

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 3/2013

Immaterialgüterrecht und Entwicklung

Alexander Peukert

Erscheint in: Philipp Dann/Stefan Kadelbach (Hrsg.), Recht und Entwicklung

Zusammenfassung: Der Beitrag stellt im Überblick dar, welche Bedeutung das Immaterialgüterrecht (IP) für die Entwicklung einzelner Volkswirtschaften und die globale Wissensgesellschaft hat. In einem ersten Abschnitt wird erläutert, dass in der Geschichte des Immaterialgüterrechts die Vorstellung dominierte, dass Immaterialgüterrechte technologischem und sonstigem Fortschritt zuträglich sind. Im zweiten Abschnitt wird gezeigt, dass dieses lineare Expansions-Narrativ aus ökonomischer und wirtschaftshistorischer Sicht als widerlegt gelten muss. Dazu werden die Argumente der IP-Optimisten und die Gegenargumente der IP-Pessimisten anhand empirischer Studien bewertet. Der Beitrag schließt mit sozialwissenschaftlichen und normativen Schlussfolgerungen im Hinblick auf die künftige Ausgestaltung des internationalen Immaterialgüterrechts.

Abstract: The article gives an overview of the relationship between intellectual property (IP) and development. The first section shows that the dominant assumption in the history of IP was that IP rights are generally favorable to socio-economic progress. The second section explains that economic and historical research has proven this linear expansionist narrative to be untenable. In doing so, the article compares the arguments of IP optimists with counterarguments of IP pessimists in light of empirical studies. The final section addresses the consequences of these findings for the future of the international IP system.

I. Einführung

Welche Bedeutung hat das Immaterialgüterrecht – das „geistige Eigentum“¹ – für die Entwicklung einzelner Volkswirtschaften und die globale Wissensgesellschaft? Bevor dieser Frage nachgegangen werden kann, sind zunächst die beiden Oberbegriffe „Immaterialgüterrecht“ und „Entwicklung“ zu präzisieren.

Zu den Immaterialgüterrechten zählen ausschließliche Rechte an *Innovationen* in einem weiten Sinne, insbesondere Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst (Urheberrecht) sowie Erfindungen auf dem Gebiet der Technik (Patente). Von diesem Innovationsschutz ist das Markenrecht zu unterscheiden. Jenes betrifft nicht neuartige Geistesprodukte als solche, sondern *Bezeichnungen* („Coca Cola“) von Waren und Dienstleistungen. Das Markenrecht soll primär gewährleisten, dass Verbraucher Produkte und deren Herkunft unterscheiden können und wettbewerbsverfälschende Irreführungen vermieden werden.²

Der Begriff „Entwicklung“ entzieht sich einer trennscharfen Definition. Überwiegend versteht man hierunter einen Prozess und zugleich ein Ziel mit wirtschaftlichen, sozialen, politischen, kulturellen und ökologischen Dimensionen. Erstrebt wird ein „Fortschritt aller Völker“.³ Im Zentrum steht weiterhin die Armutsbekämpfung durch nachhaltiges Wirtschaftswachstum. Hinzu treten Ziele wie „Freiheit, Frieden und Sicherheit, die Achtung aller Menschenrechte ..., die Rechtsstaatlichkeit, die Gleichstellung der Geschlechter und eine allgemeine Verpflichtung auf eine gerechte und demokratische Gesellschaft“.⁴

¹ Zur Geschichte und Problematik des Begriffs „geistiges Eigentum“ *Peukert*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hg.), Handwörterbuch Europäisches Privatrecht I, 2009, S. 648 ff. Im Folgenden wird nur der Begriff „Immaterialgüterrecht(e)“ als Übersetzung von „intellectual property [IP] law/rights“ verwendet.

² Zu dieser teleologischen Zweiteilung *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, 2012, S. 23 ff., 95 ff.

³ Siehe UN-Resolution 60/157: Recht auf Entwicklung, 16.12.2005, Präambel Nr. 1; *Dann*, in diesem Band; ferner etwa *Payne/Phillips*, Development, 2010; *Myrdal*, What Is Development?, Journal of Economic Issues 8 (1974), S. 729 ff.; zur Geschichte des deutschen Entwicklungsbegriffs *Wieland*, Entwicklung, Evolution, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 2, 1975, S. 199 ff.

⁴ Siehe UN-Resolution 65/1: Das Versprechen halten: vereint die Millenniums-Entwicklungsziele erreichen, 19.10.2010, Ziff. 3, 43; Gemeinsame Erklärung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten, des Europäischen Parlaments und der Kommission zur Entwicklungspolitik der Europäischen Union: „Der Europäische Konsens“, ABl. C 46/1, 24.2.2006, Ziff. 5, 7.

Bezieht man diese beiden, vielschichtigen Oberbegriffe aufeinander, gelangt man zur etwas konkreteren Frage, ob die inzwischen praktisch weltweit anerkannten Immaterialgüterrechte wie von Art. 7 TRIPS⁵ proklamiert „zur Förderung der technischen Innovation sowie zur Weitergabe und Verbreitung von Technologie beitragen, dem beiderseitigen Vorteil der Erzeuger und Nutzer technischen Wissens dienen“ und all dies „in einer dem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wohl zuträglichen Weise“ geschieht. Genauer noch können drei zueinander akzessorische Ebenen unterschieden werden: (1) Immaterialgüterrechte fördern Innovation. (2) Innovationen sind bedeutsame Instrumente zur Bekämpfung von Armut und zur Erreichung weiterer Ziele (öffentliche Gesundheit, Klimawandel). (3) Diese Verbesserungen tragen zur umfassenden Entwicklung bei.

Die positive Korrelation zwischen technologischem Fortschritt und Entwicklung war bereits ein zentraler Topos in *Trumans* Antrittsrede 1949, die weithin als politische Geburtsstunde des Entwicklungsparadigmas gilt.⁶ Aus der Zusammenschau der genannten Teilschritte (1) bis (3) folgt weitergehend, dass auch Immaterialgüterrechte der Entwicklung zuträglich sind. Diese Annahme entspricht dem über lange Zeit unangefochten vorherrschenden und noch heute weit verbreiteten Expansions-Narrativ, wonach ein immer besserer Rechtsschutz immer mehr Innovationen und damit größere Entwicklungserfolge nach sich ziehen wird (dazu II). Allerdings haben Ökonomen und Wirtschaftshistoriker nachgewiesen, dass diese überaus wirkmächtige Auffassung zumindest in ihrer orthodoxen, uneingeschränkten Version unhaltbar ist (dazu III). Die Schlussfolgerungen aus dieser Diskrepanz zwischen wissenschaftlicher Erkenntnis und politischem Programm sind abschließend zu skizzieren (dazu IV).

⁵ Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums, Anhand 1 C des Übereinkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation v. 15.4.1994, BGBl. II 1730.

⁶ Truman's Inaugural Address, 20.1.1949, www.trumanlibrary.org/whistlestop/50yr_archive/inagural20jan1949.htm (20.08.2012) („Greater production is the key to prosperity and peace. And the key to greater production is a wider and more vigorous application of modern scientific and technical knowledge.“); siehe ferner United Nations, Measures for the economic development of under-developed countries, 1951, S. 28 ff.

II. Das Expansions-Narrativ im Wandel der Zeiten

1. Inhalt des Expansions-Narrativs

Vertreter der „Eigentumslogik“⁷ bzw. des „IP-Maximalismus“⁸ gehen wie erläutert von einem linear positiven Verhältnis zwischen Immaterialgüterrechten und Innovation/Entwicklung aus. Auch die Kausalität verläuft vom Rechtsschutz zum technologischen und sonstigen Fortschritt. Da Fortschritt gut ist, sind Immaterialgüterrechte gut. Folglich erscheint das „geistige Eigentum“ um seiner selbst Willen als schutzwürdig.⁹

In Rechtsakten und Arbeitsdokumenten der EU finden sich entsprechende Formulierungen häufig. So heißt es etwa in der Urheberrechtsrichtlinie 2001:

„Ein harmonisierter Rechtsrahmen zum Schutz des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte wird durch erhöhte Rechtssicherheit und durch die Wahrung eines hohen Schutzniveaus im Bereich des geistigen Eigentums substantielle Investitionen in Kreativität und Innovation einschließlich der Netzinfrastruktur fördern und somit zu Wachstum und erhöhter Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie beitragen, und zwar sowohl bei den Inhalten und der Informationstechnologie als auch allgemeiner in weiten Teilen der Industrie und des Kultursektors. Auf diese Weise können Arbeitsplätze erhalten und neue Arbeitsplätze geschaffen werden.“¹⁰

In ihrer jüngsten Mitteilung zur künftigen IP-Politik verlautbart die Kommission:

„Der ‚Circulus virtuosus‘ der Rechte des geistigen Eigentums basiert auf einer Politik, die Anreize für Innovationen bietet, wodurch Investitionen angezogen werden, durch die wiederum neue Produkte und Dienstleistungen zur Befriedigung neuer Verbraucherbedürfnisse

⁷ Hierzu *Dreier*, Primär- und Folgemärkte, in: Schrickler/Dreier/Kur (Hg.), Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation, 2001, S. 51, 70 ff., 76 ff.

⁸ Hierzu Washington Declaration on Intellectual Property and the Public Interest, 25.-27.8.2011, <http://infojustice.org/public-events/global-congress> (20.08.2012), 1. Zum Begriff „intellectual property“ (IP) oben Fn. 1.

⁹ Dazu *Peukert*, Intellectual Property as an End in Itself?, EIPR (2011), S. 67-71.

¹⁰ ErwGrd. 4 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. Nr. L 167/10.

entstehen können, die ihrerseits zu einer Stärkung von Wachstum und Beschäftigung führen.“¹¹

Diese geradezu wunderbare Aufwärtsdynamik - die der flüchtige Leser nicht mit einem teuflischen *circulus vitiosus* verwechseln darf - strahlt auf die allgemeine Entwicklungspolitik der EU aus. Auch in diesem Kontext heißt es, dass

„[d]er Schutz und die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums im Einklang mit internationalen Verpflichtungen sowie die Berücksichtigung des Entwicklungsniveaus und -bedarfs ... bei der Unterstützung von Innovationen eine wichtige Rolle spielen [können].“¹²

Das Expansions-Narrativ wird als universelles Programm insbesondere von den G8-Staaten verfochten:

„We agree on the necessity of a level playing field in the innovation area, including a strong and robust intellectual property system as an incentive to innovation and a catalyst for growth.“¹³

Geteilt wird diese Haltung naturgemäß von privaten Marktakteuren, deren Vermögen und Marktposition maßgeblich von effektiv durchsetzbaren Immaterialgüterrechten abhängt.¹⁴ Aber auch namhafte Rechtswissenschaftler betonen die positive Wirkung des internationalen Patentsystems auch und gerade für Entwicklungsländer.¹⁵ Ein holzschnittartiger Durchgang der Immaterialgüterrechtsgeschichte zeigt, wie hartnäckig sich das Expansions-Narrativ gegen vielfältige Anfechtungen behauptet hat. Dabei können fünf Zeitabschnitte unterschieden werden.

¹¹ Europäische Kommission, Ein Binnenmarkt für Rechte des geistigen Eigentums. Förderung von Kreativität und Innovation zur Gewährleistung von Wirtschaftswachstum, hochwertigen Arbeitsplätzen sowie erstklassigen Produkten und Dienstleistungen in Europa, 24.5.2011, KOM(2011) 287 endg., S. 5.

¹² Grünbuch EU-Entwicklungspolitik zur Förderung eines breitenwirksamen Wachstums und einer nachhaltigen Entwicklung, 10.11.2010, KOM(2010) 629 endg., S. 15.

¹³ G8 Declaration, Renewed Commitment for Freedom and Democracy, 26.-27.5.2011, www.g20-g8.com/g8-g20/g8/english/live/news/renewed-commitment-for-freedom-and-democracy.1314.html (20.08.2012); für das US-Recht *Golan v. Holder*, 565 U.S. ____ (2012).

¹⁴ Siehe etwa International Chamber of Commerce, Intellectual Property: Source of innovation, creativity, growth and progress, 2005, abrufbar unter <http://www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/bascap/value-of-ip/innovation,-creativity,-growth-and-progress/> (4.9.2012).

¹⁵ In der deutschen Literatur zuletzt *Straus/Klunker*, Harmonisierung des internationalen Patentrechts, GRUR Int (2007), S. 91 ff.

2. Das Expansions-Narrativ in der Geschichte des Immaterialgüterrechts

a) Etablierung der Idee des modernen Immaterialgüterrechts (1624 bis 1883)

Das gegenwärtige Immaterialgüterrecht zeichnet sich dadurch aus, dass Erfinder, Urheber, Markennutzer etc. nach Maßgabe allgemeiner Gesetze ausschließliche Rechte erlangen können, deren Inhalt und Schranken wiederum gesetzlich definiert sind. Hierbei handelt es sich um ein spezifisch modernes Regulierungskonzept, das an die Stelle frühneuzeitlicher Einzelfallprivilegien trat und sich zuerst dauerhaft in England etablieren konnte. Dort reicht die Geschichte des Patentrechts bis zur *Statute of Monopolies* von 1624 zurück, die dem „ersten und wahren Erfinder“ eines „neuen Gewerbes“ ein zeitlich befristetes Patent in Aussicht stellte. Als weltweit erstes Urheberrechtsgesetz gilt die englische *Statute of Anne* von 1709, ein „Act for the Encouragement of Learning“.¹⁶ Bereits dieser Gesetzestitel zeigt, dass die englische Gesetzgebung die neuen Rechte als Instrumente verstand, mit denen die Grundnorm im Umgang mit Wissen von absolutistischer Kontrolle auf marktwirtschaftlich organisierten Zugang umgestellt wurde.

Diese fundamentale Änderung gelang zunächst ohne Rekurs auf das im Kern naturrechtliche Narrativ des „geistigen Eigentums“. Jenes entfaltete seine Wirkmacht erst gegen Ende des 18. Jahrhunderts, vor allen Dingen in Gestalt der französischen Revolutionsgesetze zum Patent- und Urheberrecht aus den Jahren 1791 und 1793.¹⁷ Im Laufe des 19. Jahrhunderts breitete sich die Immaterialgüterrechtsgesetzgebung in Europa immer weiter aus. Ihren krönenden Abschluss fand diese erste Expansionsphase mit zwei mehrseitigen völkerrechtlichen Verträgen, nämlich der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVÜ zum Patent-, Design-, Markenrecht) von 1883 und dem Berner Übereinkommen zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (RBÜ zum Urheberrecht) von 1886.¹⁸ Die Konventionen

¹⁶ Abrufbar unter *Bently/Kretschmer*, Primary Sources on Copyright (1450-1900), www.copyrighthistory.org (20.08.2012); Zum Patentgesetz von Venedig 1474 *Kurz*, Weltgeschichte des Erfindungsschutzes, 2000, S. 52 ff.

