

Ist der Patentierungsausschluss für Pflanzensorten und im Wesentlichen biologische Verfahren noch zeitgemäß?

Die patentrechtlichen Regelungen des Art. 53 lit. b EPÜ auf dem Gebiet der
pflanzenbasierten Biotechnologie

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades an der
Juristischen Fakultät
der Universität Augsburg

vorgelegt von

Josepha Koch

2022

Erstgutachter: Prof. Dr. Christoph Ann LL.M. (Duke Univ.)

Zweitgutachter: Prof. Dr. Michael Kort

Vorsitzender der mündlichen Prüfung: Prof. Dr. Ulrich M. Gassner

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Januar 2022

Meinen Eltern

Inhaltsübersicht

INHALTSÜBERSICHT.....	IV
INHALTSVERZEICHNIS.....	V
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	IX
ERSTER TEIL : RECHTLICHE UND TECHNISCHE RAHMENBEDINGUNGEN.....	1
I. GANG DER UNTERSUCHUNG.....	2
II. BEGRIFFSBESTIMMUNG IM BEREICH DER BIOTECHNOLOGIE	2
III. ENTWICKLUNG DER PFLANZENZUCHT	7
IV. FÜR DIE AUSLEGUNG ZU BEACHTENDE VORSCHRIFTEN.....	10
V. SCHLUSSFOLGERUNG FÜR DIE VORGEHENSWEISE DER AUSLEGUNG DER PATENTIERUNGSAUSSCHLÜSSE	23
ZWEITER TEIL : DIE AUSSCHLUSSGRÜNDE DES ART. 53 LIT. B EPÜ.....	24
I. PFLANZENSORTEN	25
II. IM WESENTLICHEN BIOLOGISCHE VERFAHREN.....	73
DRITTER TEIL : RECHTSVERGLEICH MIT DEN USA.....	135
I. PATENTRECHT FÜR PFLANZEN	137
II. SORTENSCHUTZ — PLANT VARIETY PROTECTION	142
III. ZUSAMMENSPIEL PATENTRECHT UND SORTENSCHUTZRECHT	145
IV. PATENTRECHT FÜR <i>IM WESENTLICHEN BIOLOGISCHE VERFAHREN</i>	146
V. BEWERTUNG	147
VIERTER TEIL : HANDLUNGSBEDARF UND IMPLEMENTIERUNGSMÖGLICHKEITEN IN DAS PATENTRECHT	149
I. HANDLUNGSBEDARF	149
II. IMPLEMENTIERUNGSMÖGLICHKEITEN IN DAS PATENTRECHT.....	168
III. FAZIT: PATENTIERUNGSAUSSCHLUSS UNZEITGEMÄß	180
LITERATURVERZEICHNIS.....	X

Inhaltsverzeichnis

INHALTSÜBERSICHT.....	IV
INHALTSVERZEICHNIS.....	V
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	IX
ERSTER TEIL : RECHTLICHE UND TECHNISCHE RAHMENBEDINGUNGEN.....	1
I. GANG DER UNTERSUCHUNG.....	2
II. BEGRIFFSBESTIMMUNG IM BEREICH DER BIOTECHNOLOGIE	2
1. <i>Biotechnologie</i>	3
2. <i>Gentechnik</i>	4
3. <i>Transgene Pflanzen</i>	5
III. ENTWICKLUNG DER PFLANZENZUCHT	7
IV. FÜR DIE AUSLEGUNG ZU BEACHTENDE VORSCHRIFTEN.....	10
1. <i>Auslegungsregeln</i>	10
a. Eigene Regelungen des EPÜ.....	11
b. Völkerrechtliche Grundsätze in Anlehnung an die WVK	12
2. <i>Maßgebliche Rechtsquellen</i>	16
a. UPOV.....	16
b. StraßbPatÜ	17
c. TRIPS	18
d. BioTech-RL.....	19
V. SCHLUSSFOLGERUNG FÜR DIE VORGEHENSWEISE DER AUSLEGUNG DER PATENTIERUNGSAUSSCHLÜSSE	23
ZWEITER TEIL : DIE AUSSCHLUSSGRÜNDE DES ART. 53 LIT. B EPÜ.....	24
I. PFLANZENSORTEN	25
1. <i>Begriff „Pflanzensorte“</i>	25
2. <i>Historische Entwicklung</i>	28
a. Entstehung des Art. 53 lit. b EPÜ	29
b. Wegfall des Doppelschutzverbots und Definitionsaufnahme	30
3. <i>Systematik</i>	31
a. Innerhalb des EPÜ.....	31
b. Im Zusammenhang mit der AOEPÜ.....	35
c. Ergebnis der systematischen Auslegung.....	36
4. <i>Praxisrelevante Auslegungsfragen</i>	36
a. Definitionsübernahme aus dem Sortenschutzrecht	37
b. Anwendung für Hybridpflanzen	38
c. Ausdehnung des Patentierungsausschlusses auf im Wesentlichen abgeleitete Sorten	39
d. Verdeutlichung der Rechtsunsicherheiten Ende des 20. Jahrhunderts	43
e. Anwendung auf Transgene Pflanzen.....	45

