung des Menschen, sondern allenfalls als – nicht patentierbare – Entdeckungen gelten. *Ökologischer Einwand*: Die patentmäßig abgesicherte Zucht transgener Tiere forcere die Tendenz zur Reduktion der Artenvielfalt (im Pflanzenbereich: verstärkte Tendenz zu Monokulturen) und könne durch unkontrollierten Genaustausch neue Gefahren heraufbeschwören. Die Ausbeutung der Natur werde gefördert. *Beschränkung des Zugangs zu Gen-Ressourcen*: Die Patentierung verstöße gegen das Recht auf freien Zugang zu den genetischen Ressourcen, die als gemeinsames Menschheitserbe für alle zugänglich und nutzbar bleiben müßten. *Vergrößerung des Nord-Süd-Gefälles*: Wegen ihrer forschungsmäßigen Überlegenheit nütze diese Patentierungspraxis überwiegend den wirtschaftlichen Interessen der hochindustrialisierten Staaten und vertiefe noch die ungerechte Kluft zwischen der sogenannten Ersten und Dritten Welt.

Bezogen auf die Harvard-Maus-Entscheidung steht die Kritik an der ethischen und rechtlichen Güterabwägung im Mittelpunkt: Wirtschaftliche Interessen seien zu hoch gewichtet, die Schmerzen der betreffenden Versuchstiere jedoch unterbewertet worden. Die Mißachtung des Eigenwerts und die Instrumentalisierung für Forschungszwecke reduziere die Tiere auf das Niveau von Sachen. Hier liege eine Verletzung von tierschutzethischen, auch rechtlich geschützten Grundsätzen vor. Eine solche Mißachtung bedeute einen Verstoß gegen die guten Sitten und die öffentliche Ordnung, die nach Artikel 53 (a) EPÜ ein Patenthindernis bilden. Hinzu kommen noch Einwände in bezug auf die hinreichende Legitimation der Entscheidungsinstanz: Die Patentierung von Lebewesen, insbesondere von Tieren, berühre gesellschaftliche Grundsatzfragen von solcher Tragweite (z. B. Ausweitung der eigentumsrechtlichen Verfügung über Tiere), daß die Kompetenz einer sektorell orientierten Rechtsbehörde überfordert und eine angemessenere demokratische Legitimationsbasis und -prozedur gefordert sei.

### Diskussion der Einwände – Ethisch-normative Kriterien

Eine dem Wissenschaftsethos verpflichtete Diskussion muß sich um Transparenz der Standpunkte bemühen, von denen aus argumentiert wird. Dies gilt a fortiori im Blick auf die Wertbestimmtheit ethisch-normativer Stellungnahmen. Im Rahmen dieses Beitrags muß ich mich allerdings auf wenige Hinweise beschränken, die Aufschluß geben über die zugrunde liegende christlich-theologisch geprägte Basis, vor allem in bezug auf die ethische Beurteilung der Tierversuchsproblematik.

Ausgehend von der Heiligen Schrift, die als grundlegende Gemeinsamkeit alles Lebendigen das Hervorgehen aus dem göttlichen Schöpfungswirken unterstreicht (Gen 1 u. 2), ist der geforderte Stil des Umgangs mit außerhumanen Lebewesen, insbesondere mit Tieren, vom verbindenden Charakteristikum der Mitgeschöpf-

lichkeit her zu entwickeln. Dieser Gemeinsamkeit im Ursprung entspricht die Hoffnungsgemeinschaft von Mensch und Tier in bezug auf das eschatologische Heil (Jes 11,6–8; Mk 1,13 b; Röm 8,19–22). Mensch und Tier werden allerdings nicht als gleiche, ebenbürtige Partner verstanden. Die Namengebung durch den Menschen (Gen 2,19f.) und der Herrschaftsauftrag (Gen 1,26.28) lassen eine gewisse Zuordnung und Verfügbarkeit der Tiere erkennen. Die Sonderstellung und die Verfügungsrechte des Menschen sind jedoch begrenzt. Sie sind im Sinn der von Gott übertragenen treuhänderischen, stellvertretenden Verwaltung und der Fürsorge für die Mitgeschöpfe, des „Bebauens und Behütens“ (Gen 2,15) zu deuten. Auch die im Zusammenhang mit dem Noachbund (Gen 9,2f.) zum Ausdruck kommende Verschärfung der Lebenssituation der Tiere widerruft nicht die Eigenwertigkeit und die geschöpfliche Würde der Tiere. Diese Stelle verdeutlicht aber, wie sehr auch das Verhältnis des Menschen zu den Tieren von der Sünde betroffen, konfliktgeladen und gestört ist.

