

30.4.90/a:com-17

DIE TRIPS-VERHANDLUNGEN IM RAHMEN DES GATT: STAND UND AUSSICHTEN

Dr. Thomas Cottier
stv Direktor, Bundesamt für Geistiges Eigentum, Bern

Zusammenfassung des Referates, gehalten am 3.5.90 in Bern an der Informationstagung der schweiz. Landesgruppe der Licensing Executives Society (LES), des Vereins der schweiz. Maschinen-Industrieller (VSM) und der schweiz. Gesellschaft für Chemische Industrie (SGCI)

A. Gegenstand und hauptsächliche Verhandlungspositionen

1. Die TRIPS Verhandlungen (trade-related aspects of intellectual property) gehören mit der Landwirtschaft und den Dienstleistungen zu den zentralen Themen der Uruguay Runde des GATT. Sie bilden einen von insgesamt 15 Verhandlungsgegenständen; Entwicklungen, Haltungen und Ausgang der Verhandlung hängen somit nicht allein und isoliert von Fortschritten im Bereich des Immaterialgüterrechts, sondern ebenso von andern Schlüsselbereichen ab. Das ist zugleich Chance wie Gefahr.
2. Traditioneller Anknüpfungspunkt und Ziel des GATT (General Agreement on Tariffs and Trade, Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen, SR 0.632.21) ist der möglichst freie zwischenstaatliche Warenverkehr. Vom Abbau der Zölle in einer ersten Stufe hat sich das Schwergewicht des Interesses auf die nicht-tarifären Hemmnisse verlagert; vorerst an der Grenze und heute inmitten binnenrechtlicher Tatbestände. Morgen - in künftigen Runden - dürfte diese Vertiefung etwa durch den Einbezug des Wettbewerbsrechts und des Umweltschutzes weitergehen. Es versteht sich, dass mit diesem Prozess die Verhandlungen immer komplexer und auch politisch sensibler geworden sind. Die Natur des GATT beginnt sich zu verändern: von der Handelsverfassung hin zum Kern einer eigentlichen internationalen Wirtschaftsverfassung. Bei den TRIPS zeigt sich das darin, dass nicht mehr die Sache oder Ware, sondern der Rechtsträger der Immaterialgüterrechte selbst in den Mittelpunkt rückt. Rechtlich gesehen ist das ein eigentlicher Quantensprung.
3. Die bald vierjährigen, intensiven GATT-Verhandlungen im Bereich des geistigen Eigentums haben einen wesentlichen Lernprozess namentlich bei zahlreichen Staaten der Dritten Welt ausgelöst. Ein historischer Rückblick mag dies in Erinnerung rufen: am Ende der Tokio Runde (1979) bestand noch kein Konsens über die Notwendigkeit eines Kodex zur Bekämpfung von Piraterie und Fälschungen. 1982 wurde die Einsetzung einer Arbeitsgruppe beschlossen. 1986 war dieses Thema fest etabliert. Die Uruguay Runde erweiterte es in der Folge auf

alle Bereiche des geistigen Eigentums, um nicht nur Symptome, sondern Ursachen zu bekämpfen. Heute wird auf der Grundlage der Zwischenergebnisse vom April 1989 (Mid-term Review) verhandelt, welche den Verhandlungsgegenstand wie folgt umschreibt:

- Immaterialgüterrechtliche Normen und Standards sowie deren Durchsetzung im nationalen Recht;
 - Die Anwendung der grundlegenden GATT-Prinzipien (Meistbegünstigung und Inländerbehandlung);
 - Institutionelle Verankerung der Ergebnisse: die Frage der sog. GATTABILITY, d.h. deren Verknüpfung mit dem GATT-Streitbeilegungs-, Ueberwachungs- und Sanktionsmechanismus.
4. Die 105 an der Verhandlung teilnehmenden Staaten können gemessen an ihren Verhandlungspositionen vereinfachend in 5 Gruppen unterteilt werden:
- i. Staaten, welche ehrgeizige Ziele formuliert und materielle Vorschläge zum gesamten Verhandlungsgegenstand je in formellen oder informellen Vertragsentwürfen unterbreitet haben: EG, USA, Japan und die Schweiz. Die Bemühungen werden weitgehend von unseren EFTA Partnern, sowie Kanada, Hongkong und abgeschwächt auch von Australien, Neuseeland, Korea und neuerdings den osteuropäischen GATT-Staaten (Polen, CSSR und Ungarn) unterstützt.
 - ii. Eine zweite Gruppe ist bereit, Ergebnisse zu akzeptieren, wenn hinreichende Gegenleistungen in anderen Bereichen erreicht werden, insbesondere in den Textilien, der Landwirtschaft und tropischen Produkten und/oder falls Sonderlösungen für Entwicklungsländer gefunden werden können: Argentinien, Uruguay, Singapur, Thailand, Indonesien, Malaysia, Marokko, Mexiko, Pakistan und Türkei.
 - iii. Eine dritte Gruppe besteht aus Staaten, welche sich nicht ausgesprochen und festgelegt haben: die Mehrheit der afrikanischen Staaten, Sri Lanka und Staaten der Karibik.
 - iv. Eine vierte Gruppe bilden am wenigsten entwickelte Staaten (LLCDs), welche einem substantiellen Abkommen beizutreten bereit sind, wenn es für sie keine schwerwiegenden Verpflichtungen beinhaltet.
 - v. Schliesslich besteht eine - relativ kleine - Gruppe, welche substantielle Ergebnisse, jedenfalls im Rahmen des GATT, ablehnt. Diese Gruppe wird von Indien und Brasilien angeführt. Zu ihr gehören heute insbesondere Chile, Kolumbien, Aegypten und Nigeria.

Die Haltung dieser sog. Hardliner zeichnet sich durch folgende Elemente aus:

- Als handelsbezogen (trade-related) und damit Gegenstand des GATT können nur restriktive Geschäftspraktiken (Restricted Business Practices, RBPs) sowie Piraterie und Fälschungen

definiert werden. Darüber hinaus muss das Immaterialgüterrecht im Rahmen der WIPO verhandelt oder zumindest implementiert werden;

- Das Immaterialgüterrecht gehört zu den Essentialien der Makroökonomie. Das Schutzniveau muss daher insbesondere aus entwicklungspolitischen Gründen von jedem Staat autonom und souverän bestimmt werden können;
- Die Ergebnisse der Verhandlungen müssen zu einem verstärkten Technologietransfer führen. Gerade dies darf jedoch nicht durch die Verstärkung von Monopolrechten beeinträchtigt werden;
- Definition und Geltungsbereich des Patentschutzes soll national bestimmt werden und insbesondere den Ausschluss von Pharmazeutika und Lebensmitteln ermöglichen können;
- Das Abkommen muss ausgewogen sein und ein Gleichgewicht herstellen zwischen den involvierten Interessen: Rechtsträger und Benutzer, privaten und öffentlichen Interessen, Importeuren und Exporteuren, Industrie- und Entwicklungsländern etc.

5. Für die erstgenannte Gruppe, insbesondere die Schweiz als ausgeprägter Forschungs- und Entwicklungsstandort, ist die Aushandlung eines Abkommens, welches das Schutzniveau im geistigen Eigentum international tatsächlich verbessert und die Interessen insbesondere des Technologieexportes hinreichend schützt, conditio sine qua non für den erfolgreichen Abschluss der Gesamtverhandlung dieser Runde. Dazu gehören folgende Essentialien:

- i. Das Abkommen muss alle acht Bereiche des geistigen Eigentums umfassen: ^{1/}Patente, ^{2/}Urheberrecht und Nachbarrechte, ^{3/}Fabrik- und Handelsmarken, ^{4/}Herkunftsbezeichnungen, ^{5/}Muster und Modelle, ^{6/}Topographien von integrierte Schaltungen, ^{7/}Geschäftsgeheimnisse. Dies ist wichtig, um den verschiedenartig gelagerten Prioritäten der Verhandlungspartner gerecht zu werden und Möglichkeiten gegenseitiger Zugeständnisse in und ausserhalb des TRIPS-Bereiches erzielen zu können (z.B. Verbesserung des Muster und Modellschutzes als Gegenleistung zu Textil liberalisierungen; Verbesserung des Schutzes von Herkunftsbezeichnungen als Gegenleistung zu Agrarliberalisierungen).
- ii. Die materiellen und verfahrensrechtlichen Standards müssen eine tatsächlich wirksame Verbesserung des Schutzes in Industrie- und Entwicklungsländern bewirken.
- iii. Die Normen müssen hinreichend präzis sein, damit sie in Streitfällen auch angewendet werden können.
- iv. Die grundlegenden GATT-Prinzipien der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung müssen Anwendung finden. Ausnahmen haben klar definiert und beschränkt zu sein. Damit werden nicht nur einseitige, bilaterale Privilegierungen bzw. Diskriminierungen verhindert, sondern auch notwendige Voraussetzungen für eine Stärkung des multilateralen Schutzes