i.	Anknüpfung.....	47
ii.	Definition.....	48
iii.	Reichweite.....	49
f.	Kritische Auseinandersetzung mit dem status quo.....	50
5.	<i>Unterschiede zum Sortenschutzrecht.....</i>	<i>53</i>
a.	Grundlage für die Rechtfertigung des Patentierungsausschlusses.....	54
b.	Erteilungsvoraussetzungen.....	54
i.	Schutzgegenstand: Erfindung vs. Pflanzensorte.....	55
ii.	Neuheit.....	58
iii.	Eintragungsfähige Bezeichnung.....	61
c.	Wirkung der Schutzrechte.....	63
i.	Allgemeine Wirkung.....	63
ii.	Abhängigkeit vs. Ableitung.....	64
iii.	Einschränkung der Wirkung.....	66
d.	Schutzdauer.....	69
e.	Abschließende Bewertung der Unterschiede.....	70
6.	<i>Zusammenfassung.....</i>	<i>70</i>
II.	IM WESENTLICHEN BIOLOGISCHE VERFAHREN.....	73
1.	<i>Begriff des im Wesentlichen biologischen Verfahrens.....</i>	<i>73</i>
a.	Im Wesentlichen/essentially/essenzielleren.....	74
b.	Biologisch/biological/biologiques.....	75
c.	Verfahren/processes/que les procédés.....	77
d.	Zur Züchtung/for the production/d'obtention.....	78
e.	Von Pflanzen [oder Tieren]/of plants [or animals]/ de végétaux [ou d'animaux].....	80
f.	Gesamtbetrachtung des Wortlauts.....	81
2.	<i>Historische Entwicklung.....</i>	<i>81</i>
3.	<i>Systematische Stellung.....</i>	<i>83</i>
a.	Innerhalb des EPÜ.....	83
b.	In Zusammenhang mit der AOEPÜ.....	84
c.	Gesamtbetrachtung.....	86
4.	<i>Praxisrelevante Auslegungsfragen.....</i>	<i>86</i>
a.	Qualifikation des erforderlichen technischen Anteils.....	87
b.	Unerlässlichkeit menschlicher Einwirkung.....	89
c.	Auswirkung der Implementierung der BioTech-RL.....	91
d.	Gentechnisch-modifizierende Verfahren.....	92
i.	Auslegung anhand Art. 53 lit. b EPÜ.....	93
(1).	[Im] Wesentlichen biologisch.....	94
(2).	[Zur] Züchtung.....	95
(3).	[Von] Pflanzen.....	95