¹⁷ Dazu insbesondere *Chapelier*, Rapport, Au nom du Comité de Constitution, sur la Pétition des Auteurs dramatiques, 13.1.1791, in: *Bently/Kretschmer*, Copyright (Fn. 16).

¹⁸ Siehe zu dieser Entwicklung *Hesse*, The Rise of Intellectual Property, 700 B.C.-A.D. 2000: An Idea in the Balance, Daedalus 2002, S. 6 ff.

basieren auf zwei Grundsätzen. Erstens werden bestimmte Mindestrechte festgelegt, und zweitens garantieren sich die Unterzeichnerstaaten, dass verbandsangehörige Erfinder und Urheber in allen Mitgliedstaaten diejenigen Rechte genießen, die die einschlägigen Gesetze den inländischen Rechtsinhabern gewähren (Inländerbehandlung).¹⁹

Freilich blieb dieser weitgehend europäische Konsens deutlich hinter dem heute gültigen, globalen Schutzniveau zurück. Die Nationalstaaten des 19. Jahrhunderts setzten ihre Immaterialgüterrechtspolitik gezielt ein, um ihre Position im internationalen Wettbewerb zu sichern bzw. den technologischen Vorsprung anderer Länder aufzuholen. Die Eigentumslogik war zwar am Werk, hatte einen instrumentellen Zugang zu den Rechten aber noch nicht verdrängt.²⁰

b) Globale Expansion während des Kolonialismus (1800 bis ca. 1960)

Die sich anschließende Expansionsphase hatte imperial-territorialen Charakter. Als die westeuropäischen Kolonialmächte ihren Einflussbereich ausdehnten, erstreckten sie die geltenden Immaterialgüterrechtsgesetze und -konventionen auf ihre jeweiligen Kolonien.

Dies geschah auf zweierlei Weise:²¹ Der rein nationale Weg bestand darin, die eigene Urheber- und Patentrechtsgesetzgebung dahingehend zu ändern, dass die Rechte nicht nur in der Metropole, sondern auch in den Kolonien Gültigkeit besaßen. Beispielsweise wurde die territoriale Reichweite des britischen Urheberrechts zwischen 1801 und 1911 in einer ganzen Serie von Gesetzen auf das stetig wachsende Empire erstreckt. Frankreich folgte diesem Vorbild 1857, Deutschland 1901 und Belgien schließlich 1948. Zudem wurden die Kolonialterritorien in das System der internationalen Konventionen einbezogen. Formal unabhängige Protektorate (Tunesien, Marokko) und de facto abhängige Staaten (Haiti, Liberia) zählen zu den ersten Mitgliedern der PVÜ bzw. der RBÜ. Entscheidende Bedeutung kam jedoch kolonialen Erstreckungsklauseln

¹⁹ Siehe Art. 2 PVÜ, 5 RBÜ.

²⁰ Näher unten III 3.

²¹ Siehe im Einzelnen *Peukert*, *The Colonial Legacy of the International Copyright System*, in: *Diawara/Rösenthaller* (Hg.), *Staging the Immaterial: Rights, Style and Performance in Sub-Saharan Africa*, im Erscheinen.

zu, die noch heute in allen IP-Konventionen zu finden sind. So heißt es in der RBÜ, dass

„jedes Land ... in seiner Ratifikations- oder Beitrittsurkunde erklären oder zu jedem späteren Zeitpunkt dem Generaldirektor schriftlich notifizieren [kann], dass diese Übereinkunft auf alle oder einzelne in der Erklärung oder Notifikation bezeichnete Gebiete anwendbar ist, für deren auswärtige Beziehungen es verantwortlich ist.“²²

Sämtliche Kolonialmächte machten umfassend von dieser Option Gebrauch. Hierdurch erstreckte sich der Geltungsbereich der immaterialgüterrechtlichen Konventionen bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts praktisch auf den gesamten Erdball. Allerdings galt dies nur in territorialer Hinsicht. Zweck der Einbeziehung der Kolonien war nämlich allein der Schutz der Angehörigen der Kolonialmächte, etwa der Londoner oder Pariser Buchverlage. Jene sollten auf den eroberten Märkten den gleichen Rechtsschutz wie in der Metropole genießen.²³ Die Kolonisierten hingegen waren vom Erwerb von Urheberrechten und Patenten entweder – wie im deutschen Kolonialrecht die „Eingeborenen“ – *de iure*²⁴ oder durch Voraussetzungen wie die Erstveröffentlichung eines Buches im Vereinigten Königreich und durch Beschränkungen des Gerichtszugangs *de facto* ausgeschlossen.²⁵ Soweit es im Zeitalter des IP-Kolonialismus also um Fortschritt ging, war damit allein der Fortschritt der Metropolen und der dort ansässigen Unternehmen gemeint.

c) Dekolonisierung und Integration der Entwicklungsländer (1945 bis 1990)

Nach dem 2. Weltkrieg wurden aus Kolonien unabhängige Staaten und zugleich Entwicklungsländer. Wie das Beispiel des Immaterialgüterrechts zeigt, ist die gesamte Entwicklungsthematik untrennbar mit der (De-)Kolonisierung verbunden. Hier setzt postkoloniale Kritik an und macht geltend, dass der

²² Art. 31 I RBÜ; entsprechend Art. 24 PVÜ, XIII WUA, 27 I Rom-Abkommen.

²³ *Drahos/Braithwaite*, Information Feudalism, 2002, S. 74; *Bently*, The 'extraordinary multiplicity' of intellectual property laws in the British colonies in the Nineteenth century', Theoretical Inquiries in Law 2011, S. 161, 198; *Seville*, The Internationalisation of Copyright Law, 2006, S. 41 ff.

²⁴ *Lüders*, Die Anwendung des deutschen Urheber- und Erfinderrechts in den Schutzgebieten, 1914, S. 37 ff.

²⁵ Siehe dazu näher *Peukert*, The Colonial Legacy (Fn. 21).

Entwicklungsdiskurs lediglich ein Anderes neu benennt, das gleichwohl noch als Anderes, zu Entwickelndes betrachtet wird.²⁶

Eine solche, nur oberflächliche Integration lässt sich im hier analysierten Spezialgebiet in der Tat beobachten. Als sich die Dekolonisierung deutlich abzeichnete, befürchtete das für die Verwaltung der PVÜ und der RBÜ zuständige *Bureaux Internationaux Reunis pour la Protection de la Propriete Intellectuelle* (BIRPI, Vorläufer der WIPO) einen Exodus der neu unabhängigen Staaten und folglich ein starkes Schrumpfen des globalen IP-Territoriums.²⁷ Vor allen Dingen Indien machte in den 1960er Jahren tatsächlich geltend, das hohe Schutzniveau der RBÜ stünde im Widerspruch zum vorrangigen Interesse der Entwicklungsländer, Zugang zum vorhandenen Wissen zu erhalten, um Bildung und technologischen Fortschritt zu fördern.²⁸

Zur Implosion des Systems kam es gleichwohl nicht. Im Gegenteil, nur eine Handvoll Entwicklungsländer kündigte ihre Mitgliedschaft in der RBÜ.²⁹ Die Weltorganisation für Geistiges Eigentum (WIPO) hat inzwischen 185 Mitglieder, die sich allesamt verpflichtet haben, Maßnahmen zur Verbesserung des Schutzes geistigen Eigentums zu fördern.³⁰ Aus dem Kreis der am wenigsten entwickelten Länder (LDCs) fehlen nur noch Kiribati, Osttimor und Tuvalu; lediglich fünf der 31 WTO-Mitglieder aus dem Kreis der LDCs waren zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des TRIPS-Abkommens am 1.1.1995 noch nicht an einem internationalen oder regionalen IP-Vertrag beteiligt.³¹ Die Gründe für

²⁶ Dazu *Castro Varela/Dhawan*, Postkoloniale Theorie, 2005; *Ramone*, Postcolonial Theories, 2011; ferner *Lepenies*, An Inquiry into the Roots of the Modern Concept of Development, Contributions to the History of Concepts 4 (2008), S. 202 ff.

²⁷ *Masouyé*, Decolonization, independence and copyright, *Revue International du Droit d'Auteur* 36 (1962), S. 84, 86; frühe Kritik bei *Lazar*, Developing countries and authors' rights in international copyright, *Copyright Law Symposium* 19 (1971), S. 1, 17 ff. (neo-colonialism).

²⁸ *Chagla*, Address, in: Indian Copyright Office, International Copyright. Needs of Developing Countries, 1967.

²⁹ Siehe *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright and Neighbouring Rights, Band II, 2006, Rn. 17.59 (Indonesien 1960, Syrien 1962, Obervolta (Burkina Faso) 1969 und Mauritius 1971).

³⁰ Art. 3 i, 4 i Übereinkommen zur Errichtung der Weltorganisation für geistiges Eigentum v. 14.7.1967, BGBl. 1970 II, S. 295.

³¹ Es handelt sich um die portugiesischen Kolonien Angola und Mosambik, um die französische Kolonie Dschibuti in Ostafrika sowie um die britischen Kolonien Birma und Salomonen in Asien. Quellen: Listen der Vertragsstaaten auf www.wipo.int/treaties/en/ (20.08.2012) sowie www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm (20.08.2012); ferner die Informationen über den Status nationaler Immaterialgüterrechtsgesetzgebung auf www.wipo.int/wipolex/en/ (20.08.2012) und <http://copyright-watch.org/> (20.08.2012).

diese Stabilität und die langsame, aber doch stetige Expansion des Immaterialgüterrechtssystems im postkolonialen Zeitalter sind vielschichtig.³² Erstens gelang es, den Entwicklungsdiskurs bereits nach kurzer Zeit in offiziellen Dokumenten zu verankern und damit die Verantwortlichkeit des Immaterialgüterrechtssystems zu beweisen. Im Urheberrecht war die Stockholmer Revisionskonferenz der RBÜ 1967 vom Streit um die Bedürfnisse der Entwicklungsländer dominiert.³³ Man einigte sich zunächst auf ein gesondertes (sic!) Protokoll, das den Entwicklungsländern eine Einschränkung der Rechte an Übersetzungen sowie die Vergabe von Zwangslizenzen zur Herstellung lokal sonst nicht verfügbarer Bücher gestattete. Dieses Protokoll trat aber nie in Kraft, da es vom Vereinigten Königreich und weiteren Industriestaaten als zu weitgehend abgelehnt wurde.³⁴ Der Durchbruch gelang schließlich bei einer neuerlichen Revisionskonferenz 1971 in Paris. Einerseits wurden die „besonderen Bestimmungen für Entwicklungsländer“ in die Übereinkunft integriert und hierdurch formal aufgewertet. Andererseits wurden einige Zugeständnisse in der Sache zurückgenommen. Seither dürfen Entwicklungsländer nur noch entgeltliche Zwangslizenzen im Einzelfall erteilen, damit Übersetzungen in die Landessprache erstellt und Werke zu Bildungs- und Forschungszwecken vervielfältigt und verbreitet werden können.³⁵ Allerdings sind die formellen und materiellen Voraussetzungen hierfür dermaßen hoch, dass dieses Zwangslizenzsystem praktisch irrelevant geblieben ist.³⁶ Im internationalen Patentrecht finden sich Spuren des Entwicklungsdiskurses ebenfalls bereits im Patentrechtsabkommen (PCT) von 1970. In dem Wunsch, „den wirtschaftlichen Fortschritt der Entwicklungsländer zu fördern und zu beschleunigen“, wird die WIPO verpflichtet, Entwicklungsländern unter Selbstkostenpreis „technische Kenntnisse und technologisches Wissen unter Einschluß von allgemein zugänglichem Know-how“ zugänglich zu machen. Allerdings wird dieses Ziel ausschließlich systemkonform erstrebt, indem die Wirksamkeit des internationalen Patentsystems und seiner Informationsdienste

³² Näher *Peukert*, *The Colonial Legacy* (Fn. 21), m. w. N.

³³ *Johnson*, *The Origins of the Stockholm Protocol*, *Bulletin of the Copyright Society of the USA* 18 (1970), S. 91, 158 ff.

³⁴ *Ricketson/Ginsburg*, *Copyright* (Fn. 29), Rn. 14.16 ff.

³⁵ Siehe Art. 21 RBÜ und Anhang zur RBÜ sowie *Olian*, *International copyright and the needs of developing countries*, *Cornell International Law Journal* 7 (1974), S. 81, 104.

³⁶ *Ricketson/Ginsburg*, *Copyright* (Fn. 29), Rn. 14.106; v. *Lewinski*, *International Copyright Law and Policy*, 2008, Rn. 5.233.

verbessert wird.³⁷ Der eigentliche Effekt des PCT besteht darin, multinationale Patentanmeldungen zu vereinfachen. Im materiellen Patentrecht der PVÜ blieb ohnehin alles beim Alten.

Zweitens war diese formelle Integration des Entwicklungsdiskurses begleitet von vielfältigen Maßnahmen des BIRPI bzw. der WIPO, der UNESCO, der ehemaligen Kolonialmächte und der Vertreter der Rechtsinhaber zur Stabilisierung des Systems. Seit den 1960er Jahren wurden in Afrika, Asien und Südamerika Seminare und Workshops veranstaltet, in denen das Expansions-Paradigma als günstig für die neu unabhängigen Länder dargestellt und eine lokale IP-Elite ausgebildet wurde, die sich mehr um die Entwicklung des internationalen Immaterialgüterrechtssystems als um die Entwicklung ihrer Herkunftsländer sorgte.³⁸ Zudem versprach ein Beitritt zu den maßgeblichen Konventionen, an denen West- und Ostblock beteiligt waren, internationale Anerkennung. Schließlich war nur auf diesem Wege sicherzustellen, dass die Staatsangehörigen der Entwicklungsländer in den ehemaligen Metropolen Rechtsschutz erlangen (Inländerbehandlungsgrundsatz). Kritische Stimmen wie diejenige Indiens blieben daher die Ausnahme und verstimmten Ende der 1960er Jahre schnell. Ebenso marginal blieben das Thema „Innovation“ und erst recht die Frage nach der Bedeutung der Immaterialgüterrechte im allgemeinen Entwicklungsdiskurs.³⁹

d) Washington Consensus 1990-2000

Einen neuerlichen Aufschwung erlebte das Expansions-Paradigma mit dem Zusammenbruch des Ostblocks und dem Siegeszug des Washington Consensus, der einen universell gültigen Ansatz offener Marktwirtschaft propagierte und diese Liberalisierung mit dem Junktim eindeutig definierter und

³⁷ Siehe Präambel, Art. 50 PCT.