geschaffen, der gerade für Staaten wie die Schweiz von hervorragendem Interesse ist.

- vi. Für alle Mitgliedstaaten sind gleiche Rechte und Pflichten zu schaffen. Den Anliegen der Entwicklungsländer wird durch die Einräumung von auszuhandelnden Uebergangsfristen Rechnung getragen. Der zeitlich beschränkte Dispens bezieht sich auf die materiellen und verfahrensrechtlichen Standards und soll Zeit zu (überwachten) Strukturanpassungen geben. Für die am wenigsten entwickelten Ländern können zusätzliche, zeitliche Flexibilitäten vorgesehen werden.
- vi. Das Abkommen ist als integrierter Bestandteil des GATT-Abkommens auszugestalten, so dass es der wirksamen Streitbeilegung, den Ueberwachungs-, sowie den Sanktionsmöglichkeiten des Artikels XXIII GATT unterliegt. Dieses Erfordernis bestimmt auch die Form des Abkommens. Die Schweiz schlägt vor, dieses als Teil V des GATT auszugestalten, verbunden mit der Möglichkeit einer provisorischen Anwendung und ohne dass die vom GATT geforderte 2/3-Mehrheit für die Ratifikation abgewartet werden muss. Im Unterschied zum Vorschlag der EG (kurzer Artikel im Abkommen mit umfangreichen Annexes) wird dadurch auch die Gefahr bloss punktueller Ergebnisse reduziert.

B. Kernprobleme

- 6. Von den zahlreichen Verhandlungsgegenständen seien in der Folge einige Kernpunkte herausgegriffen, die im vorliegenden Zusammenhang als Rahmenbedingungen für die Lizenzierung von besonderem Interesse sind.

Im Patentbereich dürfte sich, von den Hardlinern abgesehen, die Auffassung durchsetzen, dass eine Schutzdauer von mindestens zwanzig Jahren angemessen ist. Bei Muster und Modellen variieren die Vorschläge zwischen maximal 8 und mindestens 15 Jahren, wobei zu bemerken ist, dass die EG in ihrem Abkommensentwurf eine Minimaldauer von nur 10 Jahren vorsieht. Abgesehen von Indien, Brasilien und Peru dürfte sodann die unbeschränkte Schutzdauer der Handelsmarken unbestritten sein, und eine Bestätigung des Urheberschutzes auf 50 Jahre post mortem auctoris scheint ebenfalls generell akzeptabel. Bezüglich der Topographien von Halbleiterprodukten sind die Ansichten über die Schutzdauer geteilt, indem gewisse Länder die im Washingtoner Abkommen festgelegten 8 Jahre als genügend erachten, während andere (z.B. Schweiz, USA, EG, Japan) als absolutes Minimum 10 Jahre fordern.

- 7. Umstritten ist die Frage der Patentierbarkeit. Während die USA einen umfassenden Geltungsbereich, namentlich unter Einschluss der Biotechnologie, verlangen, hält sich die EG in ihrem letzten Vorschlag an den status quo von Art. 53 EPÜe. Die Schweiz hält sich zwischen den Positionen der USA und der EG. Sie geht von einer umfassenden Patentierbarkeit aus, stellt diese aber unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Reformbemühungen des schweizerischen Patentgesetzes unter den Vorbehalt des Ordre Public, der Moralität (gute Sitten) und insbesondere dem Verfassungsgrundsatz der menschlichen Würde. Damit dürften mit

Blick auf die Biotechnologie angemessene Sicherungen gegen unethische Praktiken bereitgestellt werden. Das Doppelschutzverbot der UPOV für Pflanzenschutz soll aufgehoben werden, um die Voraussetzungen für eine Patentierbarkeit von Pflanzensorten zu schaffen, ohne der bevorstehenden innenpolitischen Debatte vorzugreifen.

Weniger komplex, dafür aber politisch zwischen Nord und Süd umstritten, ist die Frage des Einbezuges der Pharmaprodukte. Hier wird bis zum letzten Tage der Verhandlung Gefahr und Versuchung bestehen, diese auszuschliessen, um einen Kompromiss zu erzielen. Die Gefahr ist umso grösser, als die Handels-grossmächte, insbesondere die USA, aber künftig wohl auch die EG und Japan, die Möglichkeit haben, den Pharmaschutz auch bilateral zu erzwingen. Es versteht sich, dass ein solcher Ausschluss für die Schweiz nicht akzeptabel ist. Sie muss daher auf allen Fronten und Ebenen kämpfen, um dies zu verhindern.

8. Selbst wenn Zwangslizenzen in der Praxis nicht oft angewendet werden, sind sie als Verhandlungsgrundlage im Hintergrund oft von grosser Bedeutung und daher weiterhin nicht nur politisch, sondern indirekt auch ökonomisch relevant. Die Möglichkeit der Zwangslizenz wird im Grundsatz in den GATT-Verhandlungen nicht bestritten. Es geht um die Ausarbeitung und Aushandlung von angemesseneren und präziseren Kriterien, als sie das geltende Recht im Rahmen von Art. 5 der Pariser Verbandsvereinbarung vorsieht. Die USA - in der Absicht einer starken Einschränkung - wollen Zwangslizenzen nurmehr im Falle von nationalen Notlagen und nach gerichtlich beurteilten Verletzungen des Wettbewerbsrechtes (Antitrust Law) zulassen. Dabei wird im Ergebnis international eine weite Türe geöffnet, da das Wettbewerbsrecht landesweise unterschiedlich geregelt ist und daher auch zu voneinander abweichenden und offenen Kriterien für Zwangslizenzen führen kann. Die Schweiz hat deshalb die Forderung nach präziseren Anforderungen aufgestellt (vgl. Annex). Danach können Zwangslizenzen nur als nicht-exklusive Lizenzen erteilt werden, wenn eine ganze Reihe von Kriterien erfüllt sind. So müssen die grundlegenden Bedürfnisse des lokalen Marktes nach vier Jahren seit Patentanmeldung bzw. drei Jahren seit Erteilung nicht befriedigt werden und Versuche, eine vertragliche Lizenz in Übereinstimmung mit üblichen Vertragspraktiken (normal business practices) gescheitert sein. Wo eine Anwendung des Patentbesitzes aus überwiegenden öffentlichen Interessen und damit auf Grund einer Güterabwägung erforderlich ist, ist eine Zwangslizenz (ohne Fristenaufgabe) möglich, sofern eine vertragliche Lizenz in Übereinstimmung mit normalen Geschäftspraktiken nicht zu erhalten war. Damit wird die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung völkerrechtlich ins Recht gefasst.

Japan hat dieses Denken in weiten Teilen übernommen. Es hat auch die EG in ihren letzten Vorschlägen beeinflusst, wobei hier die Möglichkeit von Zwangslizenzen bei fehlender Ausbeutung (non-working) grundsätzlich, wenn auch unter gewissen Bedingungen, möglich bleiben soll.

Die Entwicklungsländer gehen ihrerseits die Frage mit dem Willen eines grösseren Ermessensspielraumes an, doch bestehen im einzelnen durchaus erhebliche Unterschiede. Erachten Indien

und Brasilien das freie Ermessen unter dem Titel des öffentlichen Interesses zur Vergabe von Zwangslizenzierungen als wichtig, finden sich auch nuanciertere Stellungnahmen z.B. seitens Perus und Koreas, welche mit einer Reihe von einschränkenden und qualifizierenden Kriterien arbeiten, umgekehrt aber auch das Verbot von beschränkenden Geschäftspraktiken einzuführen suchen (Abnahmeverpflichtungen, Preisbindungen, mengenmässige Produktionsbeschränkungen, Exportbeschränkungen, Verbot der Verwendung konkurrierender Technologien, Bezahlung für unbenutzte Patente, Vorkaufsrechte für den Patentinhaber, Erfordernis, Weiterentwicklungen dem Patentinhaber zu übertragen).