(4). Zwischenergebnis	96
ii. Auslegung in Verbindung mit der AOEPÜ	96
(1). Reg. 26 Abs. 1 AOEPÜ	97
(2). Reg. 26 Abs. 5 AOEPÜ	98
iii. Amicus curiae	100
iv. Kritische Gesamtbetrachtung.....	100
e. Ausweitung auf Erzeugnisse aus <i>im Wesentlichen biologischen Verfahren</i>	102
i. Begriffsbestimmung	104
ii. Systematische Auslegung	104
iii. Teleologische Auslegung	107
iv. Kritische Gesamtbetrachtung.....	109
f. Weitere politische Entwicklungen aufgrund der Entscheidung EPA G 02/12 und EPA G 02/13	110
g. Änderung der AOEPÜ durch Beschluss des Verwaltungsrats	111
i. Entwicklungen außerhalb des EPÜ	111
(1). Innerhalb der EU.....	111
(2). Nationales Recht der Vertragsstaaten.....	113
ii. Entwicklungen innerhalb des EPÜ	114
iii. Entscheidung des Verwaltungsrats	115
h. Anerkennung der geänderten AOEPÜ.....	118
i. Ausgangsverfahren.....	119
ii. Vorlagefrage des Präsidenten	122
iii. Annahme der Vorlagefrage und der geänderten AOEPÜ.....	125
iv. Kritische Gesamtbetrachtung des Verfahrens	129
i. Status quo	131
5. Zusammenfassung.....	133
DRITTER TEIL : RECHTSVERGLEICH MIT DEN USA.....	135
I. PATENTRECHT FÜR PFLANZEN	137
1. <i>Erfindungspatente — utility product patents</i>	138
2. <i>Pflanzenpatente — plant patents</i>	140
II. SORTENSCHUTZ — PLANT VARIETY PROTECTION	142
1. <i>Schutzgegenstand</i>	142
2. <i>Erteilungsvoraussetzungen</i>	143
3. <i>Nachbauregelungen</i>	144
4. <i>Schutzdauer</i>	144
5. <i>Markante Unterschiede des Schutzgegenstands</i>	145
III. ZUSAMMENSPIEL PATENTRECHT UND SORTENSCHUTZRECHT	145
IV. PATENTRECHT FÜR <i>IM WESENTLICHEN BIOLOGISCHE VERFAHREN</i>	146
V. BEWERTUNG	147
VIERTER TEIL : HANDLUNGSBEDARF UND IMPLEMENTIERUNGSMÖGLICHKEITEN IN DAS PATENTRECHT	149

I.	HANDLUNGSBEDARF	149
1.	<i>Technische Weiterentwicklung</i>	150
2.	<i>Fehlende rechtspolitische Rechtfertigung</i>	150
a.	Fehlschlagende Rechtfertigungsansätze für Pflanzensorten	151
i.	Wirtschaftliche Aspekte	151
ii.	Biodiversität und Nahrungsmittelsicherung.....	153
iii.	Lebende Materie.....	155
iv.	Wahrung der Einflussmöglichkeit.....	158
v.	Zusammenfassung: Keine ausreichende Rechtfertigungsgrundlage.....	159
b.	Fehlschlagende Rechtfertigungsansätze für Züchtungsverfahren	160
i.	Schutz der Biodiversität.....	162
ii.	Umgehung des Patentierungsausschlusses.....	164
iii.	Vermeidung von Wertungswidersprüchen	165
iv.	Erfüllung der patentrechtlichen Voraussetzungen, insbesondere der Wiederholbarkeit.....	165
3.	<i>Schlussforderung</i>	167
II.	IMPLEMENTIERUNGSMÖGLICHKEITEN IN DAS PATENTRECHT	168
1.	<i>Besonderheiten von Pflanzensorten</i>	168
2.	<i>Besonderheiten von Züchtungsverfahren</i>	169
3.	<i>Erforderlichkeit einer pflanzenbasierten Lizenzplattform</i>	171
4.	<i>Verbesserungsmöglichkeiten auf Grundlage des bisherigen Systems</i>	174
a.	Einhaltung des Demokratieprinzips	176
b.	Beschränkung auf eingetragene Sortenschutzrechte	178
c.	Beschränkung auf <i>im Wesentlichen biologische Verfahren</i> ohne hieraus entstandene Erzeugnisse... 179	
III.	FAZIT: PATENTIERUNGSAUSSCHLUSS UNZEITGEMÄß	180
	LITERATURVERZEICHNIS.....	X