³⁸ *Okediji*, The international relations of intellectual property: Narratives of developing country participation in the global intellectual property system, *Singapore Journal of International & Comparative Law* 7 (2003), S. 315, 331.

³⁹ Siehe International Labour Office, *Employment, Growth and Basic Needs: A One-World Problem*, 1976, S. 141 ff., 155 (nicht erläuterte Forderung, das nationale und internationale Patentrecht zu revidieren, um es auf die Bedürfnisse der Entwicklungsländer einzustellen); International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, *World Development Report*, 1990.

effektiv geschützter Eigentumstitel verband.⁴⁰ Diese vorübergehend ganz herrschende Auffassung bildet den Hintergrund der Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO) und insbesondere des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS) als Bestandteil des WTO-Rechts.⁴¹

Einerseits bekennt sich das WTO-Recht insgesamt zum Erfordernis,

„daß es positiver Bemühungen bedarf, damit sich die Entwicklungsländer, insbesondere die am wenigsten entwickelten unter ihnen, einen Anteil am Wachstum des internationalen Handels sichern, der den Erfordernissen ihrer wirtschaftlichen Entwicklung entspricht.“⁴²

Zu diesem Zweck wird Entwicklungsländern durchgängig eine „besondere und differenzierte Behandlung“ zuteil. Insbesondere genießen sie größere sachliche und zeitliche Flexibilität bei der Implementierung des Welthandelsrechts.⁴³ Auch die Präambel des TRIPS-Abkommens verweist auf „entwicklungs- und technologiepolitische Ziele“ sowie die

„besonderen Bedürfnisse der am wenigsten entwickelten Länder ... in bezug auf größtmögliche Flexibilität bei der Umsetzung von Gesetzen und sonstigen Vorschriften im Inland, um es ihnen zu ermöglichen, eine gesunde und tragfähige technologische Grundlage zu schaffen.“

Niederschlag finden diese Vorgaben in Übergangsfristen zur Umsetzung des Abkommens, während derer jedoch der allgemeine Inländerbehandlungs- und Meistbegünstigungsgrundsatz zu achten bleibt.⁴⁴ Außerdem sollen entwickelte Länder privaten Technologietransfer zugunsten der am wenigsten entwickelten

⁴⁰ *Williamson*, What Washington Means by Policy Reform, 1990/2002, www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?ResearchID=486 Speeches and Papers (20.08.2012) („there is general acceptance that property rights do indeed matter“).

⁴¹ Zum Zusammenhang zwischen TRIPS und dem Washington Consensus *Gervais*, TRIPS and Development, in: *Gervais*, Intellectual Property, Trade, and Development, 2007, S. 3, 12; *Weinstock Netanel*, Introduction, in: ders., The Development Agenda, 2009, S. 1, 3.

⁴² Präambel Nr. 2 Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation, BGBl. 1994 II, S. 1625.

⁴³ Siehe Art. 15 Übereinkommen über die Landwirtschaft, 12 Übereinkommen über technische Handelshemmnisse (TBT), 27 Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen; ferner Art. 4 TRIMs, 15 Antidumping-Abkommen, 9 Übereinkommen über Schutzmaßnahmen, IV GATS; Übersicht etwa bei *Berman/Mavroidis*, WTO Law and Developing Countries, 2007.

⁴⁴ Siehe Art. 65 (Entwicklungsländer: 4 Jahre für das Abkommen insgesamt und weitere fünf Jahre für Stoffpatente), 66 I (10 Jahre für am wenigsten entwickelte Länder) TRIPS.

Länder fördern und mit allen Entwicklungsländern in technischer und finanzieller Hinsicht zusammenarbeiten, um die Implementierung des Übereinkommens und den Aufbau einer IP-Infrastruktur zu unterstützen.⁴⁵

Andererseits dürfen diese Bekenntnisse und Zugeständnisse nicht darüber hinwegtäuschen, dass das TRIPS-Abkommen das Expansions-Paradigma fortschreibt. TRIPS geht über das Schutzniveau der PVÜ und der RBÜ deutlich hinaus, etwa im Hinblick auf die Patentierbarkeit von Arzneimitteln und Pflanzensorten und die Rechte des Patentinhabers. Diese Verpflichtungen sind nach Ablauf der Übergangsfristen von allen 153 WTO-Mitgliedern gleichermaßen zu erfüllen. Sachliche Flexibilitäten wie im Zoll- und Subventionsbereich räumt TRIPS den Entwicklungsländern nicht ein. Auf die Effektivität des in Aussicht gestellten Technologietransfers wird zurückzukommen sein. Wie marginalisiert kritische Zugänge zum Verhältnis zwischen Immaterialgüterrecht und Entwicklung zur Blütezeit des *Washington Consensus* waren, beweisen die beiden WIPO Urheberrechtsverträge von 1996, die das Urheberrecht in die digitale Welt erstrecken. In diesen Dokumenten wird auf Entwicklungsländer nur insoweit Bezug genommen als die WIPO verspricht, die Reisekosten der Delegierten aus diesen Ländern zu erstatten.⁴⁶

e) Widerstreitende Tendenzen seit 2000

Die auf Marktöffnung und Liberalisierung angelegte Globalisierungsagenda geriet Ende der 1990er Jahre in die Krise. Äußeres Zeichen hierfür war das Scheitern der Ministerkonferenz der Wirtschafts- und Handelsminister der WTO in Seattle 1999. Zu dieser Zeit wurde auch Kritik am orthodoxen IP-Paradigma und speziell am TRIPS-Abkommen laut. Auslöser hierfür war der Versuch internationaler Pharmaunternehmen sowie der USA und der EU, ein südafrikanisches Gesetz zu Fall zu bringen, das durch Parallelimporte und Zwangslizenzen eine bessere Versorgung mit bezahlbaren AIDS-Medikamenten sicherstellen sollte. Eine internationale Kampagne machte geltend, Patente erschwerten den Zugang zu lebenswichtigen Arzneimitteln. Sie

⁴⁵ Art. 66 II, 67 TRIPS.

⁴⁶ Art. 15 I (c) WCT, 24 I (c) WPPT.

bewirkte, dass US-Präsident *Clinton* im Mai 2000 ausdrücklich anordnete, keinen weiteren Druck auf Südafrika auszuüben.⁴⁷ Durch diese Vorgänge und die parallel einsetzende Digitalisierung (Stichwort *Napster*) erfuhren die „Rechte des geistigen Eigentums“ plötzlich hohe öffentliche Aufmerksamkeit. In der Folge lässt sich eine Konvergenz der zuvor weitgehend unverbundenen Entwicklungs- und Immaterialgüterrechtsdiskurse beobachten:

Zum einen reflektiert die allgemeine Entwicklungspolitik vermehrt die Bedeutung von Innovation und Immaterialgüterrechtsschutz. In den Millenniums-Entwicklungszielen (MDGs) spielt die Kategorie des „Zugangs“ – sei es zu Wasser, Lebensmitteln, Gesundheitsversorgung, Bildung und Informations- und Kommunikationstechnologien – eine zentrale Rolle. Unter dem Eindruck des südafrikanischen HIV/AIDS-Falls wird der pharmazeutischen Industrie ausdrücklich nahegelegt, lebenswichtige Medikamente für alle Menschen in den Entwicklungsländern zu erschwinglichen Preisen verfügbar zu machen.⁴⁸ In späteren Resolutionen zu den MDGs wird die „strategische Rolle“ von Wissenschaft, Technik und Innovation betont. Zu fördern seien Initiativen für Forschung und Entwicklung (FuE) sowie der Technologietransfer von Nord nach Süd.⁴⁹

Zum anderen dringt die Entwicklungsthematik mit Macht in den *multilateralen* IP-Diskurs ein. Die WTO reagierte auf die Globalisierungskritik mit der 2001 begonnenen, freilich noch immer nicht erfolgreich abgeschlossenen „Doha Development Agenda“, bei der die Bedürfnisse und Interessen der Entwicklungsländer im Zentrum stehen sollen.⁵⁰ Welchen Eindruck speziell die Kontroverse um Patente und HIV/AIDS machte, ersieht man daran, dass die Ministerkonferenz 2001 eine gesonderte Erklärung zu TRIPS und öffentlicher

⁴⁷ Siehe dazu *Fisher III/Rigamonti*, *The South Africa AIDS Controversy. A Case Study in Patent Law and Policy*, 2005, <http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/South%20Africa.pdf> (20.08.2012).

⁴⁸ UN-Resolution 55/2: Millenniums-Erklärung der Vereinten Nationen, 8.9.2000, insbes. Ziff. 20.

⁴⁹ UN-Resolution 60/1: Ergebnis des Weltgipfels 2005, 16.9.2005, insbes. Ziff. 60; UN-Resolution 65/1 (Fn. 4), Ziff. 78; UNDP, *What Will It Take to Achieve the Millennium Development Goals? – An International Assessment*, June 2010, http://content.undp.org/go/cms-service/stream/asset/?asset_id=2620072 (20.08.2012), iv, v, 37.

⁵⁰ WTO Ministerial Declaration, 14.11.2001, WT/MIN(01)/DEC/1, Ziff. 2 und zu TRIPS Ziff. 17. Dazu allgemein *van Dijck/Faber*, *Developing Countries and the Doha Development Agenda of the WTO*, 2006.

Gesundheit abgab.⁵¹ Hierin wurde zunächst klargestellt, dass das Abkommen nicht an Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit hindert. Vielmehr sei es flexibel in einer Weise auszulegen und anzuwenden, die jedermann den Zugang zu Medikamenten ermöglicht. Ferner wurde das TRIPS-Regularium in zweierlei Hinsicht geändert. Erstens wurde die Übergangsfrist zur Einführung eines Patentschutzes für Arzneimittel zugunsten der am wenigsten entwickelten Länder bis zum 1.1.2016 verlängert. Zweitens wurde durch einen sofortigen Verzicht auf die sich aus Art. 31 lit. f TRIPS ergebenden Anforderungen ermöglicht, dass ein Land mit Produktionskapazitäten im pharmazeutischen Bereich (z.B. Deutschland) Zwangslizenzen erteilen kann, damit Medikamente in Entwicklungsländer *exportiert* werden, die selbst über keine solche Industrie verfügen und daher auf die Einfuhr von Arzneimitteln angewiesen sind. 2005 einigte man sich darauf, diesen „Doha Waiver“ in Gestalt eines neuen Art. 31bis sowie eines Anhangs zum TRIPS-Übereinkommen zu formalisieren.⁵²

Zwar ist dieser Vorgang insofern beachtlich, als es sich um die einzige Änderung des WTO-Rechts handelt. Allerdings sind die betreffenden Vorschriften auch sieben Jahre nach ihrer Verabschiedung mangels ausreichender Ratifikationen nicht in Kraft getreten.⁵³ Zudem ist bisher nur ein einziger Fall einer Export-Zwangslizenz unter diesem Regime dokumentiert, und zwar für die Lieferung eines Arzneimittels von Kanada nach Ruanda.⁵⁴ Ähnlich ambivalent erweist sich die ebenfalls 2005 beschlossene Verlängerung der Übergangsfrist für am wenigsten entwickelte Länder, die die Mindestrechte gem. TRIPS demnach eigentlich erst zum 1.7.2013 zu implementieren haben.⁵⁵ Denn diese formelle Flexibilität darf von den LDCs nicht dazu benutzt werden, ihr nationales Recht so zu ändern, dass es einen „geringeren Grad an

⁵¹ WTO Ministerial Declaration, Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, 14.11.2001, WT/MIN(01)/DEC/2.

⁵² Protokoll zur Änderung des TRIPS-Abkommens v. 6.12.2005, ABI. L 311/37 v. 29.11.2007; siehe auch WTO Ministerial Declaration, Doha Work Programme, 22.12.2005, WT/MIN(05)/DEC.

⁵³ www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm (20.08.2012).

⁵⁴ TRIPS-Rat, Annual Review of the Decision on the Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement, 10.12.2010, IP/C/57 Ziff. 5; *Dutfield*, Delivering Drugs to the Poor: Will the TRIPS Amendment Help?, *American Journal of Law & Medicine* 34 (2008), S. 1 ff.

⁵⁵ Entscheidung des TRIPS-Rats, 29.11.2005, Extension of the Transition Period Under Article 66.1 for Least-Developed Country Members, WTO Dokument IP/C/40 Ziff. 1. Zum Vorschlag für eine weitere Verlängerung der Übergangsfrist siehe Ministerkonferenz, 17.12.2011, WTO Dokument WT/L/845.

Übereinstimmung“ mit TRIPS aufweist.⁵⁶ Da insbesondere afrikanische Entwicklungsländer einen häufig sogar über TRIPS hinausgehenden, postkolonialen Schutzstandard etabliert haben (s.o.), läuft die Verlängerung der Übergangsfrist praktisch leer – eine Absenkung des erreichten Schutzniveaus ist verboten.

Die WIPO als zweiter multilateraler Akteur im internationalen Immaterialgüterrecht ist nach ihrem Gründungsdokument geradezu auf das Expansions-Narrativ festgelegt, da sie für einen „verbesserten Schutz“ geistigen Eigentums sorgen soll.⁵⁷ Noch 2003 propagierte ihr damaliger afrikanischer Generaldirektor die IP-Rechte uneingeschränkt als „power tool“ für ökonomische Entwicklung und Wohlstand.⁵⁸ Für einen gewissen Wandel sorgte erst 2004 die Forderung Argentiniens und Brasiliens, als UN-Organisation müsse auch die WIPO die allgemeinen Entwicklungsziele unterstützen. Immaterialgüterrechte seien kein Zweck an sich; die auf Expansion angelegte Politik der WIPO sei auf ihre Auswirkungen auf Entwicklungsländer zu überprüfen. Erforderlich sei ein ausgewogener Ansatz, der die Vor- und Nachteile von Immaterialgüterrechten gleichermaßen berücksichtige.⁵⁹ Diese Fragen werden seither im Rahmen der „Development Agenda“ der WIPO diskutiert.⁶⁰ Neben einer Reihe wissenschaftlicher Studien formulierte die WIPO nicht weniger als 45 Empfehlungen, die zu einer größeren Kohärenz zwischen IP- und Entwicklungspolitik beitragen sollen.⁶¹ Hierzu zählt auch eine neue Ausrichtung der technischen Zusammenarbeit mit Entwicklungsländern, die nicht mehr allein dem universellen Expansions-Narrativ verpflichtet sein soll.⁶² Festzuhalten ist, dass das Expansions-Narrativ inzwischen sowohl bei der WTO als auch bei der WIPO auf kritische Stimmen trifft, die sich auf den Entwicklungsdiskurs stützen. Dieser Konflikt hat zu einer weitgehenden

⁵⁶ Decision of the Council for TRIPS of 29 November 2005, Extension of the Transition Period Under Article 66.1 for Least-Developed Country Members, WTO Dokument IP/C/40 Ziff. 5.

