



ETHISIERUNG DES RECHTS

GRUNDLAGEN, GEFAHREN UND CHANCEN IN INTERDISZI-
PLINÄRE PERSPEKTIVE



UNI
FREIBURG

Symposium, Freiburg 29./30.9.2011

ETHISIERUNG DES BIOPATENTRECHTS

DIE ZIVILGESELLSCHAFT ALS EINSAME VERTEIDIGERIN DER "GUTEN SITTEN"? ÜBERLEGUNGEN ZUR ETHISIERUNG AM BEISPIEL DES BIOPATENTRECHTS

(Abstract)

Rafael Häcki
Bern

Prof. Dr. Silja Vöneky (Herausgeberin).

Max-Planck-Forschungsgruppe
Max-Planck-Institut für ausländisches
öffentliches Recht und Völkerrecht
Im Neuenheimer Feld 535
69120 Heidelberg, Germany
ethikrecht2011@mpil.de

Institut für Öffentliches Recht
Abt. 2 (Völkerrecht und Rechtsvergleichung)
Rechtswissenschaftliche Fakultät
Universität Freiburg
Platz der Alten Synagoge 1
79098 Freiburg im Breisgau, Germany
voelkerrecht@jura.uni-freiburg.de

www.ethisierungrecht.de

Dieses Dokument steht unter dem Schutz des deutschen Urheberrechts. Anfragen richten Sie bitte an
Rafael Häcki.

Ethisierung des Biopatentrechts Die Zivilgesellschaft als einsame Verteidigerin der "Guten Sitten"? Überlegungen zur Ethisierung am Beispiel des Biopatentrechts

Abstract

Nach vorliegender Ansicht steht das Patentrecht im biotechnologischen Bereich exemplarisch für eine Ethisierung der Rechtsgenese – sowohl in prozeduraler als auch in materiellrechtlicher Hinsicht – auf völkerrechtlicher, supranationaler und nationaler Ebene. Als Ergebnis dieses Prozesses wurde der Patentierungsausschluss des Verstoßes gegen die Guten Sitten formal als Eingangstor für die Moral in das positive Recht aufgenommen. Diese Ethisierung bleibt aber lediglich eine auf Formalitäten beschränkte, wenn ihr nicht eine Ethisierung der Rechtsanwendung bei der materiellen Ausfüllung unbestimmter (Rechts-)Begriffe – wie der "Guten Sitten" – folgt. Diese Pflicht kommt theoretisch den rechtsanwendenden Behörden zu. Faktisch ist es aber primär die Zivilgesellschaft, die als Anfechterin von ethisch umstrittenen Biopatenten die Rolle als Verteidigerin der "Guten Sitten" übernehmen muss. Inwiefern soll und kann sie allenfalls unterstützt werden von Ethikgremien zur Beratung von rechtsanwendenden Behörden?

Dem Patentrecht haftet aufgrund seines technischen Charakters verbreitet der Ruf eines eher randständigen Fachgebietes der Rechtswissenschaft an. Klassischerweise auf technische Erfindungen auf der Basis unbelebter Materie ausgerichtet, blieb die Diskussion über den Kreis patentierbarer Gegenstände lange Zeit einer epistemischen Gemeinschaft von mehrheitlich naturwissenschaftlich geschulten Spezialisten vorbehalten. Was dieses sich selbst regulierende System als gültiges Recht generierte, wurde sodann von der Legislative lediglich noch formal gesetzt. In diesem Kontext fand auch die These der Wertfreiheit des Patentrechts nur wenig Widerspruch.

Zwei Entwicklungen verschoben die Grundkoordinaten dieses Systems maßgeblich. Einerseits erhielt das Patentsystem eine inhaltliche Neuorientierung, indem materiell-rechtlich der Bereich des Patentierbaren sukzessiv – durch den biotechnologischen Fortschritt ermöglicht und gefordert – auf die belebte Natur ausge-

dehnt wurde. Herausragende Patente auf diesem Gebiet (z.B. „Krebsmaus“, „Relaxin“, „Brustkrebsgene“) rückten in der Folge das Patentsystem zunehmend in den Fokus der zivilgesellschaftlichen Öffentlichkeit. Im Spannungsfeld zwischen rasanter Entwicklung des technisch Machbaren und nachhinkender Normierung des moralisch und rechtlich Erlaubten entwickelte sich ein öffentlicher Diskurs auch über das Verhältnis von Recht und Ethik.

Andererseits veränderten sich die Rahmenbedingungen des traditionell national geregelten und territorial begrenzten Patentrechts grundsätzlich. Die zunehmende Vernetzung globalisierter Wirtschaftssysteme erfordert den Abbau von Handelshemmnissen in der Form von heterogenen Systemen zum Schutz des geistigen Eigentums. So entwickelte sich das Biopatentrecht zu einer formell und materiell harmonisierten Rechtsmaterie, die durch die Verschränkung und das Zusammenspiel verschiedener Normierungsebenen geprägt wird:

- Völkerrecht: Auf WTO-Ebene definiert das für Mitglieder zwingende TRIPS-Abkommen Rahmenbedingungen und Mindeststandards. Das supranationale Europäische Patentübereinkommen (EU, EFTA-Staaten) harmonisiert das Patentrecht der Mitgliedstaaten (Patentvoraussetzungen) auch materiell und ermöglicht die Erteilung eines europäischen Bündelpatents.
- Unionsebene: Die EU-Biopatent-Richtlinie (RL 98/44/EG) harmonisiert das biotechnologisch relevante Patentrecht der Mitgliedstaaten. Sie ist aus zwei Gründen aber auch aus schweizerischer Sicht bedeutsam: Erstens unmittelbar aufgrund (teilweiser) direkter Anwendbarkeit, nachdem die verfügbaren Regeln der Richtlinie durch Eingang in die EPÜ-Ausführungsordnung auch Gültigkeit für die Schweiz erlangt haben. Zweitens mittelbar, weil die Harmonisierung Europas das Biotechnologieland Schweiz unter großen Wettbewerbsdruck setzte, das nationale Patentrecht der europäischen Rechtslage anzupassen.
- National: Das schweizerische Patentgesetz wurde im Rahmen der Teilrevision "Biotechnologie" weitgehend an die EU-Biopatent-Richtlinie angepasst.

Im Zuge dieser Entwicklungen durchlief das Biopatentrecht einen beispielhaften Prozess der Ethisierung im Bereich der Rechtsgenese. In prozeduraler Hinsicht wurden auf den verschiedenen Ebenen Ethikinstitutionen zur ethischen Absicherung der Setzung von Recht als „geronnener Moral“ eingesetzt. Besonderes Augenmerk verdienen dabei die Eigenheiten des Sonderfalls Schweiz. Auf nationaler Rechtsetzungsebene kommt hier den Ethikkommissionen eine Doppelrolle zu als politikberatende Expertinnen einerseits und als ordentliche Teilnehmerinnen im partizipatorischen Bürgerbeteiligungsverfahren der Vernehmlassung andererseits. Beide Aspekte zeigen unterschiedliche Implikationen unter dem Blickwinkel von Habermas' Diskursethik bzw. dessen pragmatischem Modell der Politikberatung.

Aus der institutionellen Ethisierung heraus sind verstärkt moralische Forderungen in das materielle Recht eingeflossen. Diese materiellen Auswirkungen der Ethisierung der Rechtsgenese kulminieren in der patentrechtlichen Ausschlussklausel des Verstoßes gegen die "Guten Sitten" als „moralisches Gewissen“ des Patentsystems. Inwiefern kann und soll das Recht aber überhaupt auf derartige moralische und ethische Standards verweisen?

Anhand des Beispiels der "Guten Sitten" zeigt sich zunächst, dass die Norm exemplarisch für die bekannten politischen Strategien der Vermeidung (Festlegung auf Leerformeln) und der Festlegung auf absolute Mindeststandards (beschränkte exemplarische Aufzählung) steht. Entsprechend wurden die heiklen ethischen Fragen zunächst im Verfahren der Rechtsetzung unter Einbezug von Bürgern und Experten ausführlich diskutiert, sodann von der Politik mehrheitlich ausgeklammert und zur Problemlösung an die rechtsanwendenden Behörden weitergereicht. Damit kommt Letzteren die Pflicht zu, die ansonsten lediglich formale Ethisierung des Biopatentrechts auch zu materialisieren.

So ist es die Aufgabe von Patentämtern, Prüfungsabteilungen und Spezialgerichten, die von der Legislative vorgegebenen Mindeststandards einzuhalten und die Leerformel der "Guten Sitten" mit Inhalt zu füllen, damit die Heranziehung der "Guten Sitten" nicht bloß toter Buchstabe und die Ethik nicht bloß schöne Rede bleibt.

Die Analyse der Praxis etwa des Europäischen Patentamtes und der nachgegliederten Prüfungsabteilung in moralisch sensiblen Bereichen der Biotechnologie

zeigt aber die Verwerfungen an der Schnittstelle von Recht und Ethik. Grob strukturiert lässt sich folgendes Bild zeichnen:

- Patentämter vermeiden es, eine Anmeldung unter Berufung auf die "Guten Sitten" zu verweigern. Sie begründen, ihre Aufgabe als fachjuristische und technische Spezialisten sei die Prüfung der Patentierungsvoraussetzungen; zu einer darüber hinausgehenden ethischen Abwägung seien sie weder fachlich noch personell in der Lage.
- Damit wird die Zivilgesellschaft als Einsprecherin gegen unethische Patente zur Bewahrerin der Guten Sitten in der Biopatentierung. Exemplarisch lässt sich dies etwa anhand des "versehentlich", aber rechtsgültig erteilten europäischen "Edinburgh"-Patent auf gentechnisch manipulierte Embryonen zeigen, das auch das Klonen von Menschen geschützt hätte.
- Auf Einspruch hin tun sich sodann Prüfungsabteilungen und Gerichte jedoch grundsätzlich schwer bei der Anwendung und Konkretisierung der "Guten Sitten". Vermehrt dient dabei der Hinweis auf einen fehlenden (bio-)ethischen Konsens auf europäischer und internationaler Ebene als Begründung, um angefochtene Patente nicht aufzuheben.

Diese Situation ist unbefriedigend. Ethische Standards wie die "Guten Sitten" dienen zunächst zwar formal als Beruhigung des öffentlichen Gewissens im politischen Diskurs, werden aber in der Anwendung des Rechts kaum materialisiert unter Hinweis auf die große Heterogenität der (möglichen) Ansichten über die „Guten Sitten“ in pluralistischen Gesellschaften und heterogenen supranationalen Vereinigungen. Auf dieser Grundlage skizziert der Beitrag Thesen zur Rechtfertigung der Einsetzung von Ethikgremien zur Beratung auch von rechtsanwendenden Behörden und stellt sie zur Diskussion.