Abkürzungsverzeichnis

ABaB	Applied Biochemistry and Biotechnology
AOEPÜ	Ausführungsordnung des Europäischen Patentübereinkommens
BPD	Bundesverband Deutscher Pflanzenzüchter e.V.
BioTech-RL	Biotechnologie-Richtlinie (EU RL 98/44/EG)
CBD	Convention on Biological Diversity (Biodiversitätskonvention)
CPVO	Community Plant Variety Office (Gemeinschaftliches Sortenamnt)
CRISP	Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats
DBV	Deutscher Bauernverband e.V.
EG	Entscheidungsgrund
GBK	Große Beschwerdekammer
GemSort-VO	Gemeinschaftliche Sortenschutz-Verordnung (EU EG 02100/94)
GenTG	Gentechnik-Gesetz
GFP	Gemeinschaft zur Förderung von Pflanzeninnovationen e.V.
GMO	Genetisch modifizierte Organismen
GVO	Gentechnisch veränderte Organismen
ICNCP	International Code of Nomenclature for Cultivated Plants (Internationaler Code der Nomenklatur der Kulturpflanzen)
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
JBK	Juristische Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts
JPTOS	Journal of the Patent and Trademark Office Society
PPA	Plant Patent Act
PrüfungsRL	Richtlinien für die Prüfung im Europäischen Patentamt
PVP	U.S. Plant Variety Protection
TBK	Technische Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts
UPOV	Union internationale pour la protection des obtentions végétales (Internationaler Verband zum Schutz von Pflanzenzüchtungen)
WiSoAus	Wirtschafts- und Sozialausschuss der EU
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (Wiener Vertragsrechtskonvention)

Erster Teil: Rechtliche und technische Rahmenbedingungen

Im Bereich der Biotechnologie verschränken sich in den meisten europäischen Rechtsordnungen zwei verschiedene Rechte des Geistigen Eigentums. Einerseits wird für biotechnologische Erfindungen in eingeschränkter Weise Patentschutz gewährt, andererseits werden für Pflanzensorten Sortenschutzrechte erteilt. In der Praxis können die Tätigkeiten und Ergebnisse der Züchter jedoch nicht immer einwandfrei nur einem der beiden Schutzrechte zugeordnet werden. Dieses Problem ist vor allem auf die Technisierung des Züchtungsvorgangs zurückzuführen. Moderne Züchtungsverfahren nutzen nicht mehr nur den natürlichen Vermehrungsvorgang von Pflanzen, sondern greifen durch gezielte Maßnahmen in den Vorgang ein, um den Prozess beispielsweise zu beschleunigen oder zu verbessern. Das Endergebnis der Züchtungsprozesse ist und bleibt jedoch eine einzelne Pflanze und somit eine spezifische Pflanzensorte als unterste taxonomische Einheit. Dadurch entstehen unvermeidbare Überlappungen.

Dabei werden die Regelungen in Europa noch durch eine rechtliche Eigenheit verschärft: das Patentrecht ist anders als viele Bereiche des Geistigen Eigentums nicht abschließend durch die EU geregelt, sondern durch das EPÜ, einen unabhängigen Staatsvertrag zwischen Nationalstaaten, dem jedoch nicht alle EU-Mitgliedstaaten angehören. Der enge Bezug zur Unionsrechtsordnung ist aber aufgrund der überwiegenden Anzahl der Vertragsstaaten, die sowohl Mitglied des EPÜ sind als auch der EU, nicht zu leugnen. Dies wird dadurch verstärkt, dass die materielle Wirkung der Patente weiter durch nationale Vorschriften definiert wird. Insofern ergeben sich für das Patentrecht in Europa drei unterschiedliche Gesetzesgrundlagen, nämlich das EPÜ, die EU-Regelungen und die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen, die sich ebenfalls überlappen.

Für eine Analyse sind somit tangierende bzw. kollidierende europäische Regelungen mit zu beachten. Inwiefern diese eventuell sogar als Auslegungsindizien gelten können, wird im Folgenden näher zu analysieren sein. Hinzu kommt, dass nicht nur verschiedene Legislativorgane auf das Patentrecht einwirken, sondern auch mehrere Judikativorgane. Diese treffen nicht nur gegenüber den Legislativorganen, sondern auch untereinander autonome Rechtsentscheidungen. Inwiefern derlei Entscheidungen sich auf das Patentrecht innerhalb

des EPÜ auswirken, wird zusätzlich in den Blick genommen. Ziel der Arbeit ist somit die Beantwortung der Frage, ob das im Jahre 1973 geschaffene EPÜ den rechtlichen und technischen Entwicklungen noch gerecht werden kann.