⁵⁷ Siehe oben Fn. 30.

⁵⁸ Siehe *Weinstock Netanel*, Introduction (Fn. 41), S. 2 m. w. N.

⁵⁹ WIPO, Proposal by Argentina and Brazil for the Establishment of a Development Agenda for WIPO, 27.8.2004, WIPO Dokument WO/GA/31/11.

⁶⁰ www.wipo.int/ip-development/en/agenda/ (20.08.2012).

⁶¹ The 45 Adopted Recommendations under the WIPO Development Agenda, www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html (20.08.2012).

⁶² Dazu kritisch *Deere Birkbeck/Roca*, An External Review of WIPO Technical Assistance in the Area of Cooperation for Development, 2011, www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_8/cdip_8_inf_1-annex1.pdf (20.08.2012).

Blockade des multilateralen IP-Systems geführt. Doch ist der weitere Ausbau des internationalen Immaterialgüterrechts damit keineswegs zum Erliegen gekommen. Die Verfechter eines hohen Schutzniveaus haben lediglich das Forum gewechselt und verfolgen ihre Ziele nunmehr auf plurilateraler und bilateraler Ebene.⁶³ So wurde das Anti-Piraterie-Abkommen ACTA in einem ausgewählten Kreis wohlgesinnter Länder verhandelt.⁶⁴ Als Beispiel für die zweite Strategie bilateraler Abkommen auf einem TRIPS-plus-Niveau lässt sich die externe Immaterialgüterrechtspolitik der EU anführen:

Die EU ist zwar primärrechtlich verpflichtet, bei der Durchführung politischer Maßnahmen, die sich auf Entwicklungsländer auswirken können, den Zielen der Entwicklungszusammenarbeit (EZ) Rechnung zu tragen.⁶⁵ In der Tat wurde die Möglichkeit zur Erteilung von Export-Zwangslizenzen für Arzneimittel nach Maßgabe der Doha-Erklärung der WTO im Unionsrecht implementiert.⁶⁶ Indes gehen die jüngsten Kommissionspapiere zur EZ bereits nicht mehr auf die Bedeutung der Immaterialgüterrechte für die Innovationspolitik ein.⁶⁷ Dieses Schweigen steht in deutlichem Kontrast zur *internen* Binnenmarktpolitik der EU, die ganz zentral auf die „Entwicklung einer auf Wissen und Innovation gestützten Wirtschaft“ ausgerichtet ist und hierfür prominent auf Immaterialgüterrechte rekurriert.⁶⁸ Zugleich vertritt die Kommission *nach außen* unverändert das orthodoxe IP-Paradigma. So heißt es, Immaterialgüterrechte seien „ein wesentlicher Trumpf für die Wettbewerbsfähigkeit der EU auf neu entstehenden Märkten“. Deshalb werde die Kommission auch künftig „einen besseren Schutz und eine bessere Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums auf globaler Ebene“ anstreben, auch wenn man sich der

⁶³ Siehe *Godt*, Eigentum an Information, S. 399 ff.; *Sell*, TRIPS Was Never Enough: Vertical Forum Shifting, FTAs, ACTA, and TPP, *Journal of Intellectual Property Law* 18 (2011), S. 447 ff. Siehe aber auch WIPO Beijing Treaty on Audiovisual Performances v. 26.6.2012, http://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2012/article_0013.html (4.9.2012).

⁶⁴ Siehe zum Anti-counterfeiting Trade Agreement <http://ec.europa.eu/trade/tackling-unfair-trade/acta/> (20.08.2012).

⁶⁵ Art. 208 I UA 2 AEUV; siehe auch „Europäischer Konsens“ (Fn. 4), Ziff. 9.

⁶⁶ Mitteilung der Kommission, Politikkohärenz im Interesse der Entwicklung. Beschleunigung des Prozesses zur Verwirklichung der Millenniums-Entwicklungsziele, 12.4.2005, KOM(2005) 134 endg.

⁶⁷ Europäische Kommission, Bericht der EU über die Politikkohärenz im Interesse der Entwicklung, 20.9.2007, KOM(2007) 545 endg.; Europäische Kommission, Für eine EU-Entwicklungspolitik mit größerer Wirkung: Agenda für den Wandel, 13.10.2011, KOM(2011) 637 endg.; anders noch Grünbuch EU-Entwicklungspolitik (Fn. 12), S. 15 (Schlüsselrolle der Innovationsfähigkeit, hierfür notwendiger Schutz geistigen Eigentums).

⁶⁸ Europäische Kommission, Europa 2020. Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, 3.3.2010, KOM(2010) 2020 endg., S. 12 ff.

Verpflichtung bewusst sei, dass man für Kohärenz zwischen IP-Politik und EZ zu sorgen habe.⁶⁹ Was das konkret bedeutet, lässt sich am Beispiel des Wirtschaftspartnerschaftsabkommens der EU mit einer Reihe von Entwicklungsländern aus der Karibik (CARIFORUM) ablesen. Die diesbezüglichen Verpflichtungen gehen insbesondere im Bereich der Rechtsdurchsetzung deutlich über das TRIPS-Niveau hinaus. Und ganz allgemein erkennen die Vertragsparteien an,

„dass der Schutz und die Durchsetzung von Rechten an geistigem Eigentum eine zentrale Rolle bei der Förderung von Kreativität, Innovation und Wettbewerbsfähigkeit spielen, und sind entschlossen, entsprechend ihrem jeweiligen Entwicklungsstand für einen *immer besseren* Schutz zu sorgen.“⁷⁰

III. Die Unhaltbarkeit des Expansions-Paradigmas

Das Expansions-Paradigma lebt also unverändert fort. Dieser Befund irritiert. Denn die These, dass ein immer stärkerer Rechtsschutz der wirtschaftlichen Entwicklung förderlich ist, kann inzwischen als widerlegt gelten.

1. Argumente der IP-Optimisten im Hinblick auf Entwicklungsländer

IP-Optimisten sind der Auffassung, dass ein hohes, weltweit harmonisiertes Schutzniveau auch und gerade für Entwicklungsländer vorteilhaft ist.⁷¹ Die hierfür vorgebrachten Gründe stehen jedoch seit längerem in der Kritik und empirisch auf tönernen Füßen.

Das zentrale, folgenorientierte Argument für Immaterialgüterrechte ist, dass sie zu Ausgaben in Forschung und Entwicklung (FuE) und damit mittelbar zu Innovationen anreizen, indem sie die betreffenden Investitionen schützen und

⁶⁹ Europäische Kommission, Binnenmarkt für Rechte (Fn. 11), S. 8, 24 f.

⁷⁰ Siehe Art. 132 II, 139, 151 ff. Wirtschaftspartnerschaftsabkommen zwischen den CARIFORUM-Staaten einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits, ABl. L 289/I/3 v. 30.10.2008.

⁷¹ Aus dem deutschen Schrifttum etwa *Beier*, Die Bedeutung des Patentschutzes für den technischen, wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt, GRUR Int. (1979), S. 227 ff.; mit Einschränkungen *Hilpert*, TRIPS und das Interesse der Entwicklungsländer am Schutz von Immaterialgüterrechten in ökonomischer Sicht, GRUR Int. (1998), S. 91 ff. m. w. N.; zuletzt *Straus/Klunker* (Fn. 15), GRUR Int. (2007), S. 91 ff.

eine marktkonforme Verwertung der Forschungsergebnisse ermöglichen.⁷² Selbst wenn man unterstellt, dass jede Patentanmeldung diese Logik abbildet (dazu sogleich), hat das global harmonisierte Patentrecht nur begrenzt dazu beigetragen, den technologischen Rückstand der Entwicklungsländer zu verringern. Je ärmer ein Land, desto geringer ist sein prozentualer Anteil an den weltweiten Patentanmeldungen, desto geringer ist die Steigerung dieses Anteils in den letzten 20 Jahren und desto höher ist zugleich der Anteil ausländischer Patentanmelder:⁷³

<u>Länderkategorie</u>	<u>Anteil an weltweiten Patentanmeldungen</u> <u>1990</u>	<u>Anteil an weltweiten Patentanmeldungen</u> <u>2010</u>
Hohes Pro-Kopf-Einkommen (43 Länder)	94%	71% (861T Inländer, 528 T Ausländer)
Mittleres Pro-Kopf-Einkommen hoch (35 Länder)	5%	26% (345T Inländer, 170T Ausländer)
Mittleres Pro-Kopf-Einkommen niedrig (25 Länder)	1%	3% (14T Inländer, 49T Ausländer)
Niedriges Pro-Kopf-Einkommen (12 Länder)	0,05%	0,09% (0,4T Inländer, 1,4T Ausländer)

Wichtiger als diese Arithmetik ist die Erkenntnis, dass die Grundannahmen der IP-Optimisten auf widersprechende wissenschaftliche Befunde stoßen. Zunächst ist unter Ökonomen zwischenzeitlich anerkannt, dass Patente und erst recht bloße Patentanmeldungen nicht mit Innovationen gleichgesetzt werden dürfen, da die technologische Qualität von Patent(anmeldung)en stark divergiert.⁷⁴ In vielen empirischen Studien zu einzelnen Rechten, Branchen und Ländern konnte eine positive Korrelation zwischen Rechtsschutz und FuE-

⁷² Oben II 1.

⁷³ WIPO Statistics Database, Tabelle A.2.5, basierend auf Daten von 115 Patentämtern, Oktober 2011, www.wipo.int/ipstats/en/wipi/figures.html#section_a (20.08.2012).

⁷⁴ Siehe etwa *Mann/Underweiser*, A New Look at Patent Quality: Relating Patent Prosecution to Validity, Columbia Law and Economics Working Paper No. 381, 2010, <http://ssrn.com/abstract=1671784> (20.08.2012).

Ausgaben bzw. Innovationen *nicht belegt* werden;⁷⁵ dies betrifft selbst die Pharma-Branche, die an sich als Musterbeispiel für die Notwendigkeit des Patentrechts gilt.⁷⁶ Obwohl der Immaterialgüterrechtsschutz zwischen 1981 und 2009 weltweit ausgebaut wurde, ist der prozentuale Anteil der FuE-Ausgaben am Bruttosozialprodukt in den USA und Deutschland nur leicht gestiegen (2,35-2,78%), in Großbritannien sogar deutlich gesunken (2,35-1,85%); lediglich für einige asiatische Länder wie Japan und China ist insofern eine signifikante Steigerung zu konstatieren - obwohl das chinesische Immaterialgüterrecht weithin als insuffizient gilt.⁷⁷ Noch schwächer ist die empirische Basis der Anreizthese im Hinblick auf Entwicklungsländer. Insofern gibt es allenfalls anekdotische Belege dafür, dass Patente für lokale Innovationstätigkeit relevant waren.⁷⁸ Das Phänomen vernachlässigter Krankheiten widerlegt die Annahme, das globale Immaterialgüterrecht generiere Neuerungen, die speziell auf die Bedürfnisse der Entwicklungsländer zugeschnitten sind.⁷⁹ HIV/AIDS, Tuberkulose und Malaria werden weiterhin primär mit den klassischen Mitteln der EZ bekämpft.⁸⁰

Dass Patentrechte allein den erwünschten technologischen Aufholprozess nicht auslösen, ist freilich auch den IP-Optimisten bewusst. Flankierend soll daher Technologie aus den Industrie- in die Entwicklungsländer transferiert werden. Und für derartige Lizenzen soll wiederum das Immaterialgüterrecht Anreiz und

⁷⁵ Siehe die Übersicht zu empirischen Studien bei *Bessen/Meurer*, Patent Failure, 2008, S. 73 ff. m. w. N.; ferner *Landes/Posner*, The Economic Structure of Intellectual Property Law, 2003, S. 326 ff. m. w. N.; *Maskus*, Incorporating a Globalized Intellectual Property Rights Regime into an Economic Development Strategy, in: *Maskus*, Intellectual Property, Growth and Trade, 2008, S. 497, 507; *Branstetter/Foley/Saggi*, Has the Shift to Stronger Intellectual Property Rights Promoted Technology Transfer, FDI, and Industrial Development?, W.I.P.O.J. 2/1 (2010), S. 93 f. m. w. N. Auch die Einführung des sui-generis-Rechts für Datenbankhersteller hat nicht zu einer nachweisbaren Steigerung der Produktion von Datenbanken geführt; siehe Europäische Kommission, Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, 2005, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf (20.08.2012), S. 20.

⁷⁶ Siehe *Qian*, Are National Patent Laws the Blossoming Rains?, in: Weinstock Netanel, The Development Agenda, 2009, S. 191 ff.

⁷⁷ National Science Foundation, Gross expenditures for R&D and expenditures for R&D as share of gross domestic product, for selected countries: 1981–2009, www.nsf.gov/statistics/seind12/append/c4/at04-43.pdf (20.08.2012).

⁷⁸ *Odagiri/Goto/Sunami/Nelson*, Conclusion, in: dies., Intellectual Property Rights, Development, and Catch-Up, 2010, S. 412, 418, 427 („little support for this claim“).

⁷⁹ *Chang*, Intellectual Property Rights and Economic Development – Historical Lessons and Emerging Issues, IPR and Economic Development, Third World Network, Intellectual Property Series 3, 2001, S. 27 f.; *Maskus*, Incorporating (Fn. 75), S. 515.