Man darf wohl damit rechnen, dass im Ergebnis gewisse qualifizierende Kriterien aufgenommen werden, welche die Zwangslizenzierung erschweren und gerichtlicher Kontrolle unterstellen werden. Dabei wird man sich im Gegenzuge und in Erweiterung der Verhandlungsmasse aber auch mit der Frage der einschränkenden Vertragspraktiken befassen müssen. Anders als in früheren Verhandlungen stehen sie nicht mehr allein im Raum, sondern werden in einem Kontext aufgeworfen, wo ihre Diskussion Sinn machen kann: denn ebenso wie ein zu geringer oder fehlender oder andererseits überhöhter Schutz des geistigen Eigentums zu Handelsverzerrungen führt, gibt es auch im Bereich der Vertragspraktiken Tatbestände, die als ungerechtfertigte Handelsbeschränkung mit verzerrenden Wirkungen beurteilt werden können.

Dieser Gedanke liegt auch den schweizerischen Vorschlägen zur Zwangslizenz zugrunde. Freilich ist es nicht an den Technologie-Exporteuren und damit der Schweiz, bei den RBP's eingehendere Vorschläge zu machen. Sie müssen aber bereit sein, bei entsprechenden Vorstössen negotiatorisch auf kreative Art und Weise reagieren zu können. Das Abkommen könnte ein entsprechendes Prinzip aufnehmen, dessen Konkretisierung der Rechtsprechung und späteren Verhandlungen anheimgestellt wäre. Es ist in diesem Zusammenhang zu betonen, dass das Wettbewerbsrecht mit grosser Wahrscheinlichkeit ohnehin Gegenstand einer künftigen, 9. GATT-Runde sein dürfte.

Im Markenrecht besteht Einigkeit der Industriestaaten, dass eine Zwangslizenz nicht bestehen darf. Gewisse Entwicklungsländer bestehen auch hier auf dem Verbot von RBPs (Indien, Brasilien, Peru). Kanada und Japan haben umgekehrt vorgeschlagen, dass die Staaten keine unvernünftigen und diskriminierenden Auflagen für vertragliche Lizenzen vorsehen dürfen. Entsprechende Vorschläge hat die Schweiz auch im Rahmen der Geschäftsgeheimnisse gemacht.

Im Bereich der Topographien sehen die USA die gleichen Kriterien für die Zwangslizenz wie im Patentrecht vor. Die EG will Zwangslizenzen verhindern, soweit sie handelsverzerrend wirken, was kaum eine hinreichend präzise Formulierung darstellt. Hier müssen noch Lösungen gefunden werden.

Wenig dürfte sich ändern mit bezug auf Zwangslizenzen im Bereich des Urheberrechts, wo die meisten Vorschläge auf die Regeln der Berner Konvention verweisen. Durch den Einbezug des Software-Schutzes gelten die dort bestehenden Regeln auch für diesen Bereich.

9. Neu unter den eigentlichen Immaterialgüterrechten finden sich die Geschäftsgeheimnisse (Proprietary Information) in der Verhandlung. Sie sind besonders im vorliegenden Zusammenhang der Lizenzierung von grosser Bedeutung. Wesentlich ist, dass mit bezug auf das eigentliche Know-how weder Zwangslizenzen möglich noch zulässig sein dürfen. Die Schweiz hat diesbezügliche Verhandlungsvorschläge unterbreitet, die modifiziert von den USA und den EG aufgenommen worden sind. Schwierigkeiten bestehen darin, dass Japan das Konzept des Geschäftsgeheimnisses nicht kennt und zahlreiche Entwicklungsländer sich gegen den Einbezug dieses Verhandlungsgegenstandes ausgesprochen haben.
10. Diese Ausführungen mögen andeuten, wie gross im Detail die Differenzen noch sind, und zwar nicht nur zwischen Nord und Süd, sondern auch zwischen den Industriestaaten. Hier ist als stumbling block vor allem das Urheberrecht zu nennen, wo sich das anglo-amerikanische, vertragliche Copyright und die europäische Tradition gesetzlicher Schutzrechte des Autors in den Haaren liegen und die Verhandlung belasten. Differenzen bestehen auch in der Ausgestaltung der MFN-Klausel, wo insbesondere die EG mit Rücksicht auf ihre Mitgliedstaaten eine weichere Formulierung anstrebt, welche weiterhin bilaterale Abkommen, und damit auch Präferenzabkommen, seitens der Mitgliedstaaten zulassen will.