I. Gang der Untersuchung

In der nachfolgenden Arbeit soll die Rechtslage zu Patentierungsausschlüssen im Bereich der Pflanzenzüchtung näher betrachtet werden. Insbesondere ist die Verflechtung zwischen Patent- und Sortenschutzrecht mit zu beachten. Hierfür wird zunächst vorweggestellt, welche Regelungen zur Betrachtung des Patentierungsausschlusses bei der Auslegung zu beachten sind, da diese auf beide Patentierungsausschlüsse gleichermaßen zutrifft. Der Einfluss anderer internationaler Übereinkommen und sonstiger Rechtsakte wird ebenso beleuchtet wie die Auswirkungen der technischen Entwicklungen auf den Rechtsschutz für Pflanzenzüchtungen.

Zentral für die Betrachtung ist Art. 53 lit. b EPÜ, der eine Patentierung für Pflanzensorten und *im Wesentlichen biologische Verfahren* ausschließt. Die einzelnen Ausschlussstatbestände werden aufgrund der unterschiedlichen Wertungen separat betrachtet. Auch hier ist das komplexe Zusammenspiel verschiedener Schutzmechanismen auf unterschiedlichen Ebenen zu beachten. Um die verschiedenen Möglichkeiten der Ausgestaltung dieses Zusammenspiels zu verdeutlichen, wird die Arbeit einen Blick auf die Regelungssystematik in den USA werfen, die gravierende Unterschiede zu den europäischen Regelungen aufweist. Hierbei sollen die Vor- und Nachteile beider Systeme miteinander verglichen werden.

Abschließend wird die Arbeit einen Blick auf die Auswirkungen der Implementierung pflanzenbasierter Erfindungen in das Patentrecht wagen und der Frage nachgehen, ob die Ausschlussgründe dem heutigen Stand der Technik angemessen sind oder ob eine Verbesserung des pflanzenbezogenen Immaterialgüterrechts in Europa zu empfehlen ist. Das Augenmerk hierbei soll auf einem gerechten Interessenausgleich und der Vorbeugungen möglicher negativer Folgen für das natürliche Gleichgewicht liegen.

II. Begriffsbestimmung im Bereich der Biotechnologie

In der Diskussion um die Patentierbarkeit von Biotechnologie ist eine scharfe Abgrenzung der Begrifflichkeiten essenziell, um eine differenzierte Abgrenzung der Rechtsfragen vornehmen zu können. Dies wird dadurch erschwert, dass die Begriffe aus der Biologie im rechtlichen

Sinne teilweise leicht abgewandelt von den biotechnischen Begriffen verwendet werden. Vorweggestellt sei daher eine biologische bzw. technische Betrachtung der Fachtermini, die in der Vorschrift zwar nicht explizit genannt sind, aber deren Bedeutung in engen Bezug zu den Begrifflichkeiten stehen. Hierbei soll insbesondere eine kleine thematische Eingrenzung vorgenommen werden, die zum späteren Verständnis der juristischen Auslegung von Bedeutung sein wird.

1. Biotechnologie

Für den Begriff der Biotechnologie kann keine abschließend allgemein akzeptierte Definition gefunden werden.¹ Im Rahmen der Biodiversitätskonvention wurde Biotechnologie als „technologische Anwendung, die biologische Systeme, lebende Organismen oder Derivate davon verwendet, um sie herzustellen oder zu modifizieren“², definiert. Unter lebenden Organismen können alle Materien verstanden werden, die die Fähigkeiten der Reizbeantwortung und Reproduktion besitzen oder innerhalb biologischer Systeme reproduziert werden können.³ Irrelevant für die Begriffsbestimmung der Biotechnologie ist, ob das Resultat des Verfahrens eine lebende oder nicht lebende Materie aufweist.⁴ Entscheidend ist lediglich, dass die biologischen Naturkräfte („Bio-“) durch menschliches Verhalten („-technologie“) beeinflusst werden.⁵ Innerhalb der Biotechnologie haben sich verschiedene Unterbereiche gebildet, wie beispielsweise die pharmazeutische Biotechnologie oder die Bioinformatik. Für die vorliegende Arbeit relevant ist insbesondere die Verbindung zwischen technischer Anwendung, i. S. e. technischer Erfindung, und biologischen Organismen in Form von pflanzlichen Bestandteilen. In Fachkreisen wird dieser Bereich der Biotechnologie auch „Grüne Gentechnik“ genannt.⁶ In der vorliegenden Arbeit kann dieser Begriff jedoch in die Irre führen: als *im Wesentlichen biologische Verfahren* sind nicht nur Verfahren zu betrachten, die auf direktem Wege auf die Erbinformation einwirken, um das gewünschte Ergebnis zu erlangen, sondern vor allem Verfahren, die das Züchtungsergebnis auf andere Art und Weise erzielen. Insofern widmet sich die Arbeit auch