⁸⁰ Siehe BMZ Informationsbroschüre 4|2010, Die Millenniums-Entwicklungsziele, S. 26 ff.; United Nations, The Millennium Development Goals Report, 2011, S. 47.

rechtliche Grundlage sein.⁸¹ Doch bestehen auch an der Tragfähigkeit dieser Argumentation erhebliche Zweifel. Zunächst dürfen steigende Patentierungszahlen ausländischer Unternehmen in Entwicklungsländern nicht mit Technologietransfer gleichgesetzt werden.⁸² Denn ein Patent muss vor Ort weder ausgeübt noch lizenziert werden, sondern kann auch strategisch als Abwehrposition gehalten werden. Technologievereinbarungen mit Unternehmen in den am wenigsten entwickelten Ländern sind nicht dokumentiert.⁸³ Senegal etwa beklagt gegenüber der WTO, dass zwar hochmoderne Produkte für den Verbrauch importiert würden, aber nur in „extrem geringem Umfang“ Technologie für Produktionszwecke transferiert werde.⁸⁴ Hierfür werden mehrere Gründe verantwortlich gemacht. In vielen Entwicklungsländern fehlt es bereits an lokalen Akteuren, die in der Lage wären, komplexe Technologien produktiv umzusetzen.⁸⁵ Aus Sicht potentieller Lizenzgeber sind Entwicklungsländer lediglich als Absatzmärkte andernorts hergestellter Waren interessant. Zu diesem Zweck genügt ein funktionierender Markenschutz, mit dem Piraterie unterbunden werden kann.⁸⁶ Auf diese privatautonomen Erwägungen haben die Hoheitsträger, die sich Technologietransfer versprochen haben, nur sehr begrenzten Einfluss.⁸⁷

Sollte eine Lizenzierung moderner Technologie an Dritte unterbleiben, sind Immaterialgüterrechte für Entwicklungsländer nach Auffassung der IP-Optimisten noch immer vorteilhaft, weil sie Rechtssicherheit für

⁸¹ Siehe nur etwa WTO, Report of the Working Group on Trade and Transfer of Technology to the General Council, 13.12.2010, WT/WGTTT/12 Ziff. 6. Zur Geschichte des Technologietransfers *Towhidul Islam*, TRIPS Agreement and Economic Development: Implications and Challenges for Least-Developed Countries like Bangladesh, *Nordic Journal of Commercial Law*, (2010), <http://ssrn.com/abstract=1745450> (20.08.2012), S. 7 ff.

⁸² So aber *Bilir/Moser/Talis*, Do Treaties Encourage Technology Transfer? Evidence from the Paris Convention, 2011, <http://ssrn.com/abstract=1893052> (20.08.2012).

⁸³ WTO Report Transfer of Technology (Fn. 81), Ziff. 38; *Michaels*, International Technology Transfer and TRIPS Article 66.2: Can Global Administrative Law Help Least-Developed Countries Get What They Bargained For?, *Georgetown Journal of International Law* 41 (2009), S. 223, 224 („implementation of Article 66.2 thus far has been moderately successful at best“); *Chang*, Intellectual Property Rights (Fn. 79), S. 27; *Beattie*, The (Intellectual Property Law and) Economics of Innocent Fraud - The IP and Development Debate, IIC (2007), S. 6, 19 ff. m.w.N.

⁸⁴ Siehe WTO TRIPS-Rat, Communication from Senegal, WTO-Dokument IP/C/W/555, 27.6.2011.

⁸⁵ *Greenhalgh/Rogers*, Innovation, Intellectual Property, and Economic Growth, 2010, S. 253; *Claessens*, Intellectual Property and Developing Countries, 2009, S. 539 ff.; *Odagiri/Goto/Sunami/Nelson*, Conclusion (Fn. 78), S. 415.

⁸⁶ *Gervais*, TRIPS (Fn. 41), S. 28 ff.; *Maskus*, Incorporating (Fn. 75), S. 506.

⁸⁷ *Cottier*, From Progressive Liberalization to Progressive Regulation in WTO Law, *Journal of International Economic Law* 9 (2006), S. 779, 789.

Direktinvestitionen multinationaler Unternehmen (MNU) bieten. In der Tat wurde sowohl im Modell als auch empirisch gezeigt, dass ohne Rechtsschutz eine geringere Neigung besteht, technologieintensive Produktionsbereiche in Entwicklungsländern anzusiedeln.⁸⁸ Freilich scheint diese Erwägung nicht die höchste Priorität zu genießen, da hohe Direktinvestitionen namentlich für große Schwellenländer wie China und Indien dokumentiert sind, denen zugleich vorgeworfen wird, nicht effektiv genug gegen lokale Rechtsverletzungen vorzugehen.⁸⁹ Für weniger entwickelte Länder mit kleinen Absatzmärkten fehlt es hingegen erneut an belastbaren Nachweisen.⁹⁰ Schließlich besteht keine signifikante Korrelation zwischen ggf. punktuellen Direktinvestitionen ausländischer Unternehmen und einer allgemeinen Produktivitätssteigerung in Entwicklungsländern.⁹¹

Zuletzt verweisen die Fürsprecher eines hohen internationalen Schutzstandards darauf, dass die hiermit für Entwicklungsländer ggf. verbundenen Nachteile (dazu sogleich) durch einen besseren Weltmarktzugang für eigene Produkte und damit eine stärkere Einbindung in den Prozess der Globalisierung ausgeglichen würden. Hieran ist richtig, dass das TRIPS-Abkommen nicht isoliert betrachtet werden darf. Es ist Bestandteil eines ganzen Bündels von Verträgen im Rahmen der WTO. Bilaterale Freihandelsabkommen gewähren Entwicklungsländern ebenfalls Vorteile, für die ein möglicherweise nachteiliges IP-Kapitel in Kauf genommen wird. Indes unterliegt auch das im Übrigen kaum quantifizierbare Paket-Argument erheblichen Bedenken.⁹² Zum einen bestehen Marktzutrittschürden und verzerrende Exportsubventionen gerade im für viele

⁸⁸ Siehe *Branstetter/Foley/Saggi* (Fn. 75), *W.I.P.O.J.* 2/1 (2010), S. 93 ff. m. w. N.; *Comune/Naghavi/Prarolo*, *Intellectual Property Rights and South-North Formation of Global Innovation Networks*, Quaderni - Working Paper DSE N° 764, 2011, <http://ssrn.com/abstract=1873264> (20.08.2012).

⁸⁹ Zu China *Ganea/Hajun*, China, in: Goldstein/Straus, *Intellectual Property in Asia*, 2009, S. 17, 43 ff. m. w. N.; zu Indien *Nandkumar/Srikanth*, *Patently different? How does the strength of patents influence globalization of R&D? Empirical evidence from the 2004 Indian Patent Reforms*, 2011, <http://ssrn.com/abstract=1885246> (20.08.2012).

⁹⁰ Commission on Intellectual Property Rights, *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, 2002, www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/ciprfullfinal.pdf (20.08.2012), S. 24, („evidence is lacking“); *Chang*, *Intellectual Property Rights* (Fn. 79), S. 27; *Beattie* (Fn. 83), *IIC* (2007), S. 6, 16 ff. m. w. N.; *Maskus*, *Incorporating* (Fn. 75), S. 507 f.; *Branstetter/Foley/Saggi* (Fn. 75), *W.I.P.O.J.* 2/1 (2010), S. 93, 98.

⁹¹ *Odagiri/Goto/Sunami/Nelson*, *Introduction*, in: dies., *Intellectual Property Rights, Development, and Catch-Up*, 2010, S. 1, 6.

⁹² *Maskus*, *Incorporating* (Fn. 75), S. 514.

Entwicklungsländer weiterhin bedeutsamen Agrarsektor fort.⁹³ 2005 mahnte die UN-Generalversammlung an,

„dass die Frage des Marktzugangs für Entwicklungsländer angegangen werden muss, namentlich im Bereich der Landwirtschaft, der Dienstleistungen und der nichtlandwirtschaftlichen Produkte, insbesondere derjenigen, die für die Entwicklungsländer von Interesse sind“.⁹⁴

Zum anderen verfügt ein Immaterialgüterrechtsschutz, der in einer zu frühen Entwicklungsphase auf einem zu hohen Niveau eingeführt wird, über das Potential, den erforderlichen Aufholprozess eines Landes langfristig zu behindern.⁹⁵ Auf diese kontraproduktiven Wirkungen ist nunmehr einzugehen.

2. Argumente der IP-Pessimisten im Hinblick auf Entwicklungsländer

Die Kritiker des Expansions-Paradigmas relativieren zunächst die scheinbar herausragende Bedeutung eines weltweit harmonisierten Immaterialgüterrechts. So wirke sich ein geringer oder gar fehlender Rechtsschutz in Entwicklungsländern auf die *globale* Innovationsneigung kaum negativ aus, wenn und soweit in den Industrie- und Schwellenländern als den maßgeblichen Produktionsmärkten effektiver Schutz bestehe. Im weltweiten Maßstab schade es also nicht, wenn vor allen Dingen die am wenigsten entwickelten Länder größeren Freiraum genießen.⁹⁶ Dort mangle es primär an den Grundvoraussetzungen für die Aufnahme und Weiterentwicklung vorhandener Technologien. Insbesondere fehlten Fachkräfte und allgemein rechtssichere Bedingungen für innovative Unternehmen.⁹⁷

Indes folgt aus diesen relativierenden Hinweisen nicht, dass die Immaterialgüterrechtspolitik allgemein und der politisch dominante IP-

⁹³ 2003 war der durchschnittlich günstigste Zolltarif für Landwirtschaftsprodukte noch immer 8% höher als für sonstige Erzeugnisse (17 zu 9%); siehe *van Dijck/Faber*, The Doha Development Agenda, in: dies., Developing Countries and the Doha Development Agenda of the WTO, 2006, S. 1, 25.

⁹⁴ UN-Resolution 60/157 (Fn. 3), Ziff. 18.

⁹⁵ Siehe etwa *Maskus*, Incorporating (Fn. 75), S. 508 ff. m. w. N.; *Towhidul Islam*, TRIPS (Fn. 81) m. w. N.

⁹⁶ *Grossman/Lai*, International Protection of Intellectual Property, *American Economic Review* 94 (2004), S. 1635 ff.

⁹⁷ Siehe für Mittelamerika *Rodríguez-Clare*, Innovation and Technology Adoption in Central America, Inter-American Development Bank, Working Paper No. 525, 2005.

Maximalismus im Besonderen vernachlässigenswert seien. Die Skeptiker führen eine Reihe empirisch belegter Gründe an, die das negative Potential dieser Agenda verdeutlichen.

Erstens ist unter Ökonomen unstrittig, dass ausschließliche Immaterialgüterrechte den Verbreitungsgrad expliziten, in seiner Nutzung nicht rivalisierenden und daher nicht knappen Wissens einschränken und damit zu einer geringeren Bedürfnisbefriedigung führen.⁹⁸ Offensichtlich ist dies, wenn der Rechtsinhaber Dritten eine begehrte Nutzung verweigert. So wird die äußerst restriktive Lizenzierungspolitik *James Watts* im Hinblick auf seine Dampfmaschinenpatente für eine Verzögerung des gesamten Industrialisierungsprozesses verantwortlich gemacht.⁹⁹ Und selbst wenn der Berechtigte die Nutzung einer Erfindung etc. gegen Entgelt gestattet, hat dies ausschließende Wirkung, da nicht jeder den verlangten Preis zu zahlen bereit bzw. imstande ist. Dass Immaterialgüterrechte ihrem Zweck entsprechend den Preis von Produkten signifikant erhöhen, ist etwa für patentgeschützte Arzneimittel im Vergleich zu Generika¹⁰⁰ und den Buchsektor nachgewiesen.¹⁰¹ Für die Importeure von Technologie und sonstigen Wissensgütern schlägt sich dieser Effekt in einem hohen Außenhandelsdefizit bei Lizenzgebühren und damit im entwicklungssensiblen Bereich der Wissenswirtschaft nieder.¹⁰² Zudem führt die Bekämpfung von „Piraterie“ in Entwicklungsländern dazu, dass lokal existierende Produktivität unterbunden wird.¹⁰³

⁹⁸ Zusammenfassend *Boldrin/Levine*, *Against Intellectual Monopoly*, 2008, S. 1 ff.

⁹⁹ Siehe dazu *Kurz*, *Erfindungsschutz* (Fn. 16), S. 302 ff., 306 („...übrigens einer der wenigen historischen Fälle, in denen mit einiger Sicherheit davon ausgegangen werden kann, daß Patente den technischen Fortschritt behindert haben. Dieser Ansicht sind zumindest die Technikhistoriker.“).

¹⁰⁰ RGZ 143, 362, 363 (1934) (Generika um 45 % billiger als patentiertes Arzneimittel); Europäische Kommission, Zusammenfassung des Berichts über die Untersuchung des Arzneimittelsektors, 9.7.2009, <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html> (20.08.2012), S. 10 (Generika durchschnittlich 25 % günstiger als Originalpräparat vor Verlust Patent; zwei Jahre nach Markteintritt seien Preise für Generika durchschnittlich 40 % niedriger als der ursprüngliche Preis des Originalpräparats).

¹⁰¹ *Donaldson v. Becket* (1774) Hansard, 1st ser., 17 (1774), 953, 1000, verfügbar auch in *Bently/Kretschmer*, *Copyright* (Fn. 16); BVerfG 1 BvR 1143/90, 29.7.1998, GRUR 1999, 226, juris Rn. 38 (amtliche Werke zu geringen Preisen breit verfügbar).

¹⁰² Commission on IPR (Fn. 90), S. 21 m. w. N. (Defizit der Entwicklungsländer bei Lizenzgebühren 1999 7,5 Mrd. USD, während die USA zwischen 1999 und 2001 einen Überschusszuwachs von 14 auf 22 Mrd. USD mit Lizenzeinnahmen erzielten).

¹⁰³ Siehe die Länderstudien in *Karaganis*, *Media Piracy in Emerging Economies*, 2011.

Zweitens ist anerkannt, dass Immaterialgüterrechte nicht nur den bloßen Konsum vorhandenen Wissens einschränken, sondern auch dessen Weiterentwicklung. Dabei ist zu bedenken, dass niemand ex nihilo schafft. Jede Innovation knüpft an frühere Errungenschaften an,¹⁰⁴ die durch Nachahmung erlernt werden, und zwar von Kindesbeinen an.¹⁰⁵ Je mehr Menschen intensiv gepflegten Zugang zum Stand des Wissens haben, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass hiermit innovativ/kreativ umgegangen wird.

Drittens verursacht die Einrichtung und Administration eines funktionierenden Immaterialgüterrechtssystems erhebliche Kosten, zum Beispiel für ein Patentamt, die Ausbildung von Richtern oder die Rechtsdurchsetzung. Schätzungen gehen für Entwicklungsländer von mehreren hunderttausend, in der Regel aber mehr als einer Million US Dollar pro Jahr aus.¹⁰⁶ Es stellt sich die Frage, ob diese Beträge anderweitig besser investiert wären.