Die Ehrfurcht vor dem Schöpfer impliziert die Ehrfurcht vor dem Erschaffenen und für gut Befundenen (Gen 1,21.25). Die Achtung vor dem Leben der Tiere ist somit eine theologisch fundierte Pflicht. Dem widersprechen sinnlose Tötung und Quälerei (Zufügung von Schmerzen ohne rechtfertigenden Grund). Dem widerspricht auch ein Verständnis der Tiere als neutrales Sacheigentum, mit dem nach Belieben verfahren werden kann. Vielmehr sind Eingriffe an Tieren so rechtfertigungspflichtig, daß die gebotene Achtung ihrer Bedürfnisse ernst genommen wird. Dazu ist eine Güterabwägung erforderlich, die für Konfliktfälle das Wohl von Mensch und Tier bedenkt und nur aus schwerwiegenden Gründen den Lebens- und Gesundheitsinteressen des Menschen einen Vorrang einräumt oder zugunsten fundamentaler Lebens- und Gesundheitsbedürfnisse der Tiere selbst Tierversuche gestattet. Nur wo Leben und Gesundheit von Mensch und Tier nicht ohne Einsatz von Tierversuchen bewahrt, gerettet und geschützt werden können, sind Tierversuche, die mit großer Angst, mit erheblichen Störungen des Allgemeinbefindens, mit Schäden, Schmerzen oder dem Tod der eingesetzten Tiere verbunden sind, sittlich erlaubt. Dabei sind (ohne hier eine Vollständigkeit erreichen zu können) folgende ethische Leitlinien zu beachten, die eine hohe Kompetenz der unmittelbar verantwortlichen Personen voraussetzen.

Tierversuche sind auf das für die genannten Zwecke unerlässliche Maß zu beschränken. Die Übertragbarkeit der Ergebnisse auf den Menschen muß gesichert sein. Die Versuchstiere sind artgerecht zu betreuen. Versuchstiere sind sorgfältig auf Experimente vorzubereiten, bei deren Durchführung auf eine Minimierung von Angst, Schmerzen (wo immer möglich durch allgemeine oder lokale Betäubung) und Schäden zu achten ist. Versuche, die dauernde Schäden und Einschränkungen zur Folge haben, sind nur zulässig, wenn auf keine tierversuchsfreien Alternativen rekurriert werden kann. Auf die Optimierung der wissenschaftlichen Auswertung, das heißt auf die Erzielung des optimalen Erkenntnisgewinns, ist

größter Wert zu legen. Durch Auf- und Ausbau von Informationsnetzen und Datenbanken sind die Ergebnisse (möglichst international) so zugänglich zu machen, daß Doppel- und Wiederholungsversuche vermieden werden können. In der wissenschaftlichen Lehre sind Tierversuche nur zulässig, wenn keine tierversuchsfreien Alternativen bestehen. Die Förderung von Ersatzmethoden (z. B. mit Zell- und Gewerbekulturen, mit isolierten Organen und durch Computersimulation) ist entschieden voranzutreiben. Solche Ersatzmethoden sind – wo immer sinnvoll möglich – bevorzugt einzusetzen. Die staatlichen Behörden sind verpflichtet, diesen ethischen Leitgedanken durch entsprechende Vorschriften und Kontrollen sowie durch periodische Anpassungen der rechtlichen Bestimmungen an neue Gegebenheiten zur Durchsetzung in der Praxis zu verhelfen.

Mit der zuletzt genannten Forderung sind die ethischen Dimensionen der vorausgesetzten Bewertungsbasis unmittelbar berührt, für deren ausführlichere Darstellung hier auf andere Beiträge verwiesen sei, die zudem übergreifende Fragestellungen behandeln (Verhältnis Recht–Moral, staatlich-rechtliche Ordnungskompetenz, Stellungnahme zur Marktwirtschaft, Entwicklungszusammenarbeit u. a.) und über einige von unserer Thematik besonders tangierte ethische Anwendungsbereiche (verschiedene Felder der Gentechnik) sowie berufsethischen Fragen (Wissenschafts-, Ingenieurethos) Aufschluß geben<sup>11</sup>.

### Begriffliche und inhaltliche Schwerpunkte

Das Wissenschaftsethos verpflichtet im Fall einer interdisziplinären Auseinandersetzung zum Bemühen um ein möglichst korrektes Verstehen der jeweiligen Fachterminologie. Daß diese Hürde bisweilen recht hoch ist, wird niemandem fremd sein, der Erfahrungen im Dialog zwischen Disziplinen, Wissenschaftsgruppen und ganzen Fakultäten gesammelt hat.

Eine solche Hürde stellt offensichtlich auch das patentrechtliche Verständnis von Erfindung dar. Schon die Tatsache, daß unter den zahlreichen patentrechtlich relevanten Erfindungskategorien auch die „Entdeckungserfindung“ figuriert, sollte zur Vorsicht mahnen beim Versuch, die Begriffe Entdeckung und Erfindung gegeneinander auszuspielen. Die nicht erst seit dem Aufflammen des Streits um die Patentierung biotechnologischer Erfindungen gängige Auslegung der einschlägigen EPÜ-Bestimmungen (Art. 52 [1] [2]; Art. 56) schließt nur bestimmte Entdeckungen von der Patentierbarkeit aus, nicht aber solche, bei denen „der Erfinder eine *Lehre zum technischen Handeln* für die Entdeckung beschreibt, d. h. wenn die gewerbliche Anwendbarkeit gemäß Art. 57 gegeben ist“<sup>12</sup>.

Daß das Zustandekommen einer niveau- und qualitätsmäßig herausragenden erforderlichen Tätigkeit im Bereich der belebten Natur wesentlich in der Entdeckung bestimmter Naturphänomene sowie deren neuen, bislang unbekannten

Verknüpfungs-, Kombinations- und Einsatz-(Nutzanwendungs-)Möglichkeiten begründet sein kann, ist nachweislich nicht eine den neuen biotechnologischen Produkten zuliebe erfundene Deutung. Bereits 1843 erteilte das finnische Patentamt das erste bekannte Patent auf einen lebenden Organismus; und in Deutschland wurden bis in die zweite Hälfte der sechziger Jahre Pflanzenzüchtungsverfahren als patentfähige Erfindungen anerkannt<sup>13</sup>. Daß sich bei biotechnischen Erfindungen einige spezielle Probleme mit herkömmlichen Bestimmungen (z.B. Wiederholbarkeit) ergeben, bedeutet keine grundsätzliche Infragestellung, wenn sich die entsprechende Zielsetzung (Erreichung des von der Erfindung bezweckten Erfolgs) anders erreichen läßt<sup>14</sup>. Insofern sich das Leben von Lebewesen nicht einer menschlichen Erfindung verdankt, kann sich der Erfindungsgegenstand hier nur auf andere Aspekte beziehen: auf die menschliche Leistung, die erforderlich ist, um eine qualitativ neue Züchtung, eine noch nie dagewesene Variante einer Lebensform zu erzielen.

Auch wenn sich beide Begriffe abstrakt unterscheiden lassen und keineswegs alle Erfindungen in dieser Frage gleichermaßen zu beurteilen sind, so ist doch die Bedeutung beider so von fließenden Übergängen gekennzeichnet, daß eine exklusive Betrachtungsweise den hier angesprochenen menschlichen Kreativitätsprozessen nicht gerecht wird. Im übrigen liegt es in der Natur der Sache, daß der Erfindungsbegriff von der Dynamik der Technikentwicklung geprägt ist. Die Biotechnik hat neue Akzente für das Technikverständnis gesetzt, von denen der Erfindungsbegriff nicht gut unberührt bleiben kann.

Zum ökologischen Einwand ist zu bemerken, daß dem Schutz einer substantiellen Artenvielfalt in der christlichen Ethik seit den Anfängen der noch relativ jungen Teildisziplin Umweltethik die Bedeutung einer integrierenden Komponente zukommt. Dabei ist zu berücksichtigen, daß – nach Angaben der Welternährungsorganisation FAO – über 90 Prozent unserer Nahrung von nur ca. 10 Tier- und 20 Pflanzenarten kommt<sup>15</sup>.

Einige Bestimmungen des deutschen Gentechnikgesetzes vom 20. Juni 1990 könnten im übrigen Rückwirkungen auf die Patentierungspraxis haben; dies gilt gerade im Blick auf die sozialethisch zu fordernden strengen Sicherheitsvorkehrungen bei den zur Genübertragung verwendeten Vektorsystemen und in bezug auf die störungsfreie Integration in bestehende Ökosysteme<sup>16</sup>.

Der den freien Zugang zu den genetischen Ressourcen betreffende – meist im Blick auf Nutzpflanzen geäußerte – Einwand stößt offenbar bei Patentrechtsspezialisten auf besonders wenig Verständnis. Die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden genetischen Ressourcen seien nicht patentierbar, weil nur für Gegenstände, die der Allgemeinheit zuvor noch nicht zur Verfügung standen und ihr noch nicht einmal bekannt waren, Patentrechte erteilt werden können. Der dem 1. Artikel des „International Undertaking on Plant Genetic Resources“ der FAO von 1983 entnommene allgemeine Grundsatz von den genetischen Ressourcen als

einem allgemeinen (unbeschränkt zugänglichen) Erbe der Menschheit könne nicht für eine systematische Kollision mit dem gewerblichen Rechtsschutz beansprucht werden. Das Patentrecht behindere infolge der strengen Offenbarungsvorschriften und dem allgemein anerkannten Forschungsvorbehalt die Zugänglichkeit zu genetischen Ressourcen nicht stärker als die von der Weltorganisation anerkannten Schutzrechte für Pflanzenzüchtungen. Mit Hilfe der Gentechnik könne durch so genannte Genbanken (Sammlungen von Erbgut, die Teile oder das gesamte Erbmaterial eines Lebewesens repräsentieren) sogar ein positiver Beitrag zur Bewahrung der Genressourcen geleistet werden. Schutzrechte könnten insgesamt für die Bewahrung und Entwicklung von Erbgut eher förderlich sein. Die Statuten des im Interesse der Dritten Welt errichteten Internationalen Zentrums für Gen- und Biotechnologie (ICGEB) sehen nicht von ungefähr die Erlangung von Patenten für ihre Arbeitsergebnisse vor<sup>17</sup>.

Solche Argumente bewegen sich indes in einem zu engen Kreis. Kritiker sehen in der Tatsache, daß der neue Zugriff auf gegebenenfalls patentrechtlich interessantes genetisches Material von den auch auf diesen Gebieten führenden Ländern der Ersten Welt ausgeht, einen erneuten Ausdruck der andauernden – und sich teilweise noch verschärfenden – Kluft zwischen dem reichen Norden und den wirtschaftlich armen, aber an genetischen Schätzen reichen Ländern des Südens. Eine neue Abhängigkeit, die zur Perpetuierung dieses insgesamt als Unrecht empfundenen Zustands beiträge, kann auch einen den Prinzipien der katholischen Soziallehre verpflichteten Ethiker nicht gleichgültig lassen. Die Solidarität mit den armen Ländern erfordert nicht nur allgemeine Ausgleichsmaßnahmen im Sinn eines beim Erdgipfel von Rio 1992 gemachten Vorschlags, daß nämlich ein Teil des Gewinns aus gewerblich schutzrechtsfähigen neuen Pflanzen- und Tierzüchtungen den Bevölkerungsgruppen zugute kommen soll, die mit ihrer Arbeit zum Überleben und zur Pflege der gefragten Spezies beigetragen haben. Sofern Gene von Wildpflanzen bzw. -tieren verwendet werden, soll durch eine Gebührenregelung ein Beitrag zur Erhaltung der Artenvielfalt abgezweigt werden, wie es einem Gedanken der Artenvielfaltskonvention von Rio entspricht. Außer einem Ausbau der effektiven Nutzungsmöglichkeiten der gentechnischen Fortschritte für Länder dieser Regionen sollten zudem durch internationale Übereinkommen die Weichen für einen gerechten Zugang zum Genpool von Pflanzen und Tieren angestrebt werden, damit das sich abzeichnende Ringen um begehrte genetische Güter unterhalb der Schwelle zu größeren Konflikten abgefangen werden kann<sup>18</sup>. Auf den an sich unbestrittenen Einwand, daß das Patentrecht mit solchen Aufgaben überfordert wäre, wird noch zurückzukommen sein.

Daß an der Funktionstüchtigkeit des Patentsystems als eines wesentlichen Teils des gewerblichen Rechtsschutzes ein hohes wirtschaftliches Interesse besteht, ist unbestritten und wird von den für den biotechnischen Sektor vorliegenden Zahlen im allgemeinen bestätigt, auch wenn manche frühere Prognose inzwischen nach

unten korrigiert werden mußte<sup>19</sup>. Wer das marktwirtschaftliche System bejaht, muß wissen, daß „ein starker und reibungslos funktionierender Patentschutz... einer der wichtigsten Antriebskräfte für den technischen Fortschritt (ist), der nach Schätzungen der Volkswirtschaftler... für mehr als 75 Prozent des Wachstums der Arbeitsaktivität ursächlich ist“<sup>20</sup>. Die Vorzüge des Patentschutzes fördern die Investitionsbereitschaft der privaten Unternehmen für die in der Biotechnologie sehr aufwendige und risikoreiche Forschung und Entwicklung, die für den Wettbewerb auf dem heutigen Markt entscheidendes Gewicht haben. Das Patent erfüllt eine wichtige Funktion für den Schutz geistigen Eigentums sowie für eine Risikoabsicherung und angemessene Gegenleistung der Allgemeinheit für die Offenbarung einer nützlichen Erfindung.

Mit dem Patent erwirbt der Inhaber nur das „negative“ Recht, andere für eine bestimmte Laufzeit von der Benutzung seiner Erfindung auszuschließen. Die durch eine Patenterteilung übertragenen Schutzrechte räumen ihrem Inhaber für einen begrenzten Zeitraum (20 Jahre) ein ausschließliches Verwertungsrecht ein, das eigentlich eher eine Verwertungschance bedeutet, über deren Realisierung der Markt entscheidet<sup>21</sup>. Die Kehrseite dieser Medaille besteht allerdings darin, daß die Patentierungspraxis auch von den Rückwirkungen weniger erfreulicher Wirtschaftsprozesse, zum Beispiel starker Konzentrationsvorgänge, betroffen sein kann.

Die Funktionstüchtigkeit des Patentwesens ist zweifellos auf eine förderliche rechtliche Einbettung angewiesen. Das Patentrecht steht als Teil der gesamten Rechtsordnung nicht außerhalb des Wertesystems der Verfassung<sup>22</sup>, deren moralisch-normative Grundorientierung auch in diesem Rechtsbereich maßstäbliche Bedeutung hat. Dieser Zusammenhang schlägt sich auch in den Patenthindernissen des Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten nieder (Art. 53 [a] EPÜ); in ihnen kommen übergeordnete ethische Gesichtspunkte zum Ausdruck. In der vorherrschenden juristischen Auslegung werden die beiden schwer abgrenzbaren Begriffe eng ausgelegt: Öffentliche Ordnung bezieht sich auf die „tragenden Grundsätze der Rechtsordnung“, das heißt auf „alle Normen, die der Verwirklichung und dem Schutz von solchen Gütern dienen, welche für das Leben in der staatlichen und sozialen Gemeinschaft eine essentielle Bedeutung haben“<sup>23</sup>. Die auf außerrechtliche Maßstäbe verweisende Generalklausel der guten Sitten betrifft „ethisch fundierte Norm(en) von zentraler Bedeutung, die allgemein als verbindlich angesehen“<sup>24</sup> werden.

Inwieweit spiegeln sich nun diese verbindlichen Grenzziehungen in der umstrittenen Krebsmausentscheidung wider? Die Wirtschaftsordnung ist Teil der öffentlichen Ordnung. Leben und Gesundheit des Menschen sowie Wissenschaft und Forschung stehen unter grundrechtlichem Schutz der Verfassung. Die Bekämpfung lebensbedrohender Krankheiten mit den Mitteln von Wissenschaft und Forschung entspricht – auch im Zusammenhang wirtschaftlicher Interessen – grund-

sätzlich der vorher zitierten Umschreibung der öffentlichen Ordnung, wenn die einschlägigen konkreteren Rechtsvorschriften beachtet werden. Soweit es sich dabei um die insbesondere tangierten Bestimmungen des Tierschutzgesetzes sowie des Umweltschutzes und des Gentechnikgesetzes handelt, ergeben sich Fragestellungen, die auch die guten Sitten berühren. Vor allem betrifft dies die Bewertung der Schmerzen der Versuchstiere, das heißt die Frage der Tierquälerei sowie den Schutz der Umwelt vor einer unkontrollierten Ausbreitung gefährlicher DNA-Abschnitte (Gene).

Auf der Basis des als wirkungsvoll und derzeit alternativlos beurteilten Einsatzes der Labormaus in der Krebsforschung betont die EPA-Prüfungskammer den Nutzen für den ranghohen Wert von Leben und Gesundheit sowie die Chance, durch die erwartbare höhere Forschungseffizienz des angemeldeten Tieres zu einer Verringerung der Tierversuche und damit der mit den Experimenten verbundenen Schmerzen beizutragen. Bei einer bestimmungsgemäßen Betreuung und sorgfältigen experimentalen Praxis von Seiten des Laborfachpersonals bleibe auch das Umweltgefährdungspotential beherrschbar. Das Ergebnis der Güterabwägung überrascht von daher nicht.

„Zusammenfassend kommt die Prüfungsabteilung zu dem Ergebnis, daß die vorliegende Erfindung nicht als gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößend angesehen werden kann. Die Bereitstellung eines zur Krebsforschung einsetzbaren Versuchstiertypes, der zusammen mit einem durch Einsatz von Fachpersonal bewirkten geringen Gefährdungspotential zu einer Verringerung von Tierversuchen führt, kann allgemein als nutzbringend für die Menschheit angesehen werden. Deshalb sollte ein Patent für die vorliegende Erfindung nicht auf der Grundlage des Art. 53 (a) EPÜ verweigert werden.“<sup>25</sup>

Anschließend unterstreicht die Prüfungsabteilung aber dezidiert, daß diese Begründung ausschließlich auf dieses transgene Tier beschränkt bleibt und im Fall anderer Züchtungen andere Ergebnisse denkbar seien. Diese für ein Patentamt wohl eher seltene, ethisch relativ weit ausgreifende Argumentation geht unverkennbar auf die entsprechenden Anforderungen des geltenden Tierschutzgesetzes ein<sup>26</sup>.

Wenn die Abwägung gleichwohl nicht voll überzeugt, dann deshalb, weil die bei der Krebsmaus *konstitutionell und strukturell* erzeugte größere Krankheits- und Schmerzanfälligkeit als verschärfender Faktor nicht so in die Überlegung einbezogen wird, wie es die in Reichweite liegende Problematik der sogenannten Qualzüchtung erfordern würde<sup>27</sup>. Die sich in einem solchen Zuchtziel ausdrückende Überinstrumentalisierung liegt unter dem Niveau der vorhin skizzierten Kriterien.

Unter den Stichworten öffentliche Ordnung und gute Sitten ist schließlich auch das verfassungsmäßig (vgl. Art 14 GG) verankerte Eigentumsrecht anzusprechen: Die seit alters zugelassene, privatrechtlich geregelte Eigentumspraxis kennt ausgeprägte Ausschließlichkeitsrechte an Tieren, über die im Rahmen der geltenden Gesetze verfügt werden kann. Tiere bleiben – trotz ihrer in den letzten Jahren verbesserten Rechtsstellung – zum Beispiel Objekt sachenrechtlicher Vorgänge.

Schon ein Blick auf die voraussichtlich anzunehmenden Folgewirkungen der Harvard-Maus-Patentierung läßt aber fragen, wie vergleichbar die recht umfassenden Verwertungsrechte (auch in bezug auf die Nachfolgegenerationen) mit der traditionellen Praxis sind. Was aber insbesondere hier zu bedenken ist, sind die möglichen Zukunftsperspektiven. Wenn sich Juristen offenbar gern des Arguments von der Wandelbarkeit der Inhalte der guten Sitten bedienen<sup>28</sup>, so darf auch der Ethiker darauf hinweisen, daß sich in den ethischen Auffassungen in den letzten Jahren zumindest Akzentverschiebungen ergeben haben, die Tiere weniger als seelelose Gegenstände oder Sachen und mehr als Mitgeschöpfe verstehen lassen. Die Patenterteilung für Tiere weist aber in eine gegenläufige Richtung. Unter der Voraussetzung, daß dieser tierschutzhistorisch motivierte Wandlungsprozeß schwerlich als bereits abgeschlossen betrachtet werden kann, könnte eine Bewertung anhand des Maßstabs der guten Sitten in Zukunft dann besonders konfliktträchtig werden, wenn sich die patentrechtliche Ausgangslage durch die gewünschte ersatzlose Streichung des Patentierungsverbotes von Tierarten und Tierrassen verändern sollte<sup>29</sup>. Könnte es dann nicht eines Tages Inhaber von Patentausschließungsrechten geben, die über alle Individuen einer neuen Rasse verfügen ließen? Wenn man die Frage des gewerberechtlichen Schutzmangels der Patentansprüche (einschließlich der Auswirkungen auf die Folgegenerationen eines patentierten Tieres)<sup>30</sup> hinzunimmt, drängt sich die Frage auf, ob man hier nicht in Dimensionen vorstößt, die von den bisherigen materiellen gesellschaftlichen Grundwertungen (noch?) nicht mitgetragen werden.

Der Entscheidungsprozeß darüber, inwieweit solche Entwicklungen überhaupt zugelassen werden sollen, kann nicht einer sektoruell tätigen Behörde – und sei sie noch so qualifiziert – überlassen bleiben. In der Tat ist das Patentrecht nicht das geeignete Feld zur Regelung solcher ethischer Bedenken. Gefordert sind nicht nur die höchsten, umfassender zuständigen Organe der richterlichen Gewalt, sondern auch die beiden anderen Staatsgewalten mit ihren internationalen Wirkungsmöglichkeiten. Wie sehr letztere gefordert sind, dürfte der Hinweis auf die Entwicklungsländer verdeutlicht haben. Flankierende und ergänzende Maßnahmen, die nicht in die Regelungskompetenz einer Patentbehörde fallen, wären auch in anderen Bereichen unverzichtbar<sup>31</sup>. Den vorgebrachten Vorbehalten und Bedenken wie auch den Elementen der Zustimmung könnte wohl am ehesten durch ein Schutzsystem sui generis Rechnung getragen werden, in dessen Strukturen sich bereits eine akzeptable Ausbalancierung der wichtigsten involvierten Interessen niederschlagen müßte<sup>32</sup>.

## ANMERKUNGEN

- <sup>1</sup> Entsch. d. US-am. Supreme Court v. 16. 6. 1980, dt. in: Gewerbl. Rechtsschutz u. Urheberrecht. Internat. Teil (GRUR int.) 82 (1980) 627.
- <sup>2</sup> EPÜ. Münchner Gemeinschaftskomm., Lfg. 15 (April 1991); R. Moufang, Ausnahmen v. d. Patentierbarkeit (Art. 53 EPÜ) (Köln 1991) 1.
- <sup>3</sup> GRUR int. 92 (1990) 887f.
- <sup>4</sup> V. Vossius, A. Schrell, Die „Harvard-Krebsmaus“ in der 3. Runde v. d. EPA, in: GRUR int. 94 (1992) 269; Moufang 55ff.
- <sup>5</sup> Vossius, Schrell 269f.; GRUR int. 94 (1992) 477.
- <sup>6</sup> EPA München, Jahresber. 1991, 5; H. R. Jaenichen, Die Patentierung v. Biotechnologie-Erfindungen beim EPA, in: GRUR int. 94 (1992) 332.
- <sup>7</sup> NZZ Nr. 33 (10. 2. 1993) 20; 35 (12. 2. 1993) 18; 48 (27./28. 2. 1993) 25; Schweiz, Nationalkom. *Justitia et Pax*/Inst. f. Sozialethik d. Schw. Ev. Kirchenbundes (SEK), Patentierung v. Tieren u. Pflanzen?, in: Schw. Kirchenztg. 161 (1993) 102f.; Inst. f. Sozialethik d. SEK, Patentiertes Leben (Bern 1993) 6, 12, 15. Von ca. 500 Einsprüchen berichtet J. Straus in: GRUR int. 94 (1992) 254.
- <sup>8</sup> U. Eibach, Gentechnik. Der Griff nach dem Leben (Wuppertal 1988) 199.
- <sup>9</sup> EvKom 24 (1991) 193. <sup>10</sup> Inst. f. Sozialethik d. SEK 6.
- <sup>11</sup> H. J. Münk, Die christl. Ethik v. d. Herausforderung durch d. Gentechnik, in: Leben in der Hand d. Menschen, hrsg. v. E. Christen, J. Pfämmatter (Zürich 1991) 75–178, bes. 101–123.
- <sup>12</sup> EPÜ, Lfg. 5; J. Pagenberg, Erfinderische Tätigkeit, Gewerbl. Anwendbarkeit (Art. 56 u. 57 EPÜ) 77; K. Spoendlin, Erfindung u. Entdeckung, in: Kernprobleme d. Patentrechts (Bern 1988) 42.
- <sup>13</sup> Im Bereich d. Tierzucht kann zudem d. „Rote-Taube“-Beschluß d. Bundesgerichtshofs v. 1969 herangezogen werden, in dem grundsätzlich die Patentfähigkeit von Tieren (hier einer Taubenzüchtung) bejaht wurde; vgl. Moufang 57.
- <sup>14</sup> Zu weit. Voraussetzungen u. Kriterien d. Patentierbarkeit sowie zu spez. Schwierigkeiten in der Biotechnik: Moufang 37–91; M. Pedrazzini, Die Entwicklung d. Erfindungsbegriffs, in: Kernprobl. d. Patentrechts 21–34, bes. 27–30.
- <sup>15</sup> Diese Angabe ist im Verhältnis zur geschätzten Zahl aller Spezies (30–50 Mill.) zu sehen, von denen weniger als 5 % beschrieben sind; vgl. P. Cunningham, Die bedrohte Vielfalt unserer Nutztiere, in: NZZ 48 (27./28. 2. 1993) 25; vgl. auch die vorsichtigen Schätzungen v. E. U. v. Weizsäcker, Erdpolitik (1992) 133–136.
- <sup>16</sup> A. Wiebe, Gentechnikrecht als Patenthindernis, in: GRUR 95 (1993) 88–95; Münk 121ff., 130f.
- <sup>17</sup> Moufang 34, 40f. <sup>18</sup> Cunningham; Weizsäcker 132f., 136.
- <sup>19</sup> M. Frühauf, Biotechnolog. Erfindungen – ihr Schutz und seine Grenzen, in: GRUR 94 (1992) 247f.; Straus 252f.
- <sup>20</sup> F.-K. Beier, Gewerbl. Rechtsschutz, Soz. Marktwirtschaft u. Eur. Binnenmarkt, in: GRUR 94 (1992) 228–238; zu d. eth. Krit.: H. J. Münk, Wirtschaftswiss. u. christl. Ethik auf d. Weg zu einem vertieften Dialog über die ökolog. Herausforderung, in: Eth. Theorie praktisch, hrsg. v. F. Furger (Paderborn 1991) 195ff.
- <sup>21</sup> Beier 231; Moufang 40, 57.
- <sup>22</sup> Diese Überlegung gilt für d. eur. Patentrecht nicht in gleicher Weise wie f. d. nat. Rechtsetzung. Die EG-Komm. versucht seit Jahren, zu größerer Harmonisierung zu kommen; vgl. J. Straus, Eth., rechtl. u. wirtschaftl. Probleme d. Patent- u. Sortenschutzes f. d. biotechnolog. Tierzüchtung u. Tierproduktion, in: GRUR int. 1990, 918f.
- <sup>23</sup> Moufang 23, 26; Wiebe 92f. <sup>24</sup> Moufang 26. <sup>25</sup> Vossius, Schrell 271.
- <sup>26</sup> A. Lorz, Tierschutzgesetz m. Rechtsverordn. u. Eur. Übereinkommen (München 1987).
- <sup>27</sup> Vgl. § 11 b d. Tierschutzgesetzes; d. Ausnahmeregelung f. Versuchstiermutanten stehe ich kritisch gegenüber; vgl. Lorz 249–251.
- <sup>28</sup> Straus (A. 7) 260; Moufang 32.
- <sup>29</sup> R. Teschemacher spricht in seiner Rez. d. Komm. v. Moufang v. einer „im dt. patentrechtl. Schrifttum weithin vertretenen Auffassung“: GRUR 94 (1992) 135.
- <sup>30</sup> Z. Frage d. Schutzmfangs: Moufang 69; Straus (A. 7) 258, 263.
- <sup>31</sup> Weitere Bereiche, z.B. die Sonderproblematik d. Landwirtschaft, kommen hinzu.
- <sup>32</sup> Dabei denke ich weniger an eine Analogie z. (Pflanzen-)Sortenschutzsystem; vgl. Straus (A. 7) 265; ders. (A. 22) 929.