¹ Kulescha, Spezifika bei der Bewertung von Biotechnologie- Unternehmen, S. 3.

² Art. 2 CBD, Deutschland ist nicht Vertragspartei der Konvention, eine Liste aller Vertragsstaaten: <https://www.cbd.int/information/parties.shtml> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

³ Kraßer/Ann, Patentrecht, § 14 Rn. 7.

⁴ Huber, in: Mitt. 1989, 133.

⁵ Kraßer/Ann, Patentrecht, § 14 Rn. 1.

⁶ Hiekel, Grundbegriffe der grünen Gentechnik, S. 2.

der „Grünen Gentechnik“, aber eben auch anderen pflanzenbasierten Biotechnologiebereichen — also der „Grünen Biotechnologie“.

2. Gentechnik

Einer der wichtigsten und forschungsintensivsten Bereiche in der „Grünen Biotechnologie“ ist die Gentechnik. Hierbei wird durch menschliches Verhalten in das Erbgut eines pflanzlichen Organismus eingegriffen, um so einzelne Merkmale zu verändern.⁷ Gesellschaftspolitisch ist dieser Ansatz der Pflanzenzüchtung bislang europaweit hoch umstritten.⁸ Dies ist vor allem auf die widersprüchlichen Forschungsergebnisse bezüglich der Gesundheitsauswirkungen von gentechnisch veränderten Pflanzen als Lebensmittelquellen zurückzuführen.⁹ Auch wird die Umweltverträglichkeit stark bezweifelt und insbesondere eine negative Wechselwirkung mit der natürlichen Pflanzenpopulation befürchtet.¹⁰ Es lässt sich jedoch nicht bestreiten, dass die Gentechnik in Anbetracht der Sicherstellung der Ernährungsgrundlage und der Verminderung von schädlichen Pflanzenschutzmitteln eine entscheidende positive Rolle spielen kann.¹¹ Dies wird nicht nur durch den Anstieg der Bevölkerungszahl verstärkt, sondern auch dadurch, dass durch die rasante Erderwärmung eine natürliche Anpassung der biologischen Vielfalt nicht in ausreichendem Maße möglich ist.¹²

Um die patentrechtliche Ausgestaltung der Gentechnik verstehen zu können, wird im Folgenden der technische Verfahrensablauf in komprimierter Form wiedergegeben. Ziel der gentechnischen Züchtung ist es primär, bestimmte Eigenschaften von Pflanzen auszubilden bzw. nicht auszubilden. Die technischen Anwendungen beschränken sich im Bereich der Pflanzen vorwiegend, aber nicht ausschließlich, auf die Beeinflussung des Züchtungsverfahrens. Dabei wird der traditionelle Züchtungsprozess durch technische Hilfestellungen gezielt und beschleunigt vorangetrieben, ohne den natürlichen Vermehrungsprozess komplett außer Betracht zu lassen.¹³

Um das gewünschte Charakteristikum beeinflussen zu können, muss in einem ersten Schritt

⁷ Heberer, in: Grüne Gentechnik, S. 8.

⁸ Faltus, in: ZUR 2018, 524 (534).

⁹ Stölzel, in: WirtschaftsWoche 08/2018, S. 56.

¹⁰ Gregorowius, in: Vierteljahrsschrift der Naturforschenden Gesellschaft in Zürich 1/158, S 11.

¹¹ Sonnewald, in: Biologie Unserer Zeit 2/2012, S. 112 (113).

¹² Taranto/Nicola/Pavan/De Vita/D'Agostino, in: Agronomy 8/2018, S. 277, zur Bedeutung der Technisierung in der Pflanzenzüchtung, auch: Miedaner, in: Kulturpflanzen, S. 257.