Viertens wird darauf hingewiesen, dass ein effektiv durchgesetztes Immaterialgüterrecht die häufig ohnehin erhebliche Marktmacht multinationaler Unternehmen in Entwicklungsländern zusätzlich steigern kann. Formaler Technologietransfer und Direktinvestitionen können lokale Produktivität („Piraterie“) verdrängen und den Marktzutritt einheimischer Unternehmen erschweren.¹⁰⁷ Ein derartig beschränkter Wettbewerb führt ebenfalls zu Wohlfahrtsverlusten. Japan wählte für seinen technologischen Aufholprozess denn auch eine andere Strategie, indem ausländische Direktinvestitionen bis in die späten 1960er Jahre weitgehend *ingeschränkt* und stattdessen der Wettbewerb inländischer Industrien gefördert wurde.¹⁰⁸

Fünftens droht eine Handelspolitik, die sich den Marktzutritt etwa für Textilien oder Agrarprodukte im Gegenzug für die Übernahme eines hohen Immaterialgüterrechtsschutzes erkaufte, die Entwicklungsländer langfristig auf

¹⁰⁴ RGZ 128, 330, 340 (1930) – Graf Zeppelin („Jeder Fortschritt auf dem Gebiete der Kultur, insbesondere auch auf dem der Technik, baut sich auf den bisherigen Ergebnissen auf und ist im Grunde nur eine Weiterentwicklung.“); *Boldrin/Levine*, Intellectual Monopoly (Fn. 98), S. 124 ff.

¹⁰⁵ *Boldrin/Levine*, Intellectual Monopoly (Fn. 98), S. 145; *Gruber*, Anfechtungen des Plagiats: Herausforderung des Rechts am „Geistigen Eigentum“, in: Bung/Gruber/Kühn (Hg.), Plagiate, 2011, S. 87, 88, unter Berufung auf *Tarde*, Die Gesetze der Nachahmung, 1890/2009 („Die Fähigkeit zur Imitation ist eine Grundvoraussetzung geistiger und kultureller Begabung. Sie ist für das gesellschaftliche Zusammenleben unentbehrlich. Kurzum: Nachahmen ist menschlich.“).

¹⁰⁶ Commission on IPR (Fn. 90), S. 145 m. w. N. für verschiedene Länder.

¹⁰⁷ *Greenhalgh/Rogers*, Innovation (Fn. 85), S. 337.

¹⁰⁸ *Odagiri/Goto/Sunami*, IPR and Catch-Up Process in Japan, in: dies., Intellectual Property Rights, Development, and Catch-Up, 2010, S. 95, 113 f.

ihren heutigen komparativen Vorteil festzulegen. Jener besteht in arbeitsintensiven, aber wenig innovativen Tätigkeiten, die einen geringeren Mehrwert aufweisen als hochtechnologische Produkte. Gelingt es einer Volkswirtschaft nicht, diesen Mehrwert zu generieren und also in die Liga der Technologie-Exporteure aufzusteigen, wird der Aufholprozess an einem bestimmten Punkt ins Stocken geraten.¹⁰⁹ Der Innovationsrückstand bleibt bestehen und kann sogar weiter wachsen. In seinem berühmten Bericht zur Industriepolitik der damals technologisch rückständigen, agrarisch dominierten USA formulierte *Alexander Hamilton* diesen Gedanken 1791 mit den Worten:

„In such a position of things, the United States cannot exchange with Europe on equal terms; and the want of reciprocity would render them the victim of a system, which should induce them to confine their views to agriculture, and refrain from manufactures.“¹¹⁰

3. Insbesondere: Immaterialgüterrechte im Prozess der Industrialisierung entwickelter Länder

Hamiltons Warnung führt vor Augen, dass die heute entwickelten Länder, die Wissensgüter exportieren und für einen weltweiten Immaterialgüterrechtsschutz eintreten, ihren Entwicklungsstand auch erst einmal erreichen mussten. Jedes dieser Länder startete von einem aus heutiger Sicht extrem niedrigen technologischen und sonstigen Innovationsniveau. In den meisten Fällen (z.B. USA, Deutschland, Japan) musste ein Rückstand im internationalen Vergleich aufgeholt werden. Die Wirtschaftsgeschichte vermag daher wichtige Erkenntnisse zu liefern, welche Rahmenbedingungen diesen *catch-up* begünstigen.¹¹¹ Dabei ist man sich einig, dass technologischer Fortschritt und damit die Innovationspolitik einschließlich der Immaterialgüterrechte eine zentrale Rolle spielen.¹¹² Wendet man sich diesen Fragen zu, wird schnell

¹⁰⁹ Zur gegenwärtigen Situation in Asien *Llewelyn*, *Invisible Gold in Asia*, 2010, S. 285 („competing on price alone is a business strategy with a limited shelf-life“).

¹¹⁰ *Hamilton*, Report on the Subject of Manufactures, 1791/1901, S. 25.

¹¹¹ Klassisch *Rostow*, *The Stages of Economic Growth*, 2. Aufl. 1987; *Gerschenkron*, *Economic Backwardness in Historical Perspective*, 1962/1979; ferner International Labour Office, *One-World Problem* (Fn. 39), S. 141 ff.; *Payne/Phillips*, *Development* (Fn. 3), S. 33 ff.; in Bezug auf Immaterialgüterrechte *Greenhalgh/Rogers*, *Innovation* (Fn. 85), S. 250 ff. m. w. N.

¹¹² *Chang*, *Kicking Away the Ladder*, 2002, S. 126.

deutlich, dass die heutigen Proponenten des IP-Maximalismus während ihres eigenen Aufholprozesses eine ganz andere Politik verfolgten:

Zunächst fällt auf, dass die Länder mit den ersten modernen Patentgesetzen wie (vorübergehend) Venedig im 15. Jahrhundert und England seit dem 17. Jahrhundert zu ihrer Zeit eine wirtschaftliche und technologische Führungsrolle einnahmen.¹¹³ Die venezianischen Gesetze verfolgten zudem primär den Zweck, die Einwanderung von Fachkräften und die örtliche Ausübung neuer Gewerbe zu fördern.¹¹⁴ Erst als der informelle Wissenstransfer durch Immigration gut ausgebildeter Personen aufgrund der Komplexität der Technik nicht mehr genügte, erlangte das Patentrecht überhaupt Relevanz.¹¹⁵ Und selbst dann wurden nur sehr wenige Patente erteilt, in Großbritannien ab 1760 ca. 20 Patente, um 1840 ca. 450 Patente pro Jahr. Weite Bereiche des britischen Industrialisierungsprozesses wie z.B. der Infrastrukturaufbau verliefen außerdem gänzlich ohne Patentierungsaktivitäten.¹¹⁶

Im Übrigen bezeugt die Wirtschaftsgeschichte *keinen einzigen* Fall, in dem ein gezielt hohes Immaterialgüterrechtsniveau etabliert wurde, und sich ein Aufholprozess einstellte. Im Gegenteil, die heute entwickelten Staaten verfolgten allesamt Strategien, die von einer durchweg zurückhaltenden, instrumentellen IP-Politik gekennzeichnet waren:¹¹⁷

Viele Länder haben Patente an technischen Erfindungen erst eingeführt, als ihre wirtschaftliche Entwicklung bereits vorangeschritten und damit eine Basis für Innovationstätigkeit gelegt war.¹¹⁸ In Deutschland etwa stand dem Patentrecht nicht nur ein fehlender Zentralstaat im Weg, sondern auch die vom Freihandelsgedanken getragene Anti-Patentbewegung. Erst protektionistische Tendenzen im Nachgang zur Wirtschaftskrise der 1870er Jahre bereiteten den Boden für das Patentgesetz von 1877, das mit Arzneimitteln und chemischen Produkten gerade jene Branchen vom Patentschutz ausnahm, in denen

¹¹³ *Lerner*, 150 Years of Patent Protection, NBER Working Paper Series Vol. 7478, 2000, <http://ssrn.com/abstract=179188>, S. 15; zu Großbritannien *Chang*, Kicking (Fn. 112), S. 19 ff.

¹¹⁴ *MacLeod/Nuvolari*, Patents and Industrialisation. An Historical Overview of the British Case, 1624-1907, Intellectual Property Office 2010, www.ipo.gov.uk/ipresearch-pindustrial-201011.pdf (20.08.2012), S. 5; *Kurz*, Erfindungsschutz (Fn. 16), S. 41 ff.

¹¹⁵ *Chang*, Kicking (Fn. 112), S. 56.

¹¹⁶ *MacLeod/Nuvolari*, Patents and Industrialisation (Fn. 114); ferner *Kurz*, Erfindungsschutz (Fn. 16), S. 178 ff., 577.

¹¹⁷ *Chang*, Intellectual Property Rights (Fn. 79), S. 3 ff.

¹¹⁸ Siehe die Übersicht bei *Lerner*, Patent Protection (Fn. 113), S. 14 ff.

Deutschland bereits international führend war.¹¹⁹ Die Schweiz führte ein Patentgesetz erst auf massiven internationalen Druck 1888 ein, gewährte aber bis 1907 keinen Schutz für Verfahren und chemische Produkte. Dies erlaubte der Schweizer chemischen und pharmazeutischen Industrie, in Frankreich und andernorts patentierte Erzeugnisse ungehindert zu kopieren; das späte 19. und frühe 20. Jahrhundert gilt zugleich als das goldene Zeitalter dieses Industriezweigs.¹²⁰ Die Niederlande schafften ihr bis dato ganz überwiegend von ausländischen Anmeldern genutztes Patentrecht 1869 gänzlich ab und führten es erst 1912 wieder ein. Diese Periode markiert wiederum die Hauptphase der Industrialisierung der Niederlande. Niederländische Unternehmen blieben im internationalen Vergleich unverändert innovativ und meldeten im Ausland Patente an, wobei sich eine Verschiebung hin zu Branchen wie dem Bau komplexer Instrumente ergab, die stärker mit Betriebsgeheimnissen operierten.¹²¹ Hinzu traten Großunternehmen, deren Geschäftsmodell auf unerlaubter Imitation („Piraterie“) beruhte. So produzierten die *Lever Brothers (Unilever)* Margarine ohne Rücksicht auf in mehreren europäischen Ländern bestehenden Patentschutz; *Philips* stellte Glühlampen her, ohne an *Edison* Lizenzgebühren zu zahlen.¹²² Eine ähnliche Strategie verfolgte Indien mit der Abschaffung von Erzeugnispatenten im Pharma- und Lebensmittelsektor im Jahr 1972. Diese bis zur maximal hinausgezögerten Umsetzung des TRIPS-Abkommens 2005 geltende Schutzlücke wird für die Entstehung der indischen Generikabranche mitverantwortlich gemacht.¹²³ Japan schließlich verfügt zwar bereits seit 1885 über ein Patentrecht. Bis in die späten 1990er Jahre wurde der Schutzbereich eines Patents aber so eng ausgelegt, dass es einheimischen Unternehmen ein Leichtes war, den

¹¹⁹ Zur Württembergischen Gewerbeordnung von 1828 und zum Reichspatentgesetz 1877 *Kurz*, Erfindungsschutz (Fn. 16), S. 332 ff., 372 ff.

¹²⁰ *Schiff*, Industrialization without National Patents, 1971, S. 85 ff.; *Kurz*, Erfindungsschutz (Fn. 16), S. 393 ff.

¹²¹ *Moser*, How Do Patent Laws Influence Innovation? Evidence from Nineteenth-Century World's Fairs, *The American Economic Review* 95 (2005), S. 1214, 1223 (Patente lenken Innovationstätigkeiten in bestimmte Branchen, aber beeinflussen nicht das generelle Innovationsniveau).

¹²² *Schiff*, Industrialization (Fn. 120), S. 19 ff., 124 ff.; *Kurz*, Erfindungsschutz (Fn. 16), S. 388 ff.; *MacLeod/Nuvolari*, Patents and Industrialisation (Fn. 114), S. 23.

¹²³ *Chauduri*, Is Product Patent Protection Necessary to Spur Innovation in Developing Countries?, in: Weinstock Netanel, *The Development Agenda*, 2009, S. 265 ff.; zur vergleichbaren Entwicklung der pharmazeutischen Industrie in Israel siehe den Länderbericht in *Odagiri/Goto/Sunami/Nelson*, Intellectual Property Rights, Development, and Catch-Up, 2010, S. 361 ff.

Patentschutz durch geringfügige Änderungen der Erfindung zu umgehen und so ungehindert auf den Stand der Technik zuzugreifen.¹²⁴

Darüber hinaus weisen viele Patentgesetze des 19. und frühen 20. Jahrhunderts Elemente auf, die auf formellen und informellen Technologieimport abzielen.¹²⁵ Weit verbreitet (z.B. England, Frankreich, Württemberg) waren sog. Einführungspatente, die demjenigen ein ausschließliches Recht versprachen, der eine ausländische, von ihm nicht getätigte (!) Innovation erstmals im jeweiligen Land bekannt machte. Belohnt wurde also nicht der ausländische Erfinder, sondern der – in der Regel inländische – Unternehmer, der die Neuerung ggf. auch ohne Zustimmung des Erfinders einführte.¹²⁶ Hinzu trat häufig ein gesetzlicher Zwang, die patentierte Technologie vor Ort auszuüben. Wurde dieser Pflicht nicht genügt, drohte der Verlust des Patents oder die Erteilung einer Zwangslizenz an Konkurrenten.¹²⁷ Nicht zuletzt war es bis zum späten 19. Jahrhundert gängige Politik, nur Inländern Erfindungspatente zu gewähren. Eine solche Ausländerdiskriminierung wurde zum Beispiel in Preußen,¹²⁸ in Japan bis 1899¹²⁹ und schließlich in den eigentlich als vorbildliche Patentnation geltenden USA praktiziert.¹³⁰ Dort konnten Ausländer erst ab 1836 Patentschutz erlangen, und auch dies bis 1861 nur unter zusätzlichen Kosten. Während US-Bürger eine Anmeldegebühr von lediglich 30 USD zu zahlen hatten, wurden von Ausländern 300 USD und von Angehörigen des Vereinigten Königreichs gar 500 USD verlangt.¹³¹ Diese Diskriminierungspolitik trug dazu bei, dass in den USA bis in das frühe 20. Jahrhundert, als der technologische Rückstand zu

¹²⁴ *Ganea/Nagaoka*, Japan, in: Goldstein/Straus, *Intellectual Property in Asia*, 2009, S. 87, 140; *Odagiri/Goto/Sunami*, *Catch-Up Process in Japan* (Fn. 108), S. 122. Zur vergleichbaren Situation in Südkorea siehe *Lee/Kim*, *IPR and Technological Catch-Up in Korea*, in: *Odagiri/Goto/Sunami/Nelson*, *Intellectual Property Rights, Development, and Catch-Up*, 2010, S. 133, 142, 165 (Verkürzung der Patentschutzdauer 1961 und Ausbau des Immaterialgüterrechtsschutzes ab den späten 1980er Jahren).

¹²⁵ Übersicht bei *Khan/Sokoloff*, *Historical Perspectives on Patent Systems in Economic Development*, in: Weinstock Netanel, *The Development Agenda*, 2009, S. 215, 232 ff.

¹²⁶ *Kurz*, *Erfindungsschutz* (Fn. 16), S. 338, 577 (Einführungspatente als „eigentliche Wurzel des gewerblichen Rechtsschutzes“); *Chang*, *Intellectual Property Rights* (Fn. 79), S. 7.

¹²⁷ Für Frankreich etwa *Khan/Sokoloff*, *Patent Systems* (Fn. 125), S. 222 ff.; ferner weiterhin Art. 5A PVÜ.

¹²⁸ *Kurz*, *Erfindungsschutz* (Fn. 16), S. 332 ff.

¹²⁹ *Ganea/Nagaoka*, Japan (Fn. 124), S. 134 ff.

¹³⁰ Zum US-Patentgesetz von 1790 *Kurz*, *Erfindungsschutz* (Fn. 16), S. 251 ff.

¹³¹ Sec. 9 Patent Act of 1836, Ch. 357, 5 Stat. 117, 4.7.1836; *Mowery*, *IPR and US Economic Catch-Up*, in: *Odagiri/Goto/Sunami/Nelson*, *Intellectual Property Rights, Development, and Catch-Up*, 2010, S. 31, 36.

Europa aufgeholt war, nur wenige ausländische Patentanmeldungen dokumentiert sind.¹³²

Auch im Hinblick auf den urheberrechtlichen Schutz von Werken der Literatur und Kunst existierten bis in das späte 19. Jahrhundert mehrere europäische „Hochburgen des Nachdruckwesens“.¹³³ Die USA werden vom US-Supreme Court rückblickend sogar als „Piratenparadies“ bezeichnet.¹³⁴ Von 1791 bis 1891 genossen Werke ausländischer Autoren, die nicht in den USA erstveröffentlicht worden waren, keinerlei Schutz. Bis 1976 verlangte das US-Recht für den Erwerb eines *Copyright* die Einhaltung bestimmter Formalitäten (©-Vermerk), an denen erwartungsgemäß vor allem Ausländer scheiterten. Schließlich galt bis 1986 eine sog. *manufacturing clause*, wonach ein Buch in den USA gedruckt werden musste, um Rechtsschutz zu genießen. Diese Regelungen hatten den Zweck, die nationale Verlags- und Papierindustrie zu fördern und der Öffentlichkeit in der Siedlerkolonie möglichst günstigen und umfangreichen Zugang zu allen möglichen Informationen zu eröffnen.¹³⁵ Sie fielen erst mit dem Beitritt der USA zur RBÜ im Jahr 1989, als die Vereinigten Staaten bereits zum weltgrößten Exporteur von Unterhaltungs- und sonstigen Wissensgütern aufgestiegen waren. Seither zählen die USA zu den vehementesten Verfechtern des IP-Maximalismus. Ziel dieser Politik ist es, den eigenen Unternehmen weltweit zum Rechtsschutz zu verhelfen.¹³⁶

Insgesamt zeigt sich, dass die heute entwickelten Länder zum Zeitpunkt ihres technologischen Aufholprozesses ein deutlich geringeres Schutzniveau etabliert hatten als es die heutigen Konventionen den Entwicklungsländern abverlangen. Das Immaterialgüterrecht wurde erst dann schrittweise ausgebaut, als ein gewisses Innovationspotential und entsprechendes Schutzbedürfnis der heimischen Industrie vorhanden war. Dieser Entwicklungspfad ist nunmehr weitgehend verschlossen.¹³⁷ Insbesondere ist es unzulässig, Ausländer und

¹³² Khan/Sokoloff, Patent Systems (Fn. 125), S. 226 ff.

¹³³ Siehe Hofmeister, Bemerkungen zur Geschichte des österreichischen Urheberrechts, UFITA 106 (1987), S. 173 ff.

¹³⁴ Siehe Golan v. Holder 565 U.S. ____ (2012), Umdruck S. 4 („the Barbary coast of literature“, „buccaneers of books“).

¹³⁵ Golan v. Holder 565 U.S. ____ (2012), Umdruck S. 4; Hamilton, Report (Fn. 110), S. 83 f.

¹³⁶ Zum Außenhandelsüberschuss der USA bei Lizenzgebühren oben Fn. 102.

¹³⁷ Kurz, Erfindungsschutz (Fn. 16), S. 578; Commission on IPR (Fn. 90), S. 20; Beattie (Fn. 83), IIC (2007), S. 6, 24 ff. m. w. N.; Maskus, Incorporating (Fn. 75), S. 502 f.; zur Ausländerdiskriminierung Qian, National Patent Laws (Fn. 76), S. 207 m. w. N.

bestimmte Technikbereiche wie Arzneimittel vom Rechtsschutz gänzlich auszuschließen oder für Urheberrechte die Erfüllung von Formalitäten vorzusehen.¹³⁸

Vor diesem Hintergrund ist auch das Beispiel China zu betrachten. China trat den maßgeblichen immaterialgüterrechtlichen Konventionen schon bald (PVÜ 1985, RBÜ 1992) nach der schrittweisen Öffnung seiner Wirtschaft und schließlich der WTO im Jahr 2001 bei. Auf dem Papier entspricht das chinesische Immaterialgüterrecht den internationalen Vorgaben. In der Realität aber gilt die Durchsetzung von Rechten gegen unerlaubte Imitate und Kopien noch immer als mangelhaft, so dass in großem Umfang informeller Technologie- und Wissenstransfer stattfindet.¹³⁹ Im Übrigen ist zweifelhaft, ob die stark zunehmende Patentierungsaktivität chinesischer Unternehmen signalisiert, dass bereits der Sprung vom bloßen Zulieferer zum Innovator vollzogen wurde. Eine alternative Lesart sieht darin eine Strategie mit dem Zweck, Ausländern den Zugang zum chinesischen Markt und zugleich die Abwanderung in China produzierender MNU's (z.B. *Apple*) zu erschweren, da diese die inkrementellen Verbesserungen ihrer chinesischen Zulieferer nicht einfach an einen anderen Herstellungsort „mitnehmen“ können.¹⁴⁰

IV. Schlussfolgerungen

1. Aus Sicht der Sozialwissenschaften

Aus diesem Stand der Forschung zieht die inzwischen ganz herrschende Meinung unter Ökonomen und Wirtschaftshistorikern den Schluss, dass das orthodoxe Paradigma, wonach viel Immaterialgüterrechtsschutz gut und mehr besser ist, wissenschaftlich nicht haltbar ist.¹⁴¹ IP-Optimisten argumentieren

¹³⁸ Vgl. Art. 3, 27 I, 66 I 1 a.E. TRIPS; 2 f. PVÜ; Art. 5 RBÜ.

¹³⁹ *Ganea/Haijun*, China (Fn. 89), S. 17 ff.

¹⁴⁰ Skeptisch *Eberhardt/Helmerts/Yu*, Is the Dragon Learning to Fly? An Analysis of the Chinese Patent Explosion, CSAE Working Paper WPS/2011-15, 2011; anders *Straus/Klunker* (Fn. 15), GRUR Int. (2007), S. 91, 99 ff. (maßgebliche Rolle des Patentrechts für den chinesischen Erfolg).

¹⁴¹ Siehe bereits *Machlup*, Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts - 3. Teil, GRUR Ausl. (1961), S. 524, 537 („Wenn man nicht weiß, ob ein System ‚als Ganzes‘ (im Gegensatz zu bestimmten Elementen oder Bestandteilen) gut oder schlecht ist, so ist die sicherste Folgerung, die sich ziehen läßt, die, so wie bisher weiterzumachen entweder mit dem System, wenn man lange mit ihm gelebt hat, oder ohne das System, wenn man bisher auch so auskam. Gäbe es

inzwischen auch nicht mehr konsequentialistisch, sondern mit der rechtsphilosophisch begründeten Richtigkeit, Erfindern bzw. Urhebern seien eben Rechte an den Früchten ihrer Arbeit zuzubilligen.¹⁴² In letzter Konsequenz wird also die Frage der Rechtgläubigkeit gestellt.

Freilich darf aus der Widerlegung des Expansions-Narrativs nicht im Umkehrschluss gefolgert werden, dass Immaterialgüterrechte stets negative Auswirkungen auf technologische und sonstige Entwicklung haben. Im Modell wird statt von einer linearen Korrelation zwischen Immaterialgüterrecht und Innovation/Wohlfahrt von einer nach unten geöffneten Parabel („umgekehrtes U“) ausgegangen. Fehlt der Rechtsschutz ganz oder ist er zu gering, können bestimmte wirtschaftliche Aktivitäten wie zum Beispiel aufwendige Filmproduktionen unterbleiben. Übersteigt das Ausmaß des Immaterialgüterrechts jedoch ein gewisses Maß, können Innovation und Kreativität wieder zurückgehen, da zu viele Rechte zu beachten sind. Beispiele hierfür sind Patentdickichte im Mobilfunkbereich oder die Unmöglichkeit, legale Mash-Ups von Musikvideos zu erstellen.¹⁴³ Mit Blick auf Entwicklungsländer verbieten sich monokausale Schlussfolgerungen ebenfalls. Weder ist das Immaterialgüterrecht alleinige Voraussetzung noch alleiniges oder auch nur wichtigstes Hindernis für einen erfolgreichen Aufholprozess.¹⁴⁴

bei uns keinen Patentschutz, so wäre es nach der gegenwärtigen Kenntnis seiner wirtschaftlichen Folgen unverantwortlich, die Annahme eines Patentgesetzes zu empfehlen.“); unter Berufung hierauf zu TRIPS *Odagiri/Goto/Sunami/Nelson*, Conclusion (Fn. 78), S. 430. Aus historischer Perspektive *Kurz*, Erfindungsschutz (Fn. 16), S. 389 („wissenschaftlich nicht haltbar“). Ferner etwa Commission on IPR (Fn. 90), S. 22 f.; *Stiglitz/Charlton*, Fair Trade: Agenda für einen gerechten Welthandel, 2006, S. 118 und öfter; *Gervais*, TRIPS (Fn. 41), S. 28; *Beattie* (Fn. 83), IIC (2007), S. 6, 29 („One can still argue that it will have net positive effects on developing economies ..., but one cannot in good faith argue that it is the ideal regime for the developing world to adopt.“); *Weinstock Netanel*, Introduction (Fn. 41), S. 4 f. m. w. N.; *Cimoli/Dosi/Stiglitz*, The Political Economy of Capabilities Accumulation, in: dies., Industrial Policy and Development, 2009, S. 1, 10 (Effekte irrelevant bis schädlich); *Greenhalgh/Rogers*, Innovation (Fn. 85), S. 331 („it is difficult to find a consistent, positive association between the strength of IPRs and economic growth“).

¹⁴² Siehe *Spinello/Bottis*, A Defense of Intellectual Property Rights, 2009, S. 177 ff.; *Merges*, Justifying Intellectual Property, 2011.

¹⁴³ *Park*, Intellectual Property Rights and International Innovation, in: Maskus, Intellectual Property, Growth and Trade, 2008, S. 289, 323; *Maskus*, Incorporating (Fn. 75), S. 505; für eine Modellierung siehe zuletzt *Gangopadhyay/Mondal*, Does stronger protection of intellectual property stimulate innovation?, Economic Letters (2012), S. 80 ff. m. w. N.

¹⁴⁴ Allgemein *Gerschenkron*, Economic Backwardness (Fn. 111), S. 360; mit Blick auf die Rolle der Immaterialgüterrechte *Bessen/Meurer*, Patent Failure (Fn. 75), S. 92; *Maskus*, Incorporating (Fn. 75), S. 515; *Qian*, National Patent Laws (Fn. 76), S. 191 ff.; *Odagiri/Goto/Sunami/Nelson*, Conclusion (Fn. 78), S. 420.

Vielmehr wird ein Differenzierungsgebot formuliert: Gleiche Entwicklungschancen¹⁴⁵ erfordern unterschiedliche Wissensordnungen einschließlich der Option, gar keinen oder minimalen Schutz von Innovationen vorzusehen. Anstelle eines universellen Standards seien nationale Innovationspolitiken zu verfolgen, die auf die jeweils gegebenen Bedürfnisse zugeschnitten sind.¹⁴⁶ Während Wissens-Exporteure von einem hohen IP-Niveau profitieren und Schwellenländer eine schwierige Balance zwischen Rechtsschutz und Zugang herstellen müssen, wirkt sich das momentane System auf die am wenigsten entwickelten Länder negativ aus.¹⁴⁷ Ein weltweit einheitliches Immaterialgüterrecht trägt dazu bei, dass diese komparativen Vor- und Nachteile zementiert werden. Die kleine Gruppe der technologisch führenden Länder/Unternehmen wird vor Imitatoren geschützt; die große Zahl der Nachzügler darf nicht zu möglichst geringen Kosten lernen. Die Gesamtwirkungen dieses Regimes auf die weltweite Wirtschaftsentwicklung werden überwiegend negativ beurteilt.¹⁴⁸

Zurückzuweisen ist auch der teilweise hinter vorgehaltener Hand formulierte Gedanke, viele Entwicklungsländer seien dermaßen rückständig, dass ihnen auch das Immaterialgüterrecht nicht schade. Weder gäbe es Rechtsinhaber, die sich für diese Märkte interessierten noch sei die örtliche Bevölkerung überhaupt in der Lage, Rechtsverletzungen zu begehen. Ein solcher Zynismus spricht nicht nur der zugleich erhobenen Forderung nach weltweitem Schutz Hohn. Gerade in der beschriebenen Konstellation ist es vorzugswürdig, die Kosten des offenbar überflüssigen Systems ganz zu sparen. Zudem lehrt die Geschichte, dass „Piraterie“ den Boden für wirtschaftliche Entwicklung legen kann. Erinnerung sei an *Unilever*, *Philips* oder die amerikanischen Buchverlage. Jüngeren Datums ist die nigerianische Filmindustrie, die ebenfalls auf die

¹⁴⁵ UN-Resolution 60/157 (Fn. 3), Präambel.

¹⁴⁶ Commission on IPR (Fn. 90), S. 20; *Khan/Sokoloff*, Patent Systems (Fn. 125), S. 241. Allgemein *Cimoli/Dosi/Stiglitz*, Political Economy (Fn. 141), S. 3 (Ricardo vs. List).

¹⁴⁷ Siehe *Park*, Intellectual Property Rights (Fn. 143), S. 290; *Maskus*, Incorporating (Fn. 75), S. 512 f.

¹⁴⁸ Siehe z.B. Commission on IPR (Fn. 90), S. 20; *Moser* (Fn. 121), The American Economic Review 95 (2005), S. 1214, 1232; *Gervais*, TRIPS (Fn. 41), S. 52 ff.; *Claessens*, Intellectual Property and Developing Countries, 2009, S. 598 f.; *Greenhalgh/Rogers*, Innovation (Fn. 85), S. 333; *Odagiri/Goto/Sunami/Nelson*, Conclusion (Fn. 78), S. 418 ff. (auch Differenzierung zwischen Industrien); *Maskus*, Incorporating (Fn. 75), S. 497 ff. m. w. N.; a. A. *Straus/Klunker* (Fn. 15), GRUR Int. (2007), S. 91, 101 ff. (weitere Harmonisierung des Patentrechts erforderlich).

industrielle Fertigung unerlaubter Videokopien zurückgeht, inzwischen aber zu den weltweit produktivsten Standorten der Filmherstellung zählt und selbst unter massenhaften Rechtsverletzungen leidet.¹⁴⁹ Die weitere Professionalisierung *Nollywoods* scheitert jedoch auch am unklaren Status der betreffenden Unternehmen. Anders als ehemals *Unilever* oder *Philips* verstießen die nigerianischen Videopiraten stets gegen das auch in Nigeria geltende Urheberrecht. Wenn diese Akteure heute Filme produzieren und sich gegen Rechtsverletzungen wenden, fällt der Vorwurf der Piraterie auf sie zurück. Während die legal operierenden Nachahmer des 19. Jahrhunderts sich ex nunc an einen neu eingeführten Rechtsschutz anpassen mussten, tragen die Rechtsverletzer aus den heutigen Entwicklungsländern das Stigma des „Piraten“ und haben allein hierdurch größere Schwierigkeiten, von der Informalität in eine formelle Struktur zu wechseln, die größere Planungssicherheit und Investitionen ermöglicht. Auch auf dieser subtilen Ebene zeitigt ein zu früh eingeführter Immaterialgüterrechtsschutz potentiell negative Folgen.

All diese Erwägungen führen letztlich zur Frage der Kausalität: Bringt das Immaterialgüterrecht wirtschaftliche Entwicklung hervor oder ist es etwa umgekehrt? Zwar fällt eine eindeutige Antwort schon aufgrund der Komplexität des Problems schwer.¹⁵⁰ Indes wird die erstgenannte, dem Expansions-Narrativ unterliegende Annahme in Anbetracht des historisch-empirischen Befundes heute kaum noch vertreten, und wenn, dann irritierenderweise von Mitgliedern der IP-Elite aus dem globalen Süden.¹⁵¹ Die ganz herrschende Meinung geht stattdessen in überzeugender Weise von der gegenteiligen Kausalität aus. Demnach führt eine wirtschaftlich-technologische Entwicklung zu einem privaten Bedarf an Rechtsschutz, der von den Regierungen der Industriestaaten nach und nach befriedigt und anschließend *telle quelle* exportiert wurde.¹⁵²

¹⁴⁹ Hierzu und zum Folgenden *Jedlowski*, *Regulating mobility, reshaping accessibility: Nollywood and the piracy scapegoat*, in: Diawara/Röschenthaler (Hg.), *Staging the Immaterial: Rights, Style and Performance in Subsahara Africa*, im Erscheinen; ferner *Karaganis*, *Media Piracy* (Fn. 103); *Lobato*, *The six faces of piracy: Global media distribution from below*, in: Sickels (Hg.), *The Business of Entertainment*, 2009, S. 16 ff.

¹⁵⁰ Unentschieden deshalb *Maskus*, *Incorporating* (Fn. 75), S. 504.

¹⁵¹ Klassisch *North/Thomas*, *The Rise of the Western World: A New Economic History*, 1973, S. 155 f. Ferner Z.B. *Waziri*, *The Legal Regime of Patents and Designs Law and Its Effect on National Development*, 2011, <http://ssrn.com/abstract=1875725> (20.08.2012).

¹⁵² Siehe *Kurz*, *Erfindungsschutz* (Fn. 16), S. 582 f.; *Lerner*, *Patent Protection* (Fn. 113); ferner *MacLeod/Nuvolari*, *Patents and Industrialisation* (Fn. 114), S. 28 („Industrialisation promoted the

2. Im Hinblick auf das internationale Immaterialgüterrecht und die Innovationspolitik

Auf dem Boden dieser Forschungsergebnisse werden vermehrt Reformen des internationalen Immaterialgüterrechts und alternative Zugänge zur Innovationsförderung diskutiert. Aus rechtlicher Sicht am weitesten gehen Vorschläge zur formalen Änderung des globalen IP-Regimes. So soll das TRIPS-Abkommen im Interesse der Entwicklungsländer flexibilisiert werden. Insbesondere seien die Schranken des Rechtsschutzes zu erweitern und feste Schutzobergrenzen („ceilings“) einzuführen.¹⁵³ Der Ansatz „progressiver Regulierung“ geht dahin, die Pflicht zur Beachtung von TRIPS-Vorgaben davon abhängig zu machen, dass ein Land einen bestimmten ökonomisch, sozial und anderweitig indizierten Entwicklungsstand erreicht hat. Demnach wäre z.B. ein Patentschutz für Arzneimittel erst einzuführen, wenn ein Staat über eigene Produktionskapazitäten verfügt und die zusätzlichen Gesundheitskosten von Patenten zu schultern vermag.¹⁵⁴ Schließlich wird über eigenständige völkerrechtliche Verträge debattiert, die im Interesse eines besseren Zugangs zu Wissen zum Beispiel die urheberrechtlich zulässigen Nutzungen von Bildungseinrichtungen garantieren sollen.¹⁵⁵

Diese Lösungsvorschläge setzen jedoch einen breiten internationalen Konsens voraus, der gegenwärtig nicht erkennbar ist. Wie erläutert, findet der IP-

patent system“); *Bessen/Meurer*, Patent Failure (Fn. 75), S. 84 (Kausalität unklar), S. 92; *Ganea/Nagaoka*, Japan (Fn. 124), S. 143 (höhere Ausgaben für F&E führten zu mehr Patentierung); *Chang*, Institutions and economic development: theory, policy and history, *Journal of Institutional Economics* (2010), S. 1, 5; *Greenhalgh/Rogers*, Innovation (Fn. 85), S. 332 f.; für die USA *Mowery*, IPR (Fn. 131), S. 58 f. (in den USA sei die Patentierungsrate pro Kopf während des industriellen Aufholprozesses 1870 bis 1910 zurückgegangen); in der Tendenz auch Commission on IPR (Fn. 90), S. 22.

¹⁵³ Konkrete Änderungsvorschläge etwa bei *Hugenholtz/Okediji*, Contours of an International Instrument on Limitations and Exceptions, in: Weinstock Netanel, *The Development Agenda*, 2009, S. 473 ff.; *Kur/Levin*, Intellectual Property Rights in a Fair World Trade System, 2011, S. 455 ff.

¹⁵⁴ *Cottier* (Fn. 87), *Journal of International Economic Law* 9 (2006), S. 779, 794 ff.; speziell zum Patentschutz für pharmazeutische Produkte *Gonzalez/Mendez Parra/Holmes/Shingal*, TRIPS and Special & Differential Treatment – Revisiting the Case for Derogations in Applying Patent Protection for Pharmaceuticals in Developing Countries, NCCR Working Paper 2011/37, 2011, www.nccr-trade.org/fileadmin/user_upload/nccr-trade.ch/wp6/publications/wp_2011_37.pdf (20.08.2012).

¹⁵⁵ Zu den laufenden Diskussionen über urheberrechtliche Schranken bei der WIPO siehe www.wipo.int/copyright/en/limitations/index.html (20.08.2012); ferner Treaty on Access to Knowledge, 2005, www.cptech.org/a2k/a2k_treaty_may9.pdf (20.08.2012).

Maximalismus weiterhin breiten Rückhalt. Die strukturelle Asymmetrie zwischen schlagkräftig konzentrierten Interessen am Rechtsschutz und breit gestreuten, nicht immer deckungsgleichen Zugangsinteressen dauert fort.¹⁵⁶ Ein Paradigmenwechsel im internationalen Immaterialgüterrecht ist daher ebenso unwahrscheinlich wie der radikale Schritt eines oder mehrerer Länder, das IP-System und damit die WTO zu verlassen. Letztgenannter Sonderweg erscheint überdies nicht ratsam, weil ein regelgeleitetes, multilaterales System des Welthandels einen wesentlichen, wenngleich ungleich verteilten Beitrag zur globalen Armutsbekämpfung leistet.¹⁵⁷

Zumindest mittelfristig erfolgversprechender erscheinen deshalb Strategien, die ohne eine Änderung des internationalen Immaterialgüterrechts auskommen. Hierbei ist zum einen auf klassische Instrumente der EZ wie den globalen Fonds zur Bekämpfung von HIV/AIDS zu verweisen.¹⁵⁸ Zum anderen existieren eine ganze Reihe alternativer Innovationskonzepte, die den Umgang mit Wissen in einem bottom-up-Prozess auf größeren Zugang umstellen sollen. So soll der sog. Health Impact Fund die pharmazeutische Industrie auch ohne exklusiven Patentschutz dazu bringen, Medikamente für bisher vernachlässigte Krankheiten zu entwickeln und preisgünstig zu vertreiben.¹⁵⁹ Im Bereich von Wissenschaft und Kultur versprechen Modelle wie Open Source, Open Access oder Creative Commons größere Nutzerfreiheiten.¹⁶⁰ Gemeinsam ist diesen Konzepten, dass Erfinder und Urheber nicht mehr die gesamte, ihnen von Rechts wegen zustehende Exklusivität geltend machen, sondern im eigenen und allgemeinen Zugangsinteresse nur ein Weniger.

Zugleich wird von verschiedener Seite angemahnt, zumindest eine weitere Expansion des Immaterialgüterrechts zu stoppen. So forderte die Generalversammlung der UN im Interesse einer effektiven Bekämpfung von HIV/AIDS ausdrücklich dazu auf, das nach TRIPS verbindliche Schutzniveau nicht im Rahmen bilateraler Freihandelsabkommen auf ein TRIPS-plus-Niveau

¹⁵⁶ Im internationalen Kontext Commission on IPR (Fn. 90), S. 7; zu Deutschland und zur EU Peukert, Gemeinfreiheit (Fn. 2), S. 275 ff.

¹⁵⁷ Bhagwati, In Defense of Globalization, 2004; ferner World Bank, New Estimates Reveal Drop In Extreme Poverty 2005-2010, 29.2.2012, <http://go.worldbank.org/4K0EJIDFA0> (20.08.2012).

¹⁵⁸ Oben Fn. 80.

¹⁵⁹ www.yale.edu/macmillan/igh/ (20.08.2012).

¹⁶⁰ Dazu WIPO, Proposal Development Agenda (Fn. 59).

anzuheben.¹⁶¹ Entwicklungsländern wird empfohlen, die durchaus bestehenden Spielräume der immaterialgüterrechtlichen Konventionen im Interesse einer nationalen Innovationspolitik vollständig auszuschöpfen und auf diese Weise eine angemessene Balance zwischen Exklusivität und Zugang herzustellen.¹⁶²

Den am wenigsten entwickelten Ländern sollte in diesem Zusammenhang gestattet werden, eine weitere Umsetzungsfrist gem. Art. 66 I TRIPS auch für einen Rückbau des existierenden Rechtsschutzes zu nutzen.¹⁶³

Ungeachtet dieser Möglichkeiten, Immaterialgüterrechte und Entwicklung besser aufeinander abzustimmen, steht letztlich die Frage im Raum, ob das heute im Gegensatz zu früher universell hohe Schutzniveau eine historische Ungerechtigkeit darstellt.¹⁶⁴ Kritiker erinnern an *Friedrich List*, der 1841 formulierte:

„Es ist eine gemeine Klugheitsregel, daß man, auf den Gipfel der Größe gelangt, die Leiter, vermittelst welcher man ihn erklommen, hinter sich werfe, um andern die Mittel zu benehmen, uns nachzuklimmen.“¹⁶⁵

Wie vorstehend dargelegt, sind die Immaterialgüterrechte nicht die Leiter, die einem hilft, die technologische Spitze zu erreichen, sondern eher ein Mittel, seinen bereits erreichten Vorsprung gegenüber Nachzüglern abzusichern. Um so mehr müssen sich die derzeit technologisch führenden Nationen in Europa und Nordamerika hüten, ins Hintertreffen zu geraten. Denn die Geister, die sie selbst riefen, würden sie beim Versuch, an die Spitze zurückzukehren, nicht wieder los.¹⁶⁶

¹⁶¹ UN-Resolution 65/277: Political Declaration on HIV/AIDS: Intensifying our Efforts to Eliminate HIV/AIDS, 10.6.2011, Ziff. 35, 71 lit. a, b, 72.

¹⁶² UN-Resolution 65/1 (Fn. 4), Ziff. 36; *Gervais*, Epilogue: A TRIPS Implementation Toolbox, in: *Gervais*, Intellectual Property, Trade, and Development, 2007, S. 527 ff.; *Turk*, Bargaining and Intellectual Property Treaties: The Case for a Pro-Development Interpretation of TRIPS but not TRIPS-Plus, 42 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 981 (2010); *Odagiri/Goto/Sunami/Nelson*, Conclusion (Fn. 78), S. 420 f.

¹⁶³ Oben Fn. 44.

¹⁶⁴ *Chang*, Intellectual Property Rights (Fn. 79), S. 31 f.; *Chauduri*, Product Patent Protection (Fn. 123), S. 289.

¹⁶⁵ *List*, Das Nationale System der politischen Ökonomie, 1841, S. 371. Hierauf bezieht sich *Chang*, Kicking (Fn. 112).

¹⁶⁶ Zur wachsenden Bedeutung Chinas und anderer asiatischer Staaten auch im Hinblick auf Patentierungszahlen siehe *Gervais*, TRIPS (Fn. 41), S. 40; *Llewelyn*, Invisible Gold (Fn. 109).