C. Perspektiven

11. Die Betonung vor allem von Schwierigkeiten darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass in den letzten vier Jahren wesentliche Fortschritte im Problembewusstsein, vor allem auch seitens der Regierungen vieler Entwicklungsländer, erzielt worden sind. Das geistige Eigentum wird nicht mehr allein als ausschliessliches und wettbewerbsbeschränkendes Monopolrecht, sondern zusehends auch als wesentlicher Faktor für die Verbesserung des Investitionsklimas und damit auch des Technologie-transfers auf dem Wege der vertraglichen Lizenz verstanden. Ein hinreichender Schutz des geistigen Eigentums wird zunehmend als eine essentielle Voraussetzung einer nach aussen orientierten Wirtschaft (outward looking economy) verstanden. Die Oeffnung Osteuropas und die Sorge um das Erscheinen neuer Konkurrenten auf diesem Markt trägt für das Umdenken der Entwicklungsländer das seine noch dazu bei.
12. Es besteht aus diesen Gründen eine gewisse Chance, dass ein Abkommen erzielt und dieses neben den Industriestaaten auch von einer Reihe von Entwicklungsländern, insbesondere den NICs, unterzeichnet werden könnte. Als Anreiz kommt dabei folgenden Aspekten besondere Bedeutung zu:
 - Mit zunehmender Industrialisierung wächst allgemein das Interesse an einem verbesserten Schutz des geistigen Eigentums, gerade auch gegenüber anderen konkurrierenden Entwicklungsländern im Wettbewerb um Investitionen und auf den Exportmärkten;

- Der fehlende Schutz kann zu Importbeschränkungen seitens der Industriestaaten führen und damit den Zugang zu den lukrativen Märkten erschweren;
- Die USA haben eine gewisse Bereitschaft gezeigt, bei hinreichend substantiellen Standards auf bilaterales Vorgehen (im Rahmen der Trade Act Sec. 301 und "Super 301") zu verzichten. Vertragsparteien geniessen einen besseren Schutz gegen einseitiges Vorgehen, indem die massgebenden Standards definiert werden, somit vor übermässigen Forderungen schützen, und wenn zudem durch die Uebergangsfristen eine entsprechende Schonfrist gewährt wird;

Die Bereitschaft, Verpflichtungen im TRIPS-Bereich einzugehen, hängt aber auch wesentlich von den Ergebnissen in der Landwirtschaft, den Textilien, den tropischen Produkten und im Regelbereich, insbesondere der Schutzklauselfrage (Ablehnung der Selektivität von Schutzmassnahmen), ab. Der Stand der Verhandlungen in diesen Bereichen wird die Haltung vieler Länder bis zum Schluss der Verhandlung taktisch und inhaltlich prägen. Ein Erfolg auf dem Gebiet des geistigen Eigentums ist nicht ohne Gegenleistungen in diesen Bereichen zu erwarten.

13. Im politischen Prozess der Verhandlung, ihren Eigengesetzlichkeiten und Erfolgswängen ausgesetzt, besteht die grosse Gefahr, dass "Lösungen" in letzter Minute Verwässerungen zur Folge haben, die im Ergebnis keine Fortschritte, sondern lediglich neue Probleme bringen werden: so würde ein zu tiefes Schutzniveau festgeschrieben, welches die Diskussion für Jahre belasten und in der Folge zu einer Zunahme bilateraler Pressionen und damit auch internationaler Spannungen führen müsste. Es ist daher erforderlich, heute und jetzt auf allen Ebenen der Verhandlung - zwischen Regierungen, aber ebenso innerhalb der Industrie und der Verbände - sich mit Nachdruck für ein angemessenes Schutzniveau und für hinreichende Rechtssicherheit einzusetzen, aber auch die Möglichkeit von Gegenleistungen offen zu halten. Ohne besonderes Engagement und Effort in einer nun entscheidenden Schlussphase kann das Ziel nicht erreicht werden.