¹³ Heberer, in: Grüne Gentechnik, S. 8.

identifiziert werden, welches Gen- bzw. welche Genfrequenz für die Ausprägung des Merkmals verantwortlich ist. Insoweit entspricht das Verfahren dem natürlichen Züchtungsverfahren. Es ist jedoch nicht immer von außen erkennbar, ob die konkrete Pflanze das Gen enthält — man denke hierbei nur an die „Mendel’schen Regeln“, die erstmals bewiesen, dass der Genotyp nicht mit dem Phänotyp gleichzusetzen ist.¹⁴ Die gentechnischen Schritte werden zur Identifizierung der Merkmale eingesetzt, die nicht wie in der konventionellen Züchtung durch aufwendige Kreuzungszyklen ermittelt werden, sondern durch technische Genanalysen – die sogenannten „smart breeding“-Verfahren.¹⁵

Grob unterschieden werden bei der Züchtung die Einwirkungen auf "Input Traits" und "Output Traits". Bei Eingriffen auf „Input Traits" wird versucht, agronomische Merkmale – also Anbaueigenschaften – der Pflanze zu verbessern, beispielweise Anpassungen an Wasserknappheit und Hitze. "Output Traits" hingegen sind Merkmale, die die Pflanze als Endprodukt in Hinsicht auf Ihre Qualität und Eigenschaften charakterisieren, wie beispielsweise den Anteil bestimmter Proteine.¹⁶

Für die patentrechtliche Betrachtung unterschieden werden muss insbesondere die Anwendung der Gentechnik auf den Züchtungsprozess: einerseits kommen gentechnische Verfahren als reine Hilfestellung zur Identifizierung der genetischen Information zum Einsatz, wodurch an der Pflanze an sich nichts verändert wird. Andererseits werden durch technische Verfahren die Erbinformationen der Pflanze direkt beeinflusst, hierbei entstehen sogenannte transgene Pflanzen.

3. Transgene Pflanzen

Einen besonders zukunftsreichen Bereich der „Grünen Gentechnologie“ stellen transgene Pflanzen¹⁷ dar, auf die schon heute der Großteil aller Biopatentanmeldungen entfällt.¹⁸ Bei transgenen Pflanzen wird zusätzlich zur genetischen Analyse noch von außen in das Erbgut der Pflanze eingegriffen — beispielsweise durch das Einsetzen bestimmter Gensequenzen

¹⁴ Hoßfeld/Simunek/Levit, in: *Biologie Unserer Zeit* 6/2015, S. 396 (399).

¹⁵ Eine ausführlichere Erklärung gibt *Sonnwald*, in: *Grüne Gentechnik* 2/2012, S. 112 (113).

¹⁶ Einen Überblick über die wichtigsten Forschungsfelder der Grünen Gentechnik gibt: *Müller-Röber*, in: *Journal für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit*, S. 41f.

¹⁷ Auch GVO (gentechnisch veränderte Organismen), GMO (gentechnisch modifizierte Organismen) genannt, gem. § 3 Nr.3 GenTG.

¹⁸ Nach Angaben des EPA ca. 300 Anmeldungen jährlich: https://www.epo.org/news-issues/issues/biotechnology-patents_de.html (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

aus einem Organismus anderer Art.¹⁹ Dadurch werden neue Kombinationsmöglichkeiten geschaffen, die durch die klassische Züchtung oder natürliche Vermehrung nicht erreicht werden könnten.²⁰ Transgene Pflanzen können nicht auf natürlichem Wege entstehen, sondern nur durch den Eingriff des Menschen in die Genetik. Aufgrund der „unnatürlichen Entstehungsweise“ der Pflanzen steht der Anbau der transgenen Pflanzen seit längerer Zeit in der Kritik. Um den Sorgen der negativen Beeinflussung auf die natürliche Umwelt entgegenzuwirken, wurden von der EU mehrere Richtlinien und Verordnungen verabschiedet.²¹ Denn auch, wenn die transgenen Pflanzen nicht auf natürliche Weise entstehen können, so können sie sich doch auf natürlichem Weg weiter fortpflanzen. Ziel der Rechtsetzung ist es, die unkontrollierte Vermischung — beispielsweise durch die Unkontrollierbarkeit des Pollenradius — von natürlichen und transgenen Pflanzen zu verhindern, gem. EG 6 GVO-RückverfolgbarkeitVO. Für die Minimierung der gesundheitlichen und umwelttechnischen Risiken müssen die Pflanzen über längeren Zeitraum zuvor in Laboren angebaut und auf ihre Risiken untersucht werden. Erst danach kann eine Zulassung und somit ein Anbau außerhalb der Laborflächen genehmigt werden.²²

Falls die Pflanzen später zu Lebensmitteln verarbeitet werden, müssen diese als GVO gekennzeichnet werden, gem. Art. 4 Abs. 6 GVO-RückverfolgbarkeitVO. Trotz der jahrelangen Prüfung der GVO nehmen Verbraucher gentechnisch veränderte Lebensmittel weiterhin kritisch an, obwohl diese nach dem Stand der Wissenschaft wohl ebenso unbedenklich einzuschätzen sind wie konventionelle Erzeugnisse.²³ Hierin liegt ein zukunftsweisender Faktor der „Grünen Gentechnik“. Sollten Verbraucher in Zukunft aufgeschlossener gegenüber GVO werden, so wird dieser Sektor der Biotechnologie vermutlich noch weiter an Bedeutung gewinnen. Einen weiteren Ausschlag für die Stärkung von transgenen Pflanzen kann auch der Klimawandel geben: Wenn die konventionelle Züchtung und natürliche Selektion nicht dazu in der Lage sind, sich an die Änderungen der klimatischen Verhältnisse anzupassen, werden transgene Pflanzen eine nicht zu unterschätzende Bezugsquelle für Lebensmittel darstellen.²⁴

¹⁹ Haedicke/Popp, in: Mitt 2018, 1 (2).

²⁰ Heberer, in: Grüne Gentechnik, S. 8.

²¹ Den Rechtsrahmen bestimmen hierbei insbesondere: RL 2009/41/EG, RL 2001/18/EG, VO (EG) 1829/2003, VO (EG) 1946/2003, VO (EG) 1830/2003, i.F. GVO-RückverfolgbarkeitVO.

²² Nettesheim, in: Das Recht der EU, Art. 192 AEUV, Rn. 214.

²³ Schauzu, in: Bundesgesundheitsblatt– Gesundheitsforschung– Gesundheitsschutz 2004, S. 826 (830).

²⁴ So auch Sonnewald, in: Grüne Gentechnik 2/2012, S. 112 (112).

III. Entwicklung der Pflanzenzucht

Um die rechtliche Entwicklung des Pflanzenschutzes nachvollziehen zu können, ist es erforderlich, sich den jeweiligen Stand der Technik vor Augen zu führen: die gesetzgeberische Intention des EPÜ-Gesetzgebers kann nur in Hinblick auf die jeweilige aktuelle Entwicklung zur Zeit des Gesetzgebungsaktes richtig eingeordnet werden.²⁵ Im Folgenden werden daher die technischen Entwicklungen betrachtet, um ein möglichst umfassendes Bild des Pflanzenschutzes zu erhalten.

Bereits ca. 13000 v. Chr. begann der Anbau von Pflanzen durch die Menschheit.²⁶ Erstmals gezielt und systematisch dokumentiert wurde die Pflanzenzüchtung Mitte des 19. Jahrhunderts durch Georg Mendel.²⁷ Die Wiederentdeckung seiner Erkenntnisse Anfang des 20. Jahrhunderts kann als Ausgangspunkt für die heutige Pflanzenzüchtung gewertet werden.²⁸ Ende des 20. Jahrhunderts wurde die Pflanzenzüchtung durch die Entwicklung der Gentechnik beeinflusst. Seit jeher — sowohl in der klassischen Pflanzenzucht als auch in der modernen Pflanzenzucht — werden zwei verschiedene Ansätze verfolgt, die beide darauf gerichtet sind, das bestmögliche Ergebnis zu erreichen: Einerseits die Selektion, durch die das beste Pflanzenmaterial identifiziert werden soll und andererseits die Variabilität, die auf die Beeinflussