



BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

AUS DER LEHRE

Prof. Dr. Andreas Engert
Empirische Rechtswissenschaft –
Vorstellung einer Forschungsrichtung

ZIVILRECHT

Paul Jakob Suilmann
Der gewillkürte Parteiwechsel

Florian Ziehr
Patententeignung und COVID-19 (§ 13 PatG)

ÖFFENTLICHES RECHT

Marco Vöhringer
Die Militäraktion „Peace Spring“ der Türkei in Syrien:
eine völkerrechtliche Einordnung

GRUNDLAGEN DES RECHTS

Dr. Enno Mensching
Der Verfassungsbegriff im Nationalsozialismus

Johanna Hasenburg
Kant: Recht als kategorischer Imperativ

DIGITALISIERUNG IM RECHT

Siegerbeitrag aus dem BRZ-Schreibwettbewerb

Hannah Wissler
Wie kann der Einsatz von KI / Algorithmen in der
Strafverfolgung kontrolliert werden?

3. Jahrgang | Seiten 1–88

www.berlinerrechtszeitschrift.de

ISSN (Print) 2699-948X | ISSN (Online) 2699-2132

AUSGABE 1/2022

ten ist rechtsmissbräuchlich und prozessual unbeachtlich, wenn eine neue Klage gegen ihn aller Wahrscheinlichkeit nach ausgeschlossen werden kann.

Beim gewillkürten Parteiwechsel auf Beklagtenseite müssen Kläger und ursprünglicher Beklagter zustimmen, der neue Beklagte nur bei Parteiwechsel in der Rechtsmittelinstanz. Sofern dem neuen Beklagten durch die Übernahme des Rechtsstreits in der Rechtsmittelinstanz keine Nachteile entstehen können oder anzunehmen ist, dass er sich erstinstanzlich nicht anders gegen die Klage verteidigt hätte, ist die Verweigerung seiner Zustimmung als rechtsmissbräuchlich anzusehen und die Zustimmung entbehrlich.

3. Die Entscheidung über die Wirksamkeit des gewillkürten Parteiwechsels ergeht in analoger Anwendung des § 280 Abs. 2 ZPO in einem „Zwischenstreit zu dritt“ zwischen allen Beteiligten und ist analog § 280 Abs. 1 S. 1 ZPO von allen Beteiligten anfechtbar.

4. Der neue Kläger ist vollumfänglich an die bisherigen Prozessergebnisse gebunden. Eine umfassende Bindung des Beklagten besteht beim Klägerwechsel nicht.

Der Kläger ist beim Wechsel des Beklagten stets vollumfänglich an bisherige Prozessergebnisse gebunden. Der Beklagte ist daran nur umfassend gebunden, wenn das Urteil auch ohne Parteiwechsel aufgrund Rechtskrafterstreckung gegen ihn gelten würde, wenn der neue Beklagte der Bindung nach Hinweis des Gerichts ausdrücklich zustimmt, er den Prozess vor Durchführung des Parteiwechsels maßgeblich beeinflusst hat oder wenn seine prozessuale Lage durch den Wechsel lediglich vorteilhaft ist.

5. Sofern eine vollumfängliche Bindungswirkung nicht besteht, können die bisherigen Prozessergebnisse dennoch zur Grundlage der gerichtlichen Entscheidung gemacht werden, wenn und soweit sich die Partei nicht in Widerspruch zur bisherigen Prozessführung setzt.

Florian Ziehr*

Patententeignung und COVID-19 (§ 13 PatG)

Impfstoffknappheit, fehlende Beatmungsgeräte, überfüllte Intensivstationen und Hersteller dringend benötigter medizinischer Güter, die den steigenden Bedarf kaum decken können. Die Frage, inwieweit der Patentschutz an Arzneimitteln, Medizintechnik und Impfstoffen aus gesundheitsökonomischen Gründen zugunsten der Allgemeinheit beschränkt werden kann, ist seit Beginn der COVID-19-Pandemie in den Fokus rechtspolitischer Diskussionen gerückt. Dieser Beitrag untersucht vor diesem Hintergrund das Rechtsinstitut der patentrechtlichen Benutzungsanordnung (§ 13 PatG), angelehnt an seine Rechtsfolge auch als „Patententeignung“ bezeichnet. Ausgehend von einer Ende 2020 hinsichtlich des Medikamentes „Remdesivir“ geführten Debatte um Einschränkungen des Patentrechts zur Bekämpfung einer Pandemie wird § 13 PatG rechtsdogmatisch aufgearbeitet und ein möglicher Anwendungsbereich der Vorschrift bestimmt. Darauf aufbauend wird die Benutzungsanordnung einer kritischen Betrachtung unterzogen.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	26
B. Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE vom 7.8.2020	26
I. Sicherstellung der Versorgung der Bundesrepublik Deutschland mit Remdesivir	27
II. § 13 PatG und SARS-COV-2-Impfstoffe	28

C. Die Benutzungsanordnung in der Rechtsdogmatik	28
I. Verhältnis zwischen § 13 PatG und § 24 PatG	28
II. Rechtsnatur der Benutzungsanordnung: Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG?.....	30
1. Der im Zuge des Art. 14 GG geschützte Kern des Patentrechts	30
2. Rechtsnatur des Eingriffs der Benutzungsanordnung in Art. 14 GG	30
3. Folgen für die Anwendbarkeit der Benutzungs- anordnung im Rahmen der Pandemie	31
III. Die bisherige Zurückhaltung der Rechtsprechung	32
1. Die Rechtsprechung des BGH zu Zwangslizenzen	32
2. Folgen für den Anwendungsbereich der Benutzungsanordnung	33
IV. Einschränkungen der praktischen Wirksamkeit ...	34
D. Kritische Betrachtung der Patententeignung durch Benutzungsanordnung	35
I. Vereinbarkeit des § 13 PatG mit Sinn und Zweck des Patentrechts.....	35
II. Interessenabwägung bei der Patententeignung	36
III. Die Benutzungsanordnung als politischer Eingriff in den Markt.....	38
E. Fazit	38

* Der Verfasser studiert im siebten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag beruht auf einer Studienabschlussarbeit im Schwerpunktbereich Unternehmens-, Wirtschafts- und

Steuerrecht im Unterschwerpunkt Immaterialgüterrecht und gewerblicher Rechtsschutz. Die Themenstellung erfolgte durch Prof. Dr. Bertram Lomfeld.

A. Einleitung

Die durch das SARS-CoV-2-Virus ausgelöste COVID-19-Pandemie ist seit nunmehr zwei Jahren allgegenwärtig. Zur Bekämpfung der Pandemie sind wissenschaftliche Innovationen im Arzneimittel- und Impfstoffbereich von zentraler Bedeutung. Unter Einsatz erheblicher Forschungsgelder werden neue Wirkstoffe hervorgebracht, neue Produktionsverfahren entwickelt und bestehende Technik wird angepasst und fortentwickelt. Aufgabe des Patentrechts ist es dabei, einen Anreiz für Investitionen in die zur Pandemiebewältigung notwendige Innovation zu schaffen. Durch das dem Patentinhaber gem. § 9 PatG gewährte Ausschließlichkeitsrecht ist es möglich, Erfindungen wirtschaftlich zu verwerten und Investitionen zu amortisieren.¹ Dieses Ausschließlichkeitsrecht hat vor allem negatorische Wirkung, da der Patentinhaber gem. § 9 S. 2 PatG ein Verbotsrecht hat, mit dem er Dritte von der Benutzung der Erfindung ausschließen kann.² Dieses Recht ist dem Patentinhaber jedoch nicht grenzenlos gewährt. § 11 PatG schafft Ausnahmen des Patentschutzes zugunsten aufbauender Forschung und die §§ 12 f. PatG beschränken die Wirkung des Patents in Sonderkonstellationen.

Hinsichtlich wirksamer Arzneimittel und Impfstoffe besteht aufgrund des Ausmaßes der COVID-19-Pandemie teilweise eine größere Nachfrage, als die herstellenden Unternehmen decken können. Die Frage, ob deshalb aus gesundheitsökonomischen Gründen Einschränkungen des Ausschließlichkeitsrechts des Patentinhabers denkbar sind, hat der Gesetzgeber durch das Zweite Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, welches am 23.5.2020 in Kraft getreten ist, positiv beantwortet. Unter anderem wurde § 5 IfSG durch den neu eingefügten Absatz 2 ergänzt.³ Gem. § 5 Abs. 2 Nr. 5 IfSG ist es dem Bundesgesundheitsministerium nun möglich, im Hinblick auf eine Erfindung der in § 5 Abs. 2 Nr. 4 IfSG genannten Produkte die Wirkung des Patents nach § 13 Abs. 1 PatG durch Anordnung zu beschränken.⁴ Die Regelung des § 5 Abs. 2 Nr. 5 IfSG, bei der es sich um eine Rechtsgrundverweisung auf § 13 PatG handelt,⁵ hat die rechtswissenschaftliche Aufmerksamkeit auf das bis zu diesem Zeitpunkt kaum beachtete Rechtsinstitut der patentrechtlichen Benutzungsanordnung (§ 13 PatG) gelenkt. Angelehnt an ihre Rechtsfolge, die Entziehung des aus §§ 9, 10 PatG folgenden Ausschließlichkeitsrechts des Patentinhabers, wird die Benutzungsanordnung umgangssprachlich auch als „Patententeignung“ bezeichnet.

Als das Arzneimittel *Veklury* mit dem Wirkstoff Remdesivir des Pharmakonzerns *Gilead Sciences, Inc. (Gilead)* am 3.7.2020 als erste reguläre Behandlung für COVID-19 eine Marktzulassung in der EU erhielt, und sich herausstellte, dass sich die USA per Exklusivvertrag fast die gesamte mögliche Produktion für mehrere Monate gesichert hatten, rückte die Benutzungsanordnung auch in den tagespolitischen Diskurs.⁶ Hieran soll diese Arbeit anschließen und aufkommende Fragen hinsichtlich möglicher Anwendungsbereiche der Benutzungsanordnung beantworten. Es soll gezeigt werden, dass das Rechtsinstitut der Benutzungsanordnung im Zuge der COVID-19-Pandemie zwar zur Anwendung kommen könnte, eine solche Anwendung aber lediglich die *ultima ratio* darstellen kann und vor allem auf Grund innovationsökonomischer Überlegungen nicht empfehlenswert ist.

Hierfür soll im Folgenden zunächst die Möglichkeit einer Anwendung des § 13 PatG auf die in der Kleinen Anfrage der Fraktion DIE LINKE vom 7.8.2020 geschilderte Konstellation der nicht sichergestellten Remdesivir-Versorgung betrachtet werden (B. I.). Aufgrund der aktuellen Brisanz des Themas soll auch auf die Möglichkeit der Anwendung zur Impfstoffversorgung eingegangen werden (B. II.). Sodann soll § 13 PatG in die Dogmatik des Patent- und Verfassungsrechts eingeordnet werden, um genauere Aussagen hinsichtlich des Anwendungsbereichs, der Auslegungsmaßstäbe und der Einschränkungen treffen zu können (C.). Schließlich werden das Rechtsinstitut der Benutzungsanordnung und seine Anwendung kritisch betrachtet (D.) und die Ergebnisse der Arbeit in einem Fazit zusammengefasst (E.).

B. Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE vom 7.8.2020

Als Reaktion auf die sich andeutende Knappheit an Remdesivir durch den erwähnten Exklusivvertrag der USA mit *Gilead* stellte die Fraktion DIE LINKE am 7.8.2020 eine Kleine Anfrage an die Bundesregierung, deren Inhalt unter anderem die Frage nach der Möglichkeit einer Benutzungsanordnung zur Sicherstellung der Remdesivir-Versorgung war.⁷ In ihrer Antwort vom 25.8.2020 erklärte die Bundesregierung lediglich, dass sie zum jetzigen Zeitpunkt keine Notwendigkeit einer Benutzungsanordnung sehe, ließ die Frage, ob eine Anwendung möglich wäre, aber unbeantwortet. Diese gilt es deshalb zunächst zu beantworten.

¹ Haedicke, Patentrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 3; Haedicke/Timmann, Handbuch des Patentrechts, 1. Aufl. 2012, § 1 Rn. 6.

² Scharen, in: Benkard, Patentgesetz, 11. Aufl. 2015, § 9 PatG Rn. 4.

³ Dingemann/Gausig, in: Eckart/Winkelmüller, Infektionsschutzrecht, 1. Aufl. 2020, § 5 IfSG Rn. 2.

⁴ Zumdick, in: Kluckert, Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Aufl. 2021, § 8 IfSG Rn. 60.

⁵ Fuchs, IPRB 2020, 116 (118).

⁶ BT-Drucks. 19/21534, S. 1 ff.; BT-Drucks. 19/21826, S. 1 ff.

⁷ BT-Drucks. 19/21534, S. 1, 3 ff.

I. Sicherstellung der Versorgung der Bundesrepublik Deutschland mit Remdesivir

Die Benutzungsanordnung lässt ein Patent als solches bestehen und nimmt ihm nur insoweit seine Wirkung, als im Rahmen ihres Umfangs eine angeordnete Benutzung nicht mehr untersagt werden kann.⁸ Da *Gilead* auf „Verfahren und Verbindung zur Behandlung von Paramyxoviridae-Vireninfektionen“ und damit auf den Wirkstoff Remdesivir ein am 22.7.2011 vom Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) erteiltes und bis zum 22.7.2031 gültiges Patent besitzt, ist die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 13 PatG auf den Sachverhalt gegeben.⁹

Voraussetzung für eine Benutzungsanordnung nach § 13 PatG ist grundsätzlich eine Anordnung der Bundesregierung im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt oder im Interesse der Sicherheit des Bundes. § 5 Abs. 2 Nr. 5 IfSG ermächtigt nun auch das Bundesministerium für Gesundheit, diese Anordnung zu treffen, wenn eine epidemische Lage von nationaler Tragweite vorliegt. Das Vorliegen einer solchen Lage hatte der Deutsche Bundestag für die COVID-19-Pandemie am 25.3.2020 gem. § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG bestätigt.¹⁰ Die Benutzungsanordnung nach § 5 Abs. 2 Nr. 5 IfSG ist insoweit eingeschränkt, als sie nur in Bezug auf die in § 5 Abs. 2 Nr. 4 IfSG abschließend aufgezählten Produkte anwendbar ist. Durch die Ausgestaltung des § 5 Abs. 2 Nr. 5 IfSG als Rechtsgrundverweisung auf § 13 PatG müssen auch dessen Voraussetzungen für eine Anwendung erfüllt sein.¹¹ Remdesivir zählt als Arzneimittelwirkstoff in die von § 5 Abs. 2 Nr. 4 IfSG umfasste Gruppe von Produkten. Eine Anordnung im Interesse der Sicherheit des Bundes i.S.d. § 13 Abs. 1 S. 2 PatG umfasst Fälle der Landesverteidigung und vergleichbare schwerwiegende Gefahren, insbesondere den Katastrophenschutz. Im vorliegenden Sachverhalt gibt es keine Anhaltspunkte für einen solchen Katastrophenfall. Passender scheint hingegen eine Anordnung im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt iSd § 13 Abs. 1 S. 1 PatG. Der Begriff der öffentlichen Wohlfahrt umfasst die Bereiche der notwendigen öffentlichen Daseinsvorsorge, also alle Bereiche, in denen der Staat handeln muss, um das Wohl der Bürger zu gewährleisten.¹² Zu diesen Bereichen zählen insbesondere auch das Gesundheitswesen und der Infektionsschutz, wodurch Fälle des Gesundheitsnotstandes und der Seuchengefahr erfasst sind.¹³ Die Covid-19-Pandemie fällt damit ohne Weiteres unter § 13 Abs. 1 S. 1 PatG.¹⁴ Bei dem Begriff des Interesses der öffentlichen Wohlfahrt handelt

es sich dabei um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Ob das für eine Benutzungsanordnung notwendige Interesse vorliegt, ist deshalb nach einer Abwägung der Interessen der Beteiligten, im Fall der Benutzungsanordnung zwischen denen des Patentinhabers und denen der Allgemeinheit, nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden.¹⁵ Je größer die Gefahr einer Unterversorgung, desto eher kann vor dem Hintergrund, dass Remdesivir zum damaligen Zeitpunkt als einziges Arzneimittel gegen COVID-19 zugelassen war, von einem überwiegenden Allgemeininteresse ausgegangen werden.

Aufgrund des Exklusivvertrages mit den USA ging *Gilead* davon aus, bis Ende September 2020 die Nachfrage des europäischen Marktes nur eingeschränkt bedienen zu können.¹⁶ Bereits im Juli 2020 hatte die Europäische Kommission mit *Gilead* einen Vertrag über die Lieferung von 30.000 Dosen Remdesivir über die Monate August, September und Oktober geschlossen, die nach einem inzidenzabhängigen Verteilungsschlüssel auf die EU-Staaten verteilt werden sollten.¹⁷ Diesen Vertrag schien *Gilead* erfüllen zu können. Weiterhin hatte *Gilead* der Bundesregierung bereits Anfang des Jahres unter anderem Dosen aus klinischen Prüfungen bereitgestellt. Stand Ende September 2020 war der deutsche Bedarf deshalb gedeckt.¹⁸ Auch für den Oktober 2020 war eine weitere Lieferung der Dosen aus dem EU-Abkommen zu erwarten.¹⁹ Ein deutscher Versorgungsengpass für den Monat September 2020 war folglich keinesfalls sicher absehbar.

Die Frage, ob unter diesen Umständen ein überwiegendes Allgemeininteresse vorlag und eine Benutzungsanordnung damit im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt gewesen wäre, ist hier letztlich eine Abwägungsfrage, deren Ergebnis davon abhängig ist, welche Maßstäbe an ein solches Interesse anzulegen sind. In § 13 PatG nicht ausdrücklich erwähnt, aber allgemeiner Ansicht nach aus dem Eingriffscharakter der Anordnung folgend, ist die Erforderlichkeit einer Benutzungsanordnung.²⁰ Nicht von § 13 PatG gedeckt sind demnach Fälle, in denen ein gleich geeignetes, weniger in die Rechtssphäre des Patentinhabers einschneidendes Mittel zur Verfügung steht. Insbesondere ist hierbei an die patentrechtliche Zwangslizenz nach § 24 PatG zu denken.²¹

Es zeigt sich somit, dass eine Anwendung der Benutzungsanordnung auf den in der Kleinen Anfrage der Fraktion DIE LINKE geschilderten Sachverhalt „Remdesivir“ bei

⁸ OLG Frankfurt, BIPMZ 1949, 330 (331); *Rinken*, in: Schulte, Patentgesetz mit europäischem Patentübereinkommen, 11. Aufl. 2022, § 13 PatG Rn. 5.

⁹ *Scharen* (Fn. 2), § 13 PatG Rn. 2; Patent: DE: 60 2011 009 655.9.

¹⁰ BT-Drucks. 19/18156, S. 1 ff.

¹¹ *Bartke et al.*, JA 2021, 283 (291); *Fuchs*, IPRB 2020, 116 (118).

¹² *Kieser/Lenz*, NJW 2002, 401 (402); *Scharen* (Fn. 2), § 13 PatG Rn. 4.

¹³ *Metzger/Zech*, GRUR 2020, 561 (565); *Zumdick* (Fn. 4), § 8 Rn. 64.

¹⁴ *Zumdick* (Fn. 4), § 8 Rn. 65.

¹⁵ *Rinken* (Fn. 8), § 13 PatG Rn. 7; *Scheffler*, GRUR 2003, 97 (99).

¹⁶ BT-Drucks. 19/21826, S. 3.

¹⁷ BT-Drucks. 19/21826, S. 2, S. 4.

¹⁸ BT-Drucks. 19/21826, S. 2, S. 9.

¹⁹ BT-Drucks. 19/21826, S. 4.

²⁰ *Ensthaler*, in: BeckOK Patentrecht, 19. Ed. 2021, § 13 PatG Rn. 11; *Scharen* (Fn. 2), § 13 PatG Rn. 8; *Keukenschrijver*, in: Busse/Keukenschrijver, Patentgesetz, 9. Aufl. 2020, § 13 PatG Rn. 9.

²¹ *Metzger/Zech*, GRUR 2020, 561 (565).

entsprechender Auslegung des „Interesse der öffentlichen Wohlfahrt“ i.S.d. § 13 PatG und Fehlen geeigneter Alternativen möglich gewesen wäre. Welche Maßstäbe an dieses Interesse tatsächlich anzulegen sind, wie sich dies auf den Anwendungsbereich der Benutzungsanordnung auswirkt, ob eine solche Anwendung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerecht wird und ob sie letztlich empfehlenswert ist, gilt es im weiteren Verlauf dieser Arbeit zu klären. Insbesondere ist die mögliche Alternative der Zwangslizenz einer genaueren Betrachtung zu unterziehen.

II. § 13 PatG und SARS-COV-2-Impfstoffe

Inhalt einer weiteren Kleinen Anfrage der Fraktion DIE LINKE vom 3.3.2021 ist die bereits in der „Remdesivir-Anfrage“ vom 7.8.2020 aufgeworfene Frage, ob eine Benutzungsanordnung nach § 13 PatG im Zuge der COVID-19-Pandemie auch zur Sicherung eines Zugangs zu möglichen Impfstoffen geeignet wäre.²² Zu den für eine Benutzungsanordnung nach § 5 Abs. 2 Nr. 5 IfSG i.V.m. § 13 PatG infrage kommenden Produkten zählen ausdrücklich auch Impfstoffe.

Da eine Patenterteilung vor dem DPMA schätzungsweise drei Jahre in Anspruch nimmt,²³ ist davon auszugehen, dass ein entsprechender Impfstoff zum relevanten Zeitpunkt noch nicht patentiert wäre. Dies führt zu der Frage, ob eine Benutzungsanordnung bereits vor Patenterteilung möglich ist. Für eine solche Möglichkeit spricht grundsätzlich der Wortlaut des § 13 PatG. Bekanntermaßen treten die Wirkungen des Patents gem. § 58 Abs. 1 PatG sämtlich mit der Patenterteilung ein. Das „Nichteintreten“ der Wirkungen des Patents als Folge der Benutzungsanordnung spricht daher für eine Anwendbarkeit vor Patenterteilung. Zudem steht der maximale Umfang der Patenterteilung zum Zeitpunkt der Patentanmeldung bereits fest. Eine Anwendbarkeit vor Patenterteilung hätte für den Patentinhaber den Vorteil, dass eine Überprüfung der Benutzungsanordnung nicht ihrer Vollziehung nachgehen würde, da er sie bereits vor Patenterteilung mit der Anfechtungsklage angreifen könnte.²⁴

Ob die Anordnung jedoch ihren Zweck erfüllen würde, kann dahinstehen. Grundsätzlich wäre es dem Patentinhaber möglich, die Impfstoffzusammensetzung einfach bis zur Patenterteilung geheim zu halten. Eine dies verhin-dernde Nebenpflicht der Benutzungsanordnung, die Patentinhaber verpflichtet, ihre Forschungsergebnisse für Herstellung und Zulassung durch Dritte preiszugeben, ist nicht ersichtlich.²⁵ Es ist demnach davon auszugehen, dass die Möglichkeit einer Benutzungsanordnung vor Patenterteilung besteht und somit auch für die aktuelle Impfstoff-

problematik relevant ist. Umsetzungsprobleme sind jedoch nicht von der Hand zu weisen.

C. Die Benutzungsanordnung in der Rechtsdogmatik

Wie unter B. festgestellt, spricht einiges dafür, dass eine Benutzungsanordnung im Zuge der aktuellen Covid-19-Pandemie möglich wäre. Da aber § 13 PatG als Rechtsgrundlage jedweder Benutzungsanordnung in seiner jetzigen Fassung nie zur Anwendung gekommen ist, und auch zu seinen Vorgängernormen nur ein einziger Anwendungsfall aus dem Jahr 1912 bekannt ist, sind Anwendungsbereich, Auslegungsmaßstäbe und Einschränkungen bisher in der juristischen Fachwelt kaum thematisiert worden und weitgehend ungeklärt. Um die bereits in der Einleitung dieser Arbeit aufgeworfene Frage der Anwendbarkeit des Rechtsinstituts zu klären, ist es daher erforderlich, § 13 PatG in die Dogmatik des Patent- und Verfassungsrechts einzuordnen. Dazu soll zunächst das Verhältnis zur Zwangslizenz nach § 24 PatG thematisiert werden (I.). Anschließend ist die Rechtsnatur der Benutzungsanordnung zu klären (II.) und die bisherige Rechtsprechung im Bereich der Zwangslizenz und Benutzungsanordnung zu analysieren (III.). Schließlich wird die Frage möglicher Einschränkungen mangels Wirksamkeit thematisiert (IV.).

I. Verhältnis zwischen § 13 PatG und § 24 PatG

§ 9 PatG besagt, dass Dritte ohne Zustimmung des Patentinhabers kein patentgeschütztes Erzeugnis herstellen, anbieten, in Verkehr bringen, gebrauchen oder zu den genannten Zwecken einführen und besitzen dürfen. Das Patentgesetz sieht jedoch Eingriffsmöglichkeiten in diese Ausschließlichkeitsposition des Patentinhabers vor. Diese scheinen vor allem deshalb gerechtfertigt, weil eine Monopolstellung bei hoher Nachfrage für ein knappes Gut zwar eine lukrative Verwertung ermöglichen, aber gleichzeitig dem Ziel eines breiten Zugangs der Gemeinschaft zur Erfindung widersprechen könnte.²⁶

Zwei der vom Patentgesetz vorgesehenen Eingriffsmöglichkeiten sind § 13 PatG und § 24 PatG. § 13 PatG ist im System der Schranken des Patentrechts als eine von hoheitlicher Seite angeordnete, erlaubte Benutzung einzuordnen²⁷ – hierfür spricht auch die gesetzliche Bezeichnung als „Benutzungsanordnung“. Der in § 13 Abs. 3 PatG geregelte Vergütungsanspruch zeigt aber bereits eine Parallele zur Zwangslizenz nach § 24 PatG. Auch im internationalen Rahmen wird die Nähe beider Rechtsinstitute zueinander deutlich. So fallen sowohl § 13 PatG als auch § 24 PatG unter die Vorgaben des Art. 31 TRIPS hinsichtlich

²² BT-Drucks. 19/27248, S. 10 f.; BT-Drucks. 19/21826, S. 11.

²³ Noeske-Jungblut, in: Fuhrmann/Klein/Fleischfresser, Arzneimittelrecht, 3. Aufl. 2020, § 30 Rn. 118.

²⁴ Gajec, DÖV 2020, 1110 (1111).

²⁵ Reich/Uphoff, BB 2020, I.

²⁶ Bartke et al., JA 2021, 283 (285).

²⁷ Ensthaler (Fn. 20), § 13 PatG Rn. 3.

Zwangslizenzen.²⁸ Eine systematische Unterscheidung zwischen Benutzungsanordnungen und Zwangslizenzen wird auch auf europäischer Ebene nicht vorgenommen, wie Art. 45 Abs. 4 GPÜ zeigt, der „Rechte zur Benutzung einer Erfindung im öffentlichen Interesse“ zu den Zwangslizenzen zählt.²⁹ Im deutschen Recht handelt es sich bei der Zwangslizenz nach § 24 PatG im Unterschied zur Benutzungsanordnung aber um eine durch rechtskräftiges Gestaltungsurteil begründete einfache Lizenz zwischen Patentinhaber und Lizenzsucher.³⁰ Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass die Benutzungsanordnung nach § 13 PatG nur von der Bundesregierung – bzw. im Falle des § 5 Abs. 2 Nr. 5 IfSG i.V.m. § 13 PatG durch das Bundesgesundheitsministerium –, und damit nur durch die Exekutive angeordnet werden kann. Die Zwangslizenz wird hingegen durch das Bundespatentgericht als Teil der Judikative erteilt. Beide Rechtsinstitute verfolgen jedoch mit der Durchbrechung des dem Patentinhaber nach § 9 PatG zustehenden Ausschließlichkeitsrechts öffentliche Interessen zum Wohle der Allgemeinheit und haben damit den gleichen Zweck.³¹

Besonders vor dem Hintergrund der ungeschriebenen Voraussetzung der Erforderlichkeit, wonach das mildeste, für die Zweckerreichung gleich geeignete Mittel heranzuziehen ist,³² kommt der Zwangslizenz vermehrt Bedeutung zu.³³ Milderer Mittel ist die Zwangslizenz vor allem deshalb, weil das Recht aus dem Patent in seiner Ausprägung als Ausschließlichkeitsrecht beim Patentinhaber verbleibt und dieser lediglich dazu verpflichtet wird, eine Lizenz einzugehen.³⁴ Zudem ist die nach § 24 PatG zu erwartende Lizenzgebühr, da sie auf Grundlage bisheriger Verhandlungen bestimmt wird, wohl höher anzusetzen als die dem Patentinhaber bei einer Benutzungsanordnung nach § 13 Abs. 3 S. 1 PatG zustehende Entschädigung.³⁵ Schlussendlich führt diese Betrachtung zu der Frage, wann eine Zwangslizenz im Einzelfall zum Erreichen des Zweckes gleich gut geeignet ist und damit den Anwendungsbereich der Benutzungsanordnung als milderer Mittel beschränkt.

Problematisch erscheint zunächst, dass eine Zwangslizenz gem. § 24 Abs. 1 Nr. 1 PatG ein vorheriges Bemühen eines Lizenzsuchenden voraussetzt. Eine Zwangslizenz wäre daher keine gleich geeignete Alternative, wenn sich Marktakteure nicht um eine entsprechende Lizenz bemühen würden. Besonders in Fällen wie der Covid-19-Pandemie, die

einen großen Absatzmarkt für erforderliche Arzneimittel versprechen, ist dieses Szenario jedoch unwahrscheinlich. Gerade wenn ein Arzneimittel oder Impfstoff so gefragt ist, dass eine Benutzungsanordnung nach § 13 PatG im Raum steht, ist von einem Interesse und Bemühen wirtschaftlich denkender Akteure mit Produktionskapazitäten auszugehen. Sollte sich aufgrund fehlender Produktionskapazitäten niemand bemühen, wäre der Sinn der Benutzungsanordnung mangels praktischer Umsetzbarkeit ohnehin fragwürdig. Zudem bietet eine Zwangslizenz dem Lizenzsuchenden anders als die Benutzungsanordnung den Vorteil, die Produkte mit Gewinnerzielungsabsicht und nicht lediglich zum Selbstkostenpreis am Markt anzubieten, da eine Auslegung des § 13 PatG i.S.d. Art. 31 TRIPS Letzteres zur Folge hat.³⁶ Auch deshalb scheint ein Bemühen potentieller Hersteller im Krisenfall wahrscheinlich.

Einschneidender sind zeitliche Aspekte. Zunächst wird ein erfolgloses Bemühen des Lizenzsuchenden eine gewisse Zeit beanspruchen. Sodann ist die Erteilung einer Zwangslizenz gem. § 85 Abs. 1 PatG zwar durch einstweilige Verfügung möglich; hierfür sieht § 85 Abs. 3 S. 1 PatG aber eine mündliche Verhandlung vor.³⁷ Derzeit ist mit einer Dauer von acht Monaten bis zur tatsächlichen Zwangslizenzerteilung zu rechnen.³⁸ Eine derartige Verzögerung kann daher im Einzelfall die Zwangslizenz als geeignete Alternative zur Benutzungsanordnung ausschließen, da Letztere unmittelbar wirksam ist.³⁹ Eine Benutzungsanordnung ist dementsprechend nur in Szenarien möglich, in denen zeitnah auf einen Versorgungsengpass reagiert werden muss, da die Zwangslizenz in allen anderen Fällen ein milderer gleich gut geeignetes Mittel darstellt.

Hinsichtlich der unter B.I. angesprochenen Konstellation der Sicherstellung der Remdesivir-Versorgung ergibt sich Folgendes: Der Antwort der Bundesregierung vom 25.8.2020 kann entnommen werden, dass die Bundesregierung und *Gilead* damit rechneten, dass der europäische Markt bis September nur eingeschränkt bedient werden würde. Ab Oktober sollte die Nachfrage wieder gedeckt werden können.⁴⁰ Demnach wären etwaige Maßnahmen nur im Zeitraum vom 25.8.2020 bis zum 1.10.2020 in Frage gekommen. Aufgrund der voraussichtlichen Erteilungszeit einer Zwangslizenz von acht Monaten bot diese im vorliegenden Fall keine geeignete Alternative zur unmittelbar wirksamen Benutzungsanordnung.

²⁸ *Keukenschrijver* (Fn. 20), § 13 PatG Rn. 5; *von Kraack*, TRIPs oder Patentschutz weltweit – Zwangslizenzen, Erschöpfung, Parallelimporte, 2006, S. 86.

²⁹ *Von Kraack* (Fn. 28), S. 124.

³⁰ *Mes*, Patentgesetz/Gebrauchsmustergesetz, 5. Aufl. 2020, § 24 PatG Rn. 33, 43.

³¹ *Kieser/Lenz*, NJW 2002, 401 (402).

³² BVerfGE 100, 313 (375) = NJW 2000, 55 (61).

³³ *Pfanner*, GRUR Int. 1985, 357 (359); *Metzger/Zech*, GRUR 2020, 561 (565); *Kübel*, Zwangslizenzen im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2004, S. 115.

³⁴ *Kraßer/Ann*, Patentrecht, 7. Aufl. 2016, § 34 Rn. 122 ff.

³⁵ *Kieser/Lenz*, NJW 2002, 401 (402).

³⁶ *Gläsner*, Grenzen der Beschränkung von Patent- und Markenrechten zum Schutz der öffentlichen Gesundheit nach WTO-Recht, 2018, S. 180 ff.; *von Kraack* (Fn. 28), S. 120 ff.

³⁷ *Richter*, Mitt. 2021, 1 (3).

³⁸ *Bartke et al.*, JA 2021, 283 (291).

³⁹ *Scharen* (Fn. 2), § 13 PatG Rn. 7.

⁴⁰ BT-Drucks. 19/21534, S. 3.

II. Rechtsnatur der Benutzungsanordnung: Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG?

Umstritten ist, ob es sich bei der Benutzungsanordnung um eine Enteignung iSd Art. 14 Abs. 3 GG handelt. Zur Beantwortung dieser Frage sollen zunächst der verfassungsrechtlich geschützte Kern des Patentrechts herausgearbeitet (1.), die Rechtsnatur des Eingriffs bestimmt (2.) und schließlich die Folgen für Anwendungsbereich und Auslegung des § 13 PatG analysiert werden (3.).

1. Der im Zuge des Art. 14 GG geschützte Kern des Patentrechts

Eigentum ist kein Naturrecht, sondern eine rechtliche Konstruktion. Der Gehalt des Eigentums als Schutzgegenstand des Art. 14 GG muss durch den Gesetzgeber erst normativ bestimmt werden.⁴¹ Vom Schutzbereich des Art. 14 GG sind vermögenswerte Positionen erfasst, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung so zugeordnet sind, dass er die damit verbundenen Befugnisse nach eigener Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf.⁴² Eine Position hat dabei einen Vermögenswert, wenn für sie eine Verwertungsmöglichkeit besteht.⁴³

Unter diesen Gesichtspunkten ordnete das BVerfG bereits in seinen ersten Entscheidungen zum Urheberrecht die Nutzungsrechte des Urhebers dem Schutzbereich des Art. 14 GG zu.⁴⁴ Diese Zuordnung überzeugt. Kraft Schöpfungsakt steht dem Urheber am Werk ein subjektives Recht zu, dessen Rechtsumfang sich aufgrund einer Vergleichsmethodik nach dem Sacheigentum richtet und daher die freie Verfügbarkeit und Verwertbarkeit umfasst.⁴⁵ Die Eigentumsgarantie der Verfassung gebietet es, den konkreten Bestand an vermögenswerten Gütern vor ungerechtfertigten Eingriffen durch die öffentliche Gewalt zu schützen.⁴⁶ Folglich sind auch die vermögenswerten Befugnisse an immateriellen Gütern dem Schutzbereich des Art. 14 GG zu unterstellen. Das allgemeine Erfinderrecht stellt nach Ansicht des BVerfG ein technisches Urheberrecht dar, weshalb die hinsichtlich des Urheberrechts geltenden Grundsätze auf das Patentrecht übertragbar seien.⁴⁷ Zu den konstitutiven Merkmalen des Patentrechts i.S.d. Verfassungsrechts gehöre demnach die grundsätzliche Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung an den Patentinhaber im Wege privatrechtlicher Normie-

rungen und seine Freiheit, darüber verfügen zu können. Dies mache den grundsätzlich geschützten Kern des Patentrechts aus.⁴⁸ Das Patentrecht sei eine Belohnung des Patentsuchers dafür, dass er der Allgemeinheit eine Lehre zum technischen Handeln offenbart hat. Inhalt des Patentschutzes sei der Ausschluss der Allgemeinheit von der gewerbsmäßigen Nutzung der Erfindung für die Dauer des Schutzrechts.⁴⁹ Das Recht aus dem Patent in seiner Dimension als Ausschließlichkeitsposition ist demnach als solches Teil des durch Art. 14 GG geschützten Rechtsbestandes des Patentinhabers.

Der verfassungsmäßige Schutz des Eigentums ist jedoch nicht grenzenlos gewährt. Wie durch die Sozialpflichtigkeit in Art. 14 Abs. 2 GG verdeutlicht, erfüllt das Eigentum auch eine soziale Funktion, die mit dem Eigentümerinteresse an einer möglichst ungehinderten privatnützigen Verwendung in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen ist. Dieser Verpflichtung zum Ausgleich zwischen Allgemeininteressen und Individualinteressen kommt der Gesetzgeber durch Ausgestaltung abstrakt genereller Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums nach.⁵⁰ Dies gilt auch für geistiges Eigentum.⁵¹ Im Einzelfall kann es unter dem Aspekt überwiegender Allgemeininteressen sogar zur Entziehung konkreter Rechtspositionen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, der Enteignung, kommen.⁵² Je nachdem, welche Rechtsnatur der Eingriff der Benutzungsanordnung in das durch Art. 14 GG geschützte Recht aus dem Patent in seiner Dimension als Ausschließlichkeitsposition hat, sind an seine Rechtmäßigkeit unterschiedliche Anforderungen zu stellen.

2. Rechtsnatur des Eingriffs der Benutzungsanordnung in Art. 14 GG

Eine in das Eigentum eingreifende Regelung ist entweder Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung; eine Doppelqualifikation ist ausgeschlossen.⁵³ Das BVerfG bestimmt den Enteignungsbegriff spätestens seit dem „Nassauskiesungsbeschluss“⁵⁴ von 1981 anhand formeller Kriterien. Unter Enteignung versteht man demnach den vollständigen oder teilweisen Entzug einer Eigentumsposition zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben.⁵⁵ Im Unterschied dazu sind Inhalts- und Schrankenbestimmungen abstrakt generelle Beschränkungen des Eigentums. Beschränkt ist die Enteignung auf solche Fälle, in denen Güter hoheitlich

⁴¹ BVerfGE 31, 270 (272) = NJW 1971, 2169; *Epping/Hillgruber*, in: BeckOK GG, 46. Ed. 2021, Art. 14 GG Rn. 7 f.

⁴² BVerfGE 83, 201 (209) = NJW 1991, 1807 (1808); BVerfGE 112, 93 (107) = NJW 2005, 879 (881); BVerfGE 131, 66 (79) = NVwZ 2012, 1463 (1464).

⁴³ *Grzeszick*, ZUM 2007, 344 (347).

⁴⁴ BVerfGE 31, 229 (240) = NJW 1971, 2163 (2164).

⁴⁵ BVerfGE 31, 229 (240) = NJW 1971, 2163 (2164); *Badura*, in: FS Maunz, 1981, S. 1 (2 ff.); *Kirchhof*, in: FS Zeidler II, 1987, S. 1639 (1649).

⁴⁶ BVerfGE 58, 300 (320) = NJW 1982, 745 (748); *Kirchhof*, in: FS Zeidler II, 1987, S. 1639 (1650).

⁴⁷ BVerfGE 36, 281 (298); *Schulte*, GRUR 1985, 772 (775).

⁴⁸ BVerfG, GRUR 2001, 43 (44); *Kraßer/Ann* (Fn. 34), § 3 Rn. 28; *Badura*, in: FS Maunz, 1981, S. 1 (9 f).

⁴⁹ BVerfGE 36, 281 (291); *Grzeszick*, ZUM 2007, 344 (347).

⁵⁰ BVerfGE 115, 97 (114) = NJW 2006, 1191 (1193); *Epping/Hillgruber* (Fn. 41), Art. 14 GG Rn. 14 f.

⁵¹ BVerfGE 31, 229 ff., 240 f. = NJW 1971, 2163 (2164); *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Art. 14 Rn. 314.

⁵² BVerfGE 114, 1 (2) = NJW 2005, 2363.

⁵³ *Epping/Hillgruber* (Fn. 41), Art. 14 GG Rn. 77.

⁵⁴ BVerfGE 58, 300 = NJW 1982, 745.

⁵⁵ BVerfGE 58, 300 (304) = NJW 1982, 745 (746).

beschafft werden, mit denen ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben durchgeführt werden soll.⁵⁶ Entscheidend ist nicht die Intensität des Eingriffs, sondern dessen Zweckrichtung und Form. Eine Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG setzt dabei nach heutiger Rechtsprechung des BVerfG einen tatsächlichen Vorgang der staatlichen Güterbeschaffung voraus, der mit einem formalen Entzug der Eigentumsposition beim Bürger und einem Zugewinn beim Staat einhergeht.⁵⁷

Vereinzelt wird argumentiert, die Benutzungsanordnung sei eine alle Patentinhaber gleichmäßig treffende Beschränkung der Patentwirkung und deshalb Inhalts- und Schrankenbestimmung.⁵⁸ Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen, da die Beschränkung erst durch den Erlass der Anordnung eintritt und somit einen konkret bestimmbar Fall betrifft.⁵⁹ Aufgrund dieser Einzelfallbezogenheit trifft sie auch nur den entsprechenden Patentinhaber, der individuell von der Masse der Patentinhaber abgrenzbar ist.⁶⁰ Der hoheitliche Rechtsakt ist somit konkret individueller Natur. Das Recht aus dem Patent in seiner Dimension als Ausschließlichkeitsposition wird dem Patentinhaber durch den Rechtsakt der Benutzungsanordnung auch vollständig entzogen, indem sein Verbotsrecht bezüglich der Benutzung durch Dritte für die Dauer der Anordnung aufgehoben wird.⁶¹

Dieses Ergebnis bleibt auch vor dem Hintergrund nicht alle Verbotsrechte des Patentinhabers entziehender Formen der Benutzungsanordnung bestehen. Nach § 13 PatG ist dem Patentinhaber das ihm nach §§ 9, 10 PatG gewährte ausschließliche Benutzungsrecht und Verbotsrecht gegenüber Dritten nur insoweit genommen, wie im Einzelfall angeordnet. Denkbar ist es folglich, dass lediglich einzelne Verbotsrechte der §§ 9, 10 PatG entzogen werden. All diese Verbotsrechte stellen jedoch für sich gesehen eine eigene dem Patentinhaber von der Rechtsordnung zugeordnete vermögenswerte Ausschließlichkeitsposition dar und fallen damit in den Schutzbereich des Art. 14 GG.⁶² Auch wenn die Benutzungsanordnung auf den Entzug einzelner Rechte aus dem Patent beschränkt ist, wird dem Patentinhaber damit eine konkrete Eigentumsposition zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben vollständig entzogen.

Ungeklärt ist bei der Benutzungsanordnung zum jetzigen Zeitpunkt noch, welchen Regelungscharakter sie über die Entziehung von Wirkungen aus dem Patent hinaus hat. Unter diesem Gesichtspunkt ist das Merkmal der Güterbeschaffung genauer zu betrachten. Vorstellbar ist einerseits,

dass „Benutzungsanordnung“ der bloße Begriff eines Verwaltungsaktes ist, der die Entziehung des Ausschließlichkeitsrechts bewirkt. Andererseits wäre denkbar, dass dem Staat oder Dritten zugleich ein positives Nutzungsrecht verschafft wird. Zuletzt ließe sich aufgrund des Begriffsbestandteils „Anordnung“ annehmen, dass in der Benutzungsanordnung neben der Wirkungsentziehung sogar eine Verpflichtung zur Nutzung, zum Beispiel einem Dritten gegenüber, ausgesprochen werden kann.⁶³

Hinsichtlich der zwei letzteren Interpretationsmöglichkeiten liegt, unschwer zu erkennen, eine staatliche Güterbeschaffung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG hinsichtlich des Rechts aus dem Patent vor. Würde es sich jedoch um einen reinen Verwaltungsakt handeln, der lediglich die Entziehung des Ausschließlichkeitsrechts zur Folge hat, könnte argumentiert werden, dass der Staat sich dieses nicht verschaffe, weshalb keine Güterbeschaffung vorläge. Eine solche Argumentation ist jedoch abzulehnen, da sie nicht hinreichend berücksichtigt, dass selbst in diesem Fall die Nutzung der patentgemäßen Erfindung für Dritte möglich wird. Aufgrund der universellen Verfügbarkeit immaterieller Güter kann das Gesetz nicht ein Ausschließlichkeitsrecht nehmen, ohne Nutzungsmodalitäten zu öffnen. Das Merkmal der Güterbeschaffung ist funktional zu verstehen. Jeder unmittelbare Gewinn einer Nutzungsmodalität auf Seiten des Staates oder Dritter im Zuge der Entziehung von Rechten aus dem Patent zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben ist eine Güterbeschaffung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG.⁶⁴ Somit läge, selbst wenn es sich bei der Benutzungsanordnung um einen reinen Verwaltungsakt handelt, eine Güterbeschaffung vor. Bei der Benutzungsanordnung nach § 13 PatG handelt es sich folglich um eine Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG.⁶⁵ Diese Auffassung scheint auch der Gesetzgeber gehabt zu haben, da § 13 Abs. 1 PatG und § 13 Abs. 3 S. 1, 2 PatG ersichtlich den Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 GG Rechnung tragen sollen.⁶⁶

3. Folgen für die Anwendbarkeit der Benutzungsanordnung im Rahmen der Pandemie

Art. 14 Abs. 3 GG schränkt den Anwendungsbereich der Enteignung unter anderem insofern ein, als diese nur „zum Wohle der Allgemeinheit“ zulässig ist und einer strengen Interessenabwägung unterliegt. Den Begriff des „Wohl[s] der Allgemeinheit“ füllt der Gesetzgeber zwar durch die Normierung geeigneter Interessen aus, ob die gesetzliche Festlegung dann dem Allgemeinwohlbegriff entspricht, ist

⁵⁶ BVerfGK 15, 340 (345) = NVwZ 2009, 1158 (1159).

⁵⁷ BVerfGE 100, 226 (227) = NJW 1999, 2877; BVerfGE 104, 1 (9) = NVwZ 2001, 1023 (1024); BVerfGE 143, 246 = NJW 2017, 217.

⁵⁸ Krausse/Kathlun/Lindenmaier, in: Lindenmaier, Das Patentgesetz, 6. Aufl. 1973, § 8 Rn. 1; Nastelski, in: Reimer/Nastelski, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 3. Aufl. 1968, § 8 PatG Rn. 1.

⁵⁹ Kraßer/Ann (Fn. 34), § 34 Rn. 141.

⁶⁰ Keukenschrijver (Fn. 20), § 13 PatG Rn. 16.

⁶¹ Scharen (Fn. 2), § 13 PatG Rn. 7; Keukenschrijver (Fn. 20), § 13 PatG Rn. 16.

⁶² BVerfG GRUR 2001, 43 (44), BVerfGE 36, 281 (291).

⁶³ Gajec, DÖV 2020, 1110 (1114).

⁶⁴ Gajec, DÖV 2020, 1110 (1115).

⁶⁵ Körner, GRUR 1970, 387 (389); Keukenschrijver (Fn. 20), § 13 PatG Rn. 5.

⁶⁶ Kraßer/Ann (Fn. 34), § 34 Rn. 141.

jedoch gerichtlich überprüfbar.⁶⁷ Wird die Wirkung eines Patents im Fall der COVID-19-Pandemie zur Beschaffung und Produktion eines Medikaments wie Remdesivir oder eines Impfstoffes beschränkt und dadurch in das Eigentum des Patentinhabers eingegriffen, dient dies zumeist dem Schutz von Leib und Leben i.S.d. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Ein solcher Eingriff dürfte daher wohl immer Allgemeinwohlinteressen dienen.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG gebietet es indes nicht nur, die maßgeblichen legitimen Zwecke restriktiv auszulegen, sondern auch sämtliche ähnlich effektiven Handlungsalternativen zu berücksichtigen und den Eingriff selbst in der Anordnung hinsichtlich Zeit und Umfang zu beschränken.⁶⁸ Insbesondere ist als ähnlich effektive Handlungsalternative die Zwangslizenz zu berücksichtigen. Die Enteignung darf dabei nur als letztes Mittel zur Erreichung des beabsichtigten Zweckes in Betracht kommen.⁶⁹ Die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit einer Enteignung orientiert sich an der Stärke des Eingriffs in die Rechtsposition des Betroffenen.⁷⁰ Da dem Patentinhaber durch die Enteignung das Recht aus dem Patent in Ausprägung seiner Ausschließlichkeitsposition entzogen und ihm damit der wesentliche wirtschaftliche Wert des Patents genommen wird, ist der Eingriff in das Eigentum des Patentinhabers entsprechend tief. Zudem wird der patentrechtliche Schutz im Gegensatz zum Eigentum an Sachen nur für begrenzte Dauer gewährt, weshalb der Maßstab bei der Verhältnismäßigkeit im Bereich des geistigen Eigentums enger anzulegen ist.⁷¹

Insgesamt folgt hieraus ein sehr eingeschränkter Anwendungsbereich der Benutzungsanordnung. Die *ultima-ratio*-These bestätigt sich dabei durch die Rechtsnatur des mit der Benutzungsanordnung einhergehenden Eingriffs als Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG.

III. Die bisherige Zurückhaltung der Rechtsprechung

Der bisher einzige bekannte Fall einer Benutzungsanordnung stammt aus dem Jahr 1912. In der „Dampfüberhitzer“-Entscheidung des Reichsgerichts verlangte der Kläger Entschädigung und Unterlassung, da die Kriegsmarine in ihren Schiffen einen von seinem Patent geschützten Dampfüberhitzer verbaute. Das Reichsgericht wies die Klage mit der Begründung ab, dass das Reichsmarineamt durch Anordnung des Verbaus der Dampfüberhitzer im Interesse der Landesverteidigung formell eine Patententeignung gemäß dem damals geltenden § 5 Abs. 2 PatG, der

dem heutigen § 13 Abs. 1 S. 2 PatG entspricht, vorgenommen habe.⁷²

Einen weiteren Fall hatte 1949 das OLG Frankfurt zu entscheiden. Hier wurde die Möglichkeit der Patententeignung lediglich diskutiert, da die Möglichkeit der Erteilung einer Zwangslizenz wegen Stilllegung des Patentamtes nicht bestand. Schlussendlich wurden in diesem Zusammenhang jedoch nur die Voraussetzungen der Zwangslizenz gerichtlich geprüft.⁷³

Insbesondere hinsichtlich der im Zuge der Covid-19-Pandemie besonders relevanten Benutzungsanordnung im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt bieten diese Fälle keine Anknüpfungspunkte. Weitere Fälle kamen bisher nicht hinzu.

Aussagekräftiger und mittlerweile in größerer Anzahl vorhanden sind Entscheidungen deutscher Gerichte zu Zwangslizenzen nach § 24 PatG, insbesondere hinsichtlich pharmazeutischer Erzeugnisse. Wie unter C.I. festgestellt, ist § 13 PatG im Verhältnis zu § 24 PatG der schwerwiegendere Eingriff. Für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Benutzungsanordnung nach § 13 PatG müssen zumindest die Voraussetzungen des öffentlichen Interesses i.S.d. § 24 PatG vorliegen, da der Begriff des Interesses der öffentlichen Wohlfahrt i.S.d. § 13 Abs. 1 S. 1 PatG einer enger gefassten Form des öffentlichen Interesses i.S.d. § 24 PatG entspricht.⁷⁴ Um die Voraussetzungen an das Interesse der öffentlichen Wohlfahrt und den Anwendungsbereich des § 13 PatG genauer bestimmen zu können, scheint es daher sachdienlich, die bisherige Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich der Zwangslizenz genauer zu betrachten.

1. Die Rechtsprechung des BGH zu Zwangslizenzen

1995 erteilte das BPatG erstmals in der Nachkriegszeit eine Zwangslizenz nach § 24 PatG. Die Antragsgegnerin, Patentinhaberin eines Patents auf den Wirkstoff Interferon-gamma, erwirkte im Zuge eines Patentverletzungsprozesses ein Verbot gegenüber der Antragstellerin, ihr unter Verwendung von Interferon-gamma hergestelltes Arzneimittel „Polyferon“ anzubieten. Die Antragstellerin beantragte daraufhin eine Zwangslizenz mit dem Argument, „Polyferon“ sei das einzige zugelassene Arzneimittel mit dem entsprechenden Wirkstoff in Deutschland. Gegen das zunächst stattgebende Urteil des BPatG legte die Antragsgegnerin Berufung ein.⁷⁵ Zunächst bestätigte der BGH in seiner Entscheidung die Auffassung des BPatG, dass eine Erteilung von Zwangslizenzen im öffentlichen Interesse nicht nur

⁶⁷ BVerfGE 56, 249 (251) = NJW 1981, 1257 (1258); BVerfG NVwZ 2008, 1229 (1231).

⁶⁸ Gajec, DÖV 2020, 1110 (1118).

⁶⁹ BVerfGE 24, 367 (404) = NJW 1969, 309 (313); Papier/Shirvani (Fn. 51), Art. 14 GG Rn. 694.

⁷⁰ Papier/Shirvani (Fn. 51), Art. 14 GG Rn. 697.

⁷¹ Cornides, JWIP 2004, 135 (143); Karres, Das Spannungsfeld zwischen Patentschutz und Gesundheitsschutz aufgezeigt am Beispiel der patentrechtlichen Zwangslizenz, 2007, S. 128.

⁷² RGZ 101, 427 (428); Stelkens, GRUR 2004, 25 (28).

⁷³ Fuchslocher, GRUR 1949, 261 (262).

⁷⁴ Bäuml/Terhechte, NJW 2020, 3481 (3486).

⁷⁵ BGHZ 131, 247 (250) = NJW 1996, 1593 (1594).

dann geboten sein könne, wenn die Ausübung von Rechten aus dem Patent missbräuchlich sei.⁷⁶ Vielmehr könnten unabhängig von missbräuchlicher Ausübung des Patentrechts auch andere, vor allem technische und medizinische Gründe die Annahme eines öffentlichen Interesses rechtfertigen.⁷⁷ Der BGH bestätigte auch die Auffassung des BPatG, dass ein öffentliches Interesse bezüglich der Verfügbarkeit bestimmter Arzneimittel bei schweren Krankheiten aus Gründen der medizinischen Versorgung gegeben sein könne.⁷⁸ Darüber hinaus stellte der BGH klar, dass der Begriff des „öffentlichen Interesses“ nicht in allgemeingültiger Weise umschrieben werden könne, sondern dem zeitlichen Wandel der Anschauungen unterworfen sei.⁷⁹ Schlussendlich verneinte der BGH im vorliegenden Fall die Zwangslizenz, weil die Überlegenheit des Arzneimittels gegenüber verfügbaren Alternativen zum damaligen Zeitpunkt nach Ansicht des Gerichts nicht bewiesen war.⁸⁰

2017 wurde vom BGH im Zuge einer unter dem Stichwort „Raltegravir“ bekannten Entscheidung erstmals eine erstinstanzlich erteilte Zwangslizenz aufrechterhalten.⁸¹ Ein vom Patentinhaber in Deutschland zur Behandlung von HIV/AIDS vertriebener Wirkstoff erwies sich für die Behandlung bestimmter Patientengruppen vorteilhafter als andere vergleichbare, in Deutschland verfügbare Wirkstoffe. In diesem Zusammenhang bejahte der BGH dementsprechend auch erstmals das Vorliegen der Voraussetzung des öffentlichen Interesses bei einer Zwangslizenz, betonte dabei aber die Einzelfallabhängigkeit dieses Merkmals. Der Rechtsbegriff könne nicht in allgemeiner Weise umschrieben werden. Vielmehr sei die Frage seines Vorliegens unter Abwägung aller relevanten Umstände und der betroffenen Interessen zu beantworten.⁸² Ein öffentliches Interesse könne insbesondere dann vorliegen, wenn ein Arzneimittel zur Behandlung schwerer Krankheiten therapeutische Eigenschaften aufweist, die auf dem Markt erhältliche Mittel nicht oder nicht in gleichem Maße besitzen.⁸³

In einem 2018 vor dem BPatG unter dem Stichwort „Praluent“ verhandelten Verfahren lehnte das Gericht das Gesuch der Antragstellerin auf Erteilung einer Zwangslizenz ab.⁸⁴ Hintergrund war, dass sowohl Antragstellerin als auch Antragsgegnerin einen auf gleiche Weise wirkenden Cholesterinspiegel-senker vertrieben. Nachdem die Antragsgegnerin die Antragstellerin wegen Patentverletzung verklagte, beantragte die Antragstellerin nach erfolglosem Ersuchen einer Lizenz die Erteilung einer Zwangslizenz. 2019 wies der BGH in „Alirocumab“ eine Beschwerde der

Antragstellerin gegen das ablehnende „Praluent“-Urteil des BPatG ab.⁸⁵ Zwar könne es für ein öffentliches Interesse ausreichen, dass das Arzneimittel bei der Behandlung schwerer Erkrankungen therapeutische Eigenschaften aufweist, die für andere erhältliche Mittel nicht oder nicht in demselben Maße belegt sind. Im vorliegenden Fall sei der entsprechende Nachweis aber nicht gelungen.⁸⁶

2. Folgen für den Anwendungsbereich der Benutzungsanordnung

Die „Polyferon“-Entscheidung des BGH von 1996 hat gezeigt, dass der Begriff des öffentlichen Interesses sich mit der Zeit verändernden Anschauungen unterworfen ist. Hieraus lässt sich schlussfolgern, dass ältere Reichsgerichtsurteile zur Bestimmung der Anwendungs- und Auslegungsgrenzen nicht nur hinsichtlich der Zwangslizenz, sondern auch bezüglich der Benutzungsanordnung ungeeignet sind.⁸⁷ Der BGH hat verdeutlicht, dass die Anforderungen an das öffentliche Interesse bei einer das Ausschließlichkeitsrecht des Patentinhabers durchbrechenden Maßnahme auch bei Arzneimitteln hoch anzusetzen sind. Die Möglichkeit einer Anwendung zur Beschaffung von Arzneimitteln bestätigte der BGH indes. Im Zuge von „Raltegravir“ hat das Gericht die Voraussetzungen eines öffentlichen Interesses im Vergleich zu „Polyferon“ vergleichsweise liberal zugunsten des Lizenzsuchers definiert und zudem gezeigt, dass eine tatsächliche Anwendung des Rechtsinstituts der Zwangslizenz nicht ausgeschlossen ist.⁸⁸

In „Alirocumab“ verwendete der BGH wieder den aus „Raltegravir“ bekannten Prüfungsmaßstab.⁸⁹ Anders als in „Raltegravir“ befasste sich die Entscheidung im Kern aber mit den Voraussetzungen der Glaubhaftmachung einer Überlegenheit des Arzneimittels gegenüber vergleichbaren Mitteln. Die in „Raltegravir“ zunächst noch sehr liberalen Auslegungsgrenzen wurden dabei wieder deutlich enger gezogen, indem insbesondere die Anforderungen an den Nachweis der Überlegenheit gegenüber verfügbaren Arzneimitteln hoch, für einzelne Stimmen auch zu hoch,⁹⁰ angesetzt wurden. Die Entscheidung „Alirocumab“ hat somit bestätigt, dass es bei der Erteilung von Zwangslizenzen auch im Arzneimittelbereich bei den bisher angenommenen hohen Hürden bleiben soll.

Dass in der Nachkriegszeit nur eine einzige Zwangslizenzerteilung vor dem BGH Bestand hatte, verdeutlicht die hohen Voraussetzungen und unterstreicht eine sehr restriktive Auslegung auch hinsichtlich des öffentlichen Interesses

⁷⁶ BGHZ 131, 247 (252) = NJW 1996, 1593 (1595).

⁷⁷ BPatG, BIPMZ 1974, 319 (320); BGHZ 131, 247 (254) = NJW 1996, 1593 (1596).

⁷⁸ BGHZ 131, 247 (256) = NJW 1996, 1593 (1596).

⁷⁹ BGHZ 131, 247 (250) = NJW 1996, 1593 (1594).

⁸⁰ BGHZ 131, 247 (257) = NJW 1996, 1593 (1596).

⁸¹ BGHZ 215, 214 = GRUR 2017, 1017.

⁸² BGH GRUR 1972, 471; BGHZ 215, 214 (220) = GRUR 2017, 1017 (1020).

⁸³ BGHZ 215, 214 (220) = GRUR 2017, 1017 (1020).

⁸⁴ BPatG, Beschl. v. 06.09.2018 – Az.: 3 LiQ 1/18 (EP).

⁸⁵ BGH GRUR 2019, 1038; *Stierle*, GRUR 2020, 30 (32).

⁸⁶ BGH GRUR 2019, 1038 (1041); BPatG Mitt. 2019, 117 (120).

⁸⁷ *Karres*, (Fn. 71), S. 170; BGH, GRUR 1996, 190 (192).

⁸⁸ BGHZ 215, 214 (218) = GRUR 2017, 1017 (1019); *Melullis*, GRUR 2021, 294.

⁸⁹ BGH GRUR 2019, 1038 (1041).

⁹⁰ *Stierle*, GRUR 2020, 30 (33); *Melullis*, GRUR 2021, 294.

i.S.d. § 24 PatG. Für die Benutzungsanordnung bedeutet diese zurückhaltende Rechtsprechung des BGH zur Zwangslizenz aufgrund der notwendigerweise strengeren Auslegung des Interesses der öffentlichen Wohlfahrt einen weit eingeschränkten Anwendungsbereich. An das Interesse der öffentlichen Wohlfahrt sind unter Abwägung aller relevanten Umstände und betroffenen Interessen äußerst hohe Anforderungen zu stellen. Engpässe bei der Arzneimittelversorgung werden die Benutzungsanordnung jedoch unter besonderen Umständen rechtfertigen können.

Hinsichtlich des unter B.I. angesprochenen Sachverhalts der Remdesivir-Versorgung im September 2020 lässt sich aber festhalten, dass insbesondere aufgrund des Umstands, dass Ende August 2020 kein Versorgungsengpass für September erkennbar war, die Anforderungen an das Interesse der öffentlichen Wohlfahrt wohl nicht erfüllt gewesen wären.

IV. Einschränkungen der praktischen Wirksamkeit

Neben den strengen Voraussetzungen für die Erteilung einer Benutzungsanordnung ist ihre Wirksamkeit im Einzelfall von weiteren Faktoren abhängig. Zunächst besteht ein Gleichlaufproblem mit der zulassungsrechtlichen Datenexklusivität aus § 24b AMG. Diese verhindert für einen Zeitraum von acht Jahren, dass Arzneimittelhersteller für die Zulassung von Generika auf den Zulassungsantrag für das Originalarzneimittel Bezug nehmen können. Zudem verhindert sie für zehn Jahre, dass Generikahersteller überhaupt eine Zulassung bekommen. Hinsichtlich Zwangslizenzen und Benutzungsanordnungen finden sich im Arzneimittelzulassungsrecht keine gleichlaufenden Regelungen, wodurch das Ziel der Rechtsinstitute, die Erfindung tatsächlich nutzen zu können, vereitelt wäre.⁹¹

Vorgeschlagen wird eine analoge Anwendung einer EU-Verordnung, die zur Vermeidung von Doppelversuchen an Wirbeltieren bei der Zulassung von Pflanzenschutzmitteln die Regelung der Datenexklusivität durchbricht.⁹² Die für eine Analogie erforderliche vergleichbare Interessenlage ist aufgrund des Sonderfalls der Verordnung jedoch nur schwerlich erkennbar. Passender wäre wohl eine analoge Anwendung des Art. 18 Abs. 2 der Verordnung (EG) 816/2006.⁹³ Erfasst werden im direkten Anwendungsbereich nur Arzneimittel zum Export in Länder mit Defiziten in der öffentlichen Gesundheitsversorgung. In diesem Zusammenhang regelt Art. 18 Abs. 2 aber den unmittelbaren Konflikt zwischen Zwangslizenzen und Datenexklusivität zu Gunsten der Zwangslizenz bei vergleichbarer Interessenlage im Sekundärrecht. Das Datenexklusivitätsproblem

im Zulassungsrecht kann durch diese analoge Anwendung überwunden werden.

Ein bisher ungelöstes Problem liegt hingegen darin, dass bei der Benutzungsanordnung keine Verpflichtung des Patentinhabers zur Preisgabe von über den Inhalt des Patents hinausgehendem *Know-how* besteht. Für *Know-how* gibt es im deutschen Recht keine Legaldefinition, es kann jedoch auf die Definition der Technologie-Transfer-Verordnung der EU zurückgegriffen werden (Verordnung (EU) 316/2014). *Know-how* ist demnach gem. Art. 1 Abs. 1 lit. i die Gesamtheit praktischer Kenntnisse, die durch Erfahrung und Versuche gewonnen werden und geheim, wesentlich und identifizierbar sind. Entscheidend ist dabei, dass dieses Wissen in der Regel nur durch erheblichen Zeit- und Kostenaufwand zu erlangen ist.⁹⁴ Durch die Benutzungsanordnung kann nur die rechtlich begründete Ausschließkeitsstellung des Patentinhabers überwunden werden. Hinsichtlich geheimen zusätzlichen Wissens besteht kein Ausschlussrecht, sondern nur die tatsächliche Alleinstellung.⁹⁵

Eine Preisgabe kann folglich nicht erzwungen werden, selbst wenn ohne sie die patentierte Erfindung nicht verwertbar ist. Auch die patentrechtliche Offenbarungspflicht aus § 30 Abs. 4 PatG, die besagt, dass die Erfindung in der Anmeldung so deutlich und vollständig zu offenbaren ist, dass ein Fachmann sie ausführen kann, führt zu keiner Verpflichtung zur Preisgabe von die Ausführung erleichterndem *Know-how*. Weder nationales Recht noch EPÜ fordern eine Offenbarung der „besten Ausführungsform“.⁹⁶ Auch wenn hierdurch die praktische Wirksamkeit der Benutzungsanordnung eingeschränkt wird, erscheint dies sinnvoll, da ansonsten Hersteller, um über das Patent hinausgehendes *Know-how* geheim zu halten, ihre Erfindungen erst gar nicht zum Patent anmelden würden.⁹⁷ Dies widerspräche dem Sinn des Patentrechts, der unter anderem in der Offenbarung neuen technischen Wissens gegenüber der Allgemeinheit liegt.

Vereinzelt wird die Ansicht vertreten, dass eine Weigerung des Patentinhabers zur Überlassung des erforderlichen *Know-hows* als Missbrauch der dem Patentinhaber gewährten Rechtsstellung i.S.d. Art. 5A PVÜ gesehen werden könnte.⁹⁸ Dies würde wiederum Zwangslizenzen i.S.d. Art. 31 TRIPS rechtfertigen, unter welche sowohl die Benutzungsanordnung als auch die Zwangslizenz nach deutschem Recht fallen. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Zwangslizenz und Benutzungsanordnung rechtfertigen sich dadurch, dass eine gesetzlich untermauerte Monopolstellung begründet worden ist. Das vom Bürger in seiner Geheimsphäre Zurückgehaltene ist durch den Staat

⁹¹ Stierle, JZ 2021, 71 (76); Baker/Boulet/Hoen, JPPP 2017, 10 (19).

⁹² Metzger/Zech, GRUR 2020, 561 (565).

⁹³ Stierle, JZ 2021, 71 (76).

⁹⁴ Kortunay, Patentlizenz- und Know-How-Verträge im deutschen und europäischen Kartellrecht, 2003, S. 18 f.

⁹⁵ Kraßer/Ann (Fn. 34), § 34 Rn. 130 f.

⁹⁶ Keukenschrijver (Fn. 20), § 34 PatG Rn. 216; Teschemacher, in: Europäisches Patentübereinkommen MGK, 30. Lieferung 2014, Art. 83 EPÜ Rn. 57 ff.

⁹⁷ Tetzner, GRUR 1973, 62.

⁹⁸ Beier, GRUR 1972, 214 (225).

gerade nicht durch die Gewährung einer Ausschließlichkeitsstellung privilegiert worden, weshalb dem Staat kein Zugriff möglich ist.

Über den Inhalt des Patents hinausgehendes *Know-how* ließe sich, abgesehen von der Möglichkeit, es selbst zeitaufwendig zu erarbeiten, durch Technologietransfer-Vereinbarungen i.S.d. erwähnten Verordnung (EU) 316/2014 erlangen. Da es dem Patentinhaber jedoch freisteht, mit wem er solche Vereinbarungen abschließt, ist davon auszugehen, dass sie wohl nur im Rahmen einer Lizenzvereinbarung und nicht im Zusammenhang mit einer Benutzungsanordnung abgeschlossen werden würden.

Weitere Problemfelder sind in der Produktion der patentierten Produkte angelegt. Einerseits ist insbesondere der Arzneimittelsektor aus Reinheitsgründen auf komplexe Fertigungsanlagen angewiesen. Der Bau neuer Anlagen zur zeitigen Behebung von Versorgungsschwierigkeiten scheint daher ausgeschlossen. Doch auch beim Umrüsten bestehender Anlagen ist von nicht unerheblichen zeitlichen Verzögerungen auszugehen. Andererseits sind die im Arzneimittelsektor sehr umfangreichen Produktions- und Lieferketten aus Gründen der Wirtschaftlichkeit aufeinander abgestimmt. Allein dadurch, dass im Fall einer Benutzungsanordnung weitere Unternehmen zum Vertrieb und zur Herstellung eines Arzneimittels berechtigt sind, lässt sich kein Versorgungsengpass beheben, wenn in der Lieferkette angesiedelte Subunternehmer den hierdurch angestiegenen Bedarf an Ressourcen und Komplementärgütern nicht decken können.

Die angesprochenen Felder zeigen, dass die Wirksamkeit einer Benutzungsanordnung vor allem in dem für die Bewältigung der Covid-19-Pandemie essenziellen Arzneimittelsektor durch Umsetzungsprobleme beeinflusst wird. Da eine Benutzungsanordnung als Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegt, sind diese Faktoren im Anwendungsfall bereits im Rahmen der Geeignetheit der Anordnung zu berücksichtigen.⁹⁹ Dies schränkt den Anwendungsbereich des § 13 PatG weiter ein.

Im unter B.I. angesprochenen Sachverhalt wäre eine Benutzungsanordnung Ende August 2020 zur Sicherstellung der Remdesivir-Versorgung im September daher auch kein geeignetes Mittel gewesen. Eine Produktion durch beauftragte Unternehmen innerhalb weniger Tage zur Deckung möglicher Engpässe im September 2020 ist rückblickend kaum vorstellbar.

⁹⁹ C. II. 3.

¹⁰⁰ *Beier*, GRUR Int. 1970, 1 (2); *Machlup*, GRUR Ausl. 1961, 373 (377); *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, 11. Aufl. 2020, S. 6.

¹⁰¹ *Machlup*, GRUR Ausl. 1961, 373 (377); *Rogge/Mellullis*, in: Benkard, Patentgesetz, 11. Aufl. 2015, Einleitung Rn. 3.

¹⁰² *Machlup*, GRUR Ausl. 1961, 373 (377); *Connor*, GRUR 1963, 161 (162); *Götting* (Fn. 100), S. 6.

D. Kritische Betrachtung der Patententeignung durch Benutzungsanordnung

Im Folgenden soll sich kritisch mit dem Institut der Benutzungsanordnung auseinandergesetzt werden. Dazu ist zunächst zu klären, ob § 13 PatG mit dem Sinn und Zweck des Patentrechts vereinbar ist (I.). Sodann sollen die bei einer Patententeignung betroffenen Interessen herausgearbeitet und miteinander abgewogen werden (II.). Abschließend soll die Benutzungsanordnung im Wettbewerb und als politisches Mittel thematisiert werden (III.).

I. Vereinbarkeit des § 13 PatG mit Sinn und Zweck des Patentrechts

Zur Rechtfertigung des Patentschutzes werden in der Regel vier Theorien herangezogen, die die Diskussion um die Theorie des gewerblichen Rechtsschutzes und um eine Legitimation für den Patentschutz zusammenfassen und strukturieren. Nach der „Naturrechtstheorie“, auch als Eigentumstheorie bekannt, steht dem Menschen an seinen Ideen von Natur aus ein absolutes Eigentumsrecht zu, das von der Allgemeinheit anzuerkennen und zu schützen ist. Dem Erfinder allein gebühre das Recht, seine Erfindung zu verwenden und Dritte von der Nutzung auszuschließen.¹⁰⁰ Nach der „Belohnungstheorie“ gebührt dem Erfinder aus dem Gebot der Gerechtigkeit für die Veröffentlichung seiner Erfindung und damit für den der Allgemeinheit nützlichen Dienst eine Belohnung.¹⁰¹ Die „Anspornungstheorie“ geht hingegen davon aus, dass ein größtmöglicher industrieller Fortschritt zu erstreben ist. Erfindungen förderten diesen Fortschritt, daher müsse durch das Patent ein Ansporn gegeben werden, der die Zahl der Erfindungen erhöht.¹⁰² Zuletzt besagt die „Offenbarungstheorie“, auch Vertragstheorie genannt, dass der Erfinder dafür, dass er sein technisches Wissen der Allgemeinheit zur Verfügung stellt und nicht geheim hält, vom Staat als Gegenleistung ein zeitlich befristetes Ausschließlichkeitsrecht erhält. Ziel soll sein, dass die Allgemeinheit von einer unverzüglichen Kenntniserlangung über den neuesten Stand der Technik profitiert.¹⁰³

Auffallend ist, dass Naturrechts- und Belohnungstheorie den Erfinder im Vordergrund sehen, während Anspornungs- und Offenbarungstheorie vor allem Interessen der Allgemeinheit betonen. Die verschiedenen Theorien sind nicht alternativ, sondern kumulativ anzuwenden.¹⁰⁴ Die Gesellschaft gewährt dem Einzelnen den Patentschutz nicht allein in dessen Interesse, sondern gerade im Interesse der Allgemeinheit.¹⁰⁵ *Peter Kurz* merkt dazu in seiner Welt-

¹⁰³ *Machlup*, GRUR Ausl. 1961, 373 (377); *Rogge/Mellullis* (Fn. 101), Einleitung Rn. 3.

¹⁰⁴ *Machlup*, GRUR Ausl. 1961, 373 (377); *Jänich*, GRUR 2003, 483 (489); *Osterrith*, Patentrecht, 6. Aufl. 2021, Rn. 14; *Ann*, Patentrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 12.

¹⁰⁵ *Koikkara*, Der Patentschutz und das Institut der Zwangslizenz in der Europäischen Union, 2010, S. 24; *Haedicke* (Fn. 1), Rn. 14.

geschichte des Erfindungsschutzes an: „Es ist keineswegs das Ziel der Gesellschaft den Erfinder zu bereichern, sondern sich an der Erfindung zu bereichern“¹⁰⁶. Es stehen also zwei Interessen, diejenigen des Erfinders und diejenigen der Allgemeinheit, hinter dem Patentschutz, die in stetiger Balance zu halten sind. Ist das Interesse der Allgemeinheit nicht mehr ausreichend gewahrt, muss der Patentschutz gegebenenfalls beschränkt werden.¹⁰⁷ Dies bietet Raum für Zwangslizenzen und im Ausnahmefall Patententeignungen auf Grundlage der Benutzungsanordnung, um den Patentschutz im Rahmen des gesetzten Zweckes zu halten. Die Benutzungsanordnung ist demnach zwar mit dem Sinn und Zweck des Patentrechts vereinbar, die Beschränkung des Patentschutzes ist dabei aber aufgrund der stets zu haltenden Balance an hohe Voraussetzungen hinsichtlich des Allgemeininteresses geknüpft.

II. Interessenabwägung bei der Patententeignung

Ob eine Patententeignung tatsächlich zur Anwendung kommt, hängt letztlich von der Frage der Verhältnismäßigkeit ab. Wesentlicher Bestandteil der nötigen Abwägung ist es dabei, die konkurrierenden Interessen von Patentinhaber und Allgemeinheit in Ausgleich zu bringen. Unter dem Interesse der Allgemeinheit wird dabei nicht eine Häufung aller Einzelinteressen verstanden, sondern vielmehr eine übergeordnete Zweckvorstellung, die Interessen des Einzelnen und der Gemeinschaft zusammenfasst.¹⁰⁸

Im Interesse der Allgemeinheit wird es stehen, allen Mitgliedern der Gemeinschaft in Pandemiefällen eine umfassende medizinische Versorgung zu möglichst günstigen Bedingungen zu gewährleisten und dafür Patente möglichst frei zu benutzen.¹⁰⁹ Das Rechtsgut der Gesundheit zählt zu den wertvollsten und schutzbedürftigsten Interessen der Allgemeinheit. Ausdruck findet dies insbesondere in der dem Staat gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG obliegenden Schutzpflicht für die körperliche Unversehrtheit eines jeden Einzelnen.¹¹⁰ Gleichzeitig entspricht es aber auch dem Allgemeininteresse, dass notwendige Arzneimittel schnellstmöglich entwickelt werden, um überhaupt zur Verfügung zu stehen.

Das Interesse der Allgemeinheit an der Möglichkeit zur tatsächlichen Nutzung von Erfindungen spiegelt sich auch im einfachgesetzlichen Patentrecht wider. So schließt § 2 PatG die Patentierung von Behandlungsmethoden aus und

§ 11 PatG schafft eine Ausnahme des Patentschutzes zugunsten aufbauender Forschung. Das Interesse des Patentinhabers wird vornehmlich darin bestehen, das ihm durch das Patent gem. §§ 9, 10 PatG gewährte Ausschließlichkeitsrecht möglichst umfassend zu erhalten und weiterhin alleine auszuüben.¹¹¹ Der Wunsch der Allgemeinheit nach Aufhebung der Ausschließlichkeitsposition des Patentinhabers ist nachvollziehbar, da Erfindungen direkt und ohne Lizenzkosten von Generikaherstellern nachproduziert werden könnten. Ein breites Angebot könnte wiederum zu einer potentiellen Senkung der Kosten der Medikamentenversorgung führen.¹¹² Ob dies in Deutschland im Einzelfall tatsächlich der Fall wäre, erscheint aufgrund des bestehenden Festbetragsystems der gesetzlichen Krankenversicherungen indes zweifelhaft, da sich Arzneimittelhersteller bei der Preisgestaltung an den Festbetragsgrenzen orientieren.¹¹³ Darüber hinaus sollten zudem Langzeitauswirkungen von Maßnahmen wie der Benutzungsanordnung betrachtet werden.

Je weniger es sich lohnt, frühzeitig und risikobereit in Forschung zu investieren – möglicherweise auch eigene Wege zu beschreiten, statt auf bekannte Trends in der Forschungslandschaft zu setzen –, desto geringer die Heterogenität der parallel verfolgten Forschungsansätze und damit die Chance, dass bei einem unerwartet dringenden Bedarf, etwa nach einem Arzneimittel, schnellstmöglich eine Lösung gefunden wird.¹¹⁴ Für die in den Bereichen Impfstoffe, Medikamente und medizinisch technische Geräte erforderliche Innovation ist die Allgemeinheit auf Unternehmen angewiesen, deren Geschäftsfeld diese Technologiefelder abdeckt.¹¹⁵ Setzt man für die Lösung auf die Pharmaindustrie, sollte dieser aber auch ermöglicht werden, die durch hohe Entwicklungskosten notwendigen Investitionen über die Zeit zu amortisieren.

Für das Patentrecht gilt, dass eine Balance zwischen einer Anreizwirkung zur Erzielung von mehr Innovation über die Zeit, der „dynamischen Effizienz“, und dafür in Kauf genommener eingeschränkter Nutzung der zu einem bestimmten Zeitpunkt vorhandenen Lösung, sogenannter „staatlicher Ineffizienz“ nötig ist.¹¹⁶ In Fällen wie der Covid-19-Pandemie kann es nötig sein, dass andernfalls eher in Richtung dynamischer Effizienz zu verortende Optimum in Richtung der freien Nutzung und damit zur staatlichen Effizienz zu verschieben. Jedoch muss dies mit Vorsicht

¹⁰⁶ Kurz, Weltgeschichte des Erfindungsschutzes, 1. Aufl. 2000, S. 240.

¹⁰⁷ Koikkara (Fn. 105), S. 24 f.

¹⁰⁸ Jabbusch, Begrenzung der konzentrationsfördernden Wirkungen des Patentschutzes durch Erweiterung des Instituts der Zwangslizenz, 1977, S. 82.

¹⁰⁹ Haedicke (Fn. 1), Rn. 7 ff.; Wegmann, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, 2013, S. 338 f.

¹¹⁰ Steiner, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 2 GG Rn. 15; Murswiek/Rixen, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 150.

¹¹¹ Doepner, Zwangslizenzen unter Berücksichtigung des Pharmabereichs, 2010, S. 85; Haedicke (Fn. 1), Rn. 3; Wegmann (Fn. 109), S. 339 f.

¹¹² Bartke/Ende/Hoffmann/Skiebe, JA 2021, 283 (285); Ridder, Die Bedeutung von Zwangslizenzen im Rahmen des TRIPS-Abkommens, 2004, S. 44 f.

¹¹³ Winter, Die Verwirklichung des Binnenmarktes für Arzneimittel, 2004, S. 182; BT-Drucks. 19/21826, S. 5 f.

¹¹⁴ Richter, Mitt. 2021, 1; Nabel/Zerhouni/Zerhouni, Science 2020, 1035.

¹¹⁵ Metzger/Zech, GRUR 2020, 561 (568); Nabel/Zerhouni, Science 2020, 1035.

¹¹⁶ Metzger/Zech, GRUR 2020, 561 (568).

geschehen und zeitlich möglichst begrenzt werden, da anderenfalls eine starke Beeinträchtigung des Langzeit-Anreizeffekts zu befürchten ist. Dies könnte zur Folge haben, dass Pharmaunternehmen in künftigen Krisen wegen der Gefahr der Benutzungsanordnung nicht mehr bereit wären, in notwendigem Maße zu investieren.¹¹⁷ Gerade bei Impfstoffen und Medikamenten besteht diese Gefahr, da ihre Entwicklung aufgrund des hohen Risikos regelmäßig wirtschaftlich wenig lukrativ ist.¹¹⁸ Untersuchungen zeigen, dass 65% aller pharmazeutischen Erfindungen ohne Investitionsabsichernden Patentschutz nicht hervorgebracht worden wären.¹¹⁹ Die möglichst schnelle und effektive Bewältigung zukünftiger Krisen, wie etwa Pandemien, wird auch dem Interesse der Allgemeinheit entsprechen. Eine Beeinträchtigung des Langzeit-Anreizeffekts ist daher nicht in ihrem Interesse.

Einwenden ließe sich, dass eine Benutzungsanordnung auf Grundlage von § 13 PatG territorial auf die Bundesrepublik Deutschland beschränkt wäre und damit möglicherweise für global agierende Unternehmen bei einem weltweiten Absatzmarkt nur bedingt Auswirkungen auf den Langzeit-Anreizeffekt hätte. Es sollte jedoch die Vorreiterstellung der Bundesrepublik Deutschland in wirtschaftlichen und politischen Fragen in Europa und der Europäischen Union berücksichtigt werden. Wird hierzulande der Patentschutz an Impfstoffen und Arzneimitteln zum Zweck der Pandemiebewältigung aufgehoben, ist eine Art Dominoeffekt zu befürchten, dessen Ergebnis die Aufhebung des entsprechenden Patentschutzes in weiten Teilen Europas sein könnte. Denkbar ist dies vor allem, da so gut wie alle europäischen Staaten nationale Regelungen auf Grundlage des Art. 31 TRIPS und damit die Möglichkeit einer der Benutzungsanordnung nach § 13 PatG entsprechenden Maßnahme haben. Die mit einer Benutzungsanordnung nach § 13 PatG einhergehende Gefahr der Aufhebung des Patentschutzes in weiten Teilen Europas, dem weltweit zweitgrößten Arzneimittelabsatzmarkt nach Regionen,¹²⁰ lässt erhebliche Auswirkungen auf den Langzeit-Anreizeffekt befürchten.

Für eine Zurückhaltung bei der Anwendung der Benutzungsanordnung und gegen ein Interesse der Allgemeinheit sprechen auch wirtschaftspolitische Aspekte. Denn zunächst trägt der Staat und damit die Allgemeinheit als Schuldner des Vergütungsanspruchs die Kosten, die eine Entschädigung des Patentinhabers nach § 13 Abs. 3 PatG

mit sich bringt.¹²¹ Diese Kosten wären in der Regel wohl besser in eine lizenzrechtliche Verhandlungslösung zwischen Patentinhaber und staatlich beauftragten Unternehmen unter Aufrechterhaltung und Intensivierung des Langzeit-Anreizeffekts investiert.¹²²

In diesem Zusammenhang kritisch zu sehen ist auch die Entschädigungsregelung des § 13 Abs. 3 S. 1 PatG. Die Entschädigung des Patentinhabers knüpft nicht an seinen Aufwand an, sondern bemisst sich daran, was den Umständen nach „angemessen“ ist. Die Entschädigung knüpft somit an das an, was vernünftige Parteien im Falle einer vertraglichen Lizenz vereinbaren würden.¹²³ Die Höhe wird folglich dadurch begrenzt, dass die Lizenzgebühren dem Lizenznehmer weiterhin die Aufrechterhaltung seines Betriebes ermöglichen müssen.¹²⁴ Bei dieser Begrenzung scheint es nicht gesichert, dass sich dem Patentinhaber durch die Entschädigung nach § 13 Abs. 3 S. 1 PatG die durch Forschung und Entwicklung entstandenen Kosten amortisieren. Noch weniger gilt dies für die mit seinem Unternehmen verbundenen Ausgaben für beispielsweise eine Vielzahl gescheiterter Entwicklungsversuche, die bei einer Eigenverwertung durch Einnahmen wieder gedeckt werden könnten.¹²⁵ Es ist sogar davon auszugehen, dass die vom Patentinhaber nach § 13 Abs. 3 S. 1 PatG zu erwartende Entschädigung geringer ausfallen würde, als die bei einer Zwangslizenz nach § 24 Abs. 4 S. 4 PatG zu erwartende Vergütung, da kein entgangener Gewinn berücksichtigt wird.¹²⁶ Die Amortisierungsinteressen des Patentinhabers werden auch in dieser Hinsicht stark beeinträchtigt, was entsprechend höhere Anforderungen an ein überwiegendes Allgemeininteresse bei der Benutzungsanordnung stellt.

Zudem ist in Deutschland der für die Pharmaentwicklung essentielle Bereich der Biotechnologie und chemischen Industrie durch kleine und mittelständische Unternehmen geprägt, deren Refinanzierung und wirtschaftliche Existenz oft an einzelnen Patenten hängt.¹²⁷ Die tatsächliche Anwendung von Mitteln wie der Benutzungsanordnung birgt die Gefahr, dass der Innovationsstandort Deutschland zukünftig stagniert, da gründungsbereite Unternehmer die Gefahr existenzgefährdender staatlicher Eingriffe zu vermeiden versuchen. Dem ließe sich zwar entgegenhalten, dass neben dem Patentschutz auch weitere Faktoren, etwa staatlich garantierte Fördermittel, Absatzmöglichkeiten am Markt, gesetzliche Regulierungen, der Arbeitsmarkt, die Steuerlage und die politische Situation den Langzeit-Anreizeffekt

¹¹⁷ Stierle, JZ 2021, 71 (77); Penrose, The economics of the international patent system, 1951, S. 174; Oddi, IDEA 2011, 1 (13).

¹¹⁸ Wielsch, Zugangsregeln, 2008, S. 12; Contreas et al., Nat. Biotechnol. 2020, 1146 (1148); Oddi, IDEA 2011, 1 (12).

¹¹⁹ Mansfield, Management Science 1986, 173 (180); Rainey/Rozek, JWIP 2001, 463 (470).

¹²⁰ Bundesverband der Pharmazeutischen Industrie (BPI), Pharma-Daten, 50. Aufl. 2020, S. 39 f.

¹²¹ Scharen (Fn. 2), § 13 PatG Rn. 13.

¹²² Stierle, JZ 2021, 71 (77).

¹²³ Keukenschrijver (Fn. 20), § 13 PatG Rn. 17; Stieger, Das Recht aus dem Patent und seine Schranken, 2001, S. 210 f.

¹²⁴ Rogge/Kober-Dehm, in: Benkard, Patentgesetz, 11. Aufl. 2015, § 24 PatG Rn. 33; Stieger (Fn. 123), S. 210 f.

¹²⁵ Melullis, GRUR 2021, 294 (297).

¹²⁶ Kieser/Lenz, NJW 2002, 401 (402).

¹²⁷ Zeller, Stellungnahme zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts, https://www.bundestag.de/resource/blob/823430/9b557111bd77ca42b14efc52a8832aab/stellungnahme-zeller_vci-data.pdf, zuletzt abgerufen am 23.3.2022.

beeinflussen.¹²⁸ Beachtet man in diesem Zusammenhang aber, dass die Benutzungsanordnung in Deutschland seit 1912 nicht mehr zur Anwendung gekommen ist, und auch das verhältnismäßig mildere Mittel der Zwangslizenz kaum genutzt wurde, darf und sollte die Signalwirkung einer tatsächlichen Anwendung nicht unterschätzt werden.

Besonders aufgrund zukünftiger Krisen sollte daher auch im Zuge der Covid-19-Pandemie nur mit äußerster Vorsicht vom Institut der Benutzungsanordnung Gebrauch gemacht werden. Die ursprüngliche These, dass § 13 PatG lediglich als *ultima ratio* zum Einsatz kommen sollte, bestätigt sich demnach auch als Abwägungsergebnis im der Benutzungsanordnung zugrunde liegenden Interessenkonflikt.

III. Die Benutzungsanordnung als politischer Eingriff in den Markt

Dass eine Benutzungsanordnung bestehende Monopolstellungen am Arzneimittelmarkt verstärken würde, zeigt sich bereits in der Ausgestaltung des Vergütungsanspruchs in § 13 PatG. Dieser richtet sich gegen den Staat und nicht gegen den Benutzer, obwohl dieser praktisch die Möglichkeit bekommt, die patentierte Erfindung wirtschaftlich zu verwerten. Gegen eine wirtschaftliche Verwertbarkeit durch den Benutzer spricht zwar die Auslegung des § 13 PatG unter Berücksichtigung des Art. 31 TRIPS, die es gebietet, die Erzeugnisse zum Selbstkostenpreis zu verkaufen.¹²⁹ In der Praxis wird ein wirtschaftlich denkendes Unternehmen jedoch dazu tendieren, die Selbstkosten hochzurechnen, sodass am Ende scheinbar kein Gewinn verbleibt. Eine Trennung der Herstellung eines Produktes zum Gemeinwohl vom normalen Geschäftsbetrieb zur separaten Kostenabrechnung ist kaum vorstellbar. Neben der wirtschaftlichen Verwertbarkeit des Patents erlangt der Benutzer eine erhöhte Marktpräsenz zum Nachteil des Patentinhabers durch Anbieten und Bewerben des patentgeschützten Produktes, deren wirtschaftlicher Mehrwert kaum quantifizierbar ist.¹³⁰

Die Möglichkeit der Exekutive, eine Benutzungsanordnung ohne Einbeziehung der Judikative anzuordnen, bietet den Vorteil schnellerer Umsetzbarkeit. Eine allen möglichen Benutzern gegenüber wirksame Auftragsvergabe sieht die Benutzungsanordnung allerdings nicht vor.¹³¹ In Frage kommen wohl nur diejenigen Unternehmen, die politisch gut vernetzt sind und bereits zu den Marktführern gehören, da nur sie die notwendigen Produktionskapazitäten zur Verfügung stellen können. Politiker sind bei ihren Entscheidungen, an wen sie öffentliche Aufträge vergeben, durch Netzwerke und Investitionszusagen zugunsten ihrer Wählerschaft beeinflussbar. Gezeigt hat sich dies in jüngster Vergangenheit in den Maskenaffären der CDU/CSU-

Fraktion und im „Augustus-Intelligence-Skandal“ um *Philipp Amthor*. Es ist nicht auszuschließen, dass Interessenten die Politik proaktiv zu einer Benutzungsanordnung bewegen. Dies birgt die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung zum Nachteil kleiner und mittelständiger Unternehmen, die wohl nicht durch die Benutzungsanordnung begünstigt würden. Es stünde mit dem Zweck des Patentschutzes in Widerspruch, wenn Unternehmen motiviert wären, vorhandene finanzielle Mittel für den Aufbau politischer Netzwerke zu verwenden, um Zugang zu geschützten Technologien im Wege der Benutzungsanordnung zu erhalten, anstatt selbst Investitionsrisiken einzugehen, um technischen Fortschritt möglich zu machen.

Durchaus positiv kann es sich hingegen auswirken, dass die Benutzungsanordnung in den Händen der Politik ein Druckmittel gegenüber der Arzneimittelindustrie darstellt. Als eine Art „Schwert des Damokles“ über den Köpfen der Industrie schwebend, drängt das Rechtsinstitut Unternehmen dazu, Lizenzvereinbarungen einzugehen, um Patententeignungen zu vermeiden.¹³² Dass die Drohkulisse der Patententeignung wirkt, zeigte sich 2002 in den USA, als der US-Gesundheitsminister den deutschen Pharmakonzern *Bayer* zu massiven Preiszugeständnissen für ein gegen Milzbrand eingesetztes Antibiotikum mit der Drohung brachte, den Patentschutz auf den Wirkstoff aufzuheben.¹³³ Mit diesem Vorteil geht allerdings auch das Problem einher, dass die Drohkulisse der Benutzungsanordnung missbraucht werden könnte, um Unternehmen zum Eingehen von Lizenzen bezüglich nicht lebenswichtiger Güter zu bewegen.

Im Ergebnis führen auch diese Überlegungen dazu, dass aufgrund wettbewerbsverzerrender Risiken und der Möglichkeit, die Benutzungsanordnung für sachfremde Zwecke zu missbrauchen, von einer Anwendung des Rechtsinstituts abgesehen werden sollte. Die durch die Existenz des Rechtsinstituts aufgebaute Drohkulisse kann, indem sie zum Eingehen von Lizenzvereinbarungen anregt, mithin auch positive Auswirkungen auf die Pandemiebewältigung haben.

E. Fazit

Die Benutzungsanordnung kommt in der aktuellen Covid-19-Pandemie aus Verhältnismäßigkeitsgründen nur bezüglich solcher Patente in Betracht, für die es keine ähnlich effektiven, patentfreien Alternativen gibt. Denkbar ist dies vor allem im Falle von Arzneimitteln, Impfstoffen und komplexer Medizintechnik. Doch auch in diesen Bereichen ist sie lediglich *ultima-ratio* und nur dann anwendbar, wenn das mildere Mittel der Zwangslizenz aus zeitlichen Gründen keine Alternative bietet. Zudem wird ihr Anwendungs-

¹²⁸ Karres (Fn. 71), S. 177.

¹²⁹ Gläsner (Fn. 36), S. 180 ff.; von Kraack (Fn. 28), S. 120 ff.

¹³⁰ Richter, Mitt. 2021, 1 (3).

¹³¹ Richter, Mitt. 2021, 1 (2).

¹³² Kraßer/Ann (Fn. 34), § 34 Rn. 117; Beier, GRUR 1998, 185 (189).

¹³³ Kieser/Lenz, NJW 2002, 401.

bereich durch eine notwendigerweise sehr restriktive Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe sowie strenge Voraussetzungen an die Erforderlichkeit weiter eingegrenzt. Begründen lässt sich dies vor allem durch die Rechtsnatur der Benutzungsanordnung als Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG. Die bisherige Zurückhaltung der Rechtsprechung bei der Erteilung von Zwangslizenzen und Benutzungsanordnungen bestätigt die hohen Anforderungen hieran.

Bei Eilbedürftigkeit mag aus rechtlicher Sicht eine Anwendung der Benutzungsanordnung im Einzelfall gerechtfertigt sein. Bei komplexen Materien (wie etwa Arzneimitteln, Impfstoffen und Medizintechnik) wird die praktische Wirksamkeit der Benutzungsanordnung durch nicht vorhandene Fertigungsanlagen und -kapazitäten sowie die fehlende Verpflichtung zur Preisgabe zusätzlichen *Know-hows* jedoch erheblich eingeschränkt. Auch im Falle der Eilbedürftigkeit wird damit aller Wahrscheinlichkeit nach auch künftig nicht von der Möglichkeit einer Benutzungsanordnung Gebrauch gemacht werden.

Marco Vöhringer, LL.M. (LSE)*

Die Militäraktion „Peace Spring“ der Türkei in Syrien: eine völkerrechtliche Einordnung

Dieser Beitrag bewertet die völkerrechtliche Zulässigkeit der „Peace Spring“ getauften Militäroperation der Türkei in Nordsyrien. Den Ausgangspunkt bildet die Feststellung, dass dieser Einsatz eine zwischenstaatliche Gewaltanwendung darstellt und somit nur durch eine Resolution des Sicherheitsrats, durch das staatliche Selbstverteidigungsrecht oder durch eine Einwilligung der syrischen Regierung gerechtfertigt werden könnte. Allerdings, so wird der Beitrag zeigen, ist keiner dieser Rechtfertigungsstatbestände erfüllt, sodass die türkische Invasion einen Bruch des Gewaltverbots darstellt. Infolgedessen ist auch die Ausrufung eines NATO-Bündnisfalls rechtlich ausgeschlossen.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	39
B. Verstoß gegen das Gewaltverbot des	
Art. 2 Nr. 4 UNCh.....	40
I. Tatbestand des Art. 2 Nr. 4 UNCh.....	40
II. Mögliche Rechtfertigungen	40
1. Ermächtigung durch den UN-Sicherheitsrat	40
2. Selbstverteidigungsrecht gem. Art. 51 UNCh....	41

Eine kritische Betrachtung der Benutzungsanordnung führt zu dem Ergebnis, dass ihre Normierung zwar vor dem Hintergrund der Grundlagen des Patentrechts gerechtfertigt ist, eine Interessenabwägung jedoch für eine sehr restriktive Anwendung spricht. Vor allem aufgrund der Gefahr des politischen Missbrauchs der Bestimmung, innovationsökonomischer Überlegungen und einer möglichen Verzerrung des Wettbewerbs zugunsten bestehender Monopole ist von einer Anwendung der Benutzungsanordnung abzuraten. Die in der Einleitung aufgestellte These, dass eine Benutzungsanordnung lediglich als *ultima ratio* zum Einsatz kommen kann und sollte, hat sich im Laufe der Arbeit wiederholt bestätigt. „Wer am Patentschutz rüttelt, spielt mit dem Feuer“¹³⁴ lautet passenderweise der Titel eines Interviews des Direktors am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb Prof. Reto M. Hilty zur Brisanz der Materie. Nicht unwesentliche Bedeutung hat das Rechtsinstitut der Benutzungsanordnung im Zuge der Covid-19-Pandemie nichtsdestotrotz als politisches Druckmittel.

3. Einwilligung Syriens durch das	
Adana-Abkommen	48
4. Zwischenergebnis zur Rechtfertigung	
des Einsatzes	50
III. Möglichkeit der Ausrufung eines	
NATO-Bündnisfalls.....	50
C. Fazit.....	51

A. Einleitung

Der Präsident des Internationalen Gerichtshofs beschrieb das völkerrechtliche Gewaltverbot 1986 als „the very cornerstone of the human effort to promote peace in a world torn by strife.“¹ Andererseits ist zu beobachten, dass sich die Konturen des Gewaltverbotsregimes derzeit im Fluss befinden.² Diese Gemengelage lässt die Notwendigkeit völkerrechtlicher Auseinandersetzungen mit aktuellen zwischenstaatlichen Militäreinsätzen unmittelbar ersehen. Ist das Gewaltverbot im Wandel, so erfordern derartige Analysen auch die Diskussion einschlägiger Modifizierungsansätze dieses Rechtsregimes. Es geht damit stets auch um die über den konkreten Fall hinausragende Gratwanderung, Vorschläge zur Anpassung der Regeln des Gewaltverbots

¹³⁴ Hutterer, „Wer am Patentschutz rüttelt, spielt mit dem Feuer“, <https://www.mpg.de/16557172/patentschutz-corona-impfung>, zuletzt abgerufen am 23.3.2022.

* Der Autor studiert im zweiten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Aufsatz wurde als Bachelorarbeit im

Studiengang Internationale Beziehungen an der Technischen Universität Dresden bei Professorin von Schorlemer erstellt.

¹ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Separate Opinion of Judge Singh, ICJ Rep. 1986, 151 (153).

² Peters/Marxsen, *ZaöRV* 77 (2017), 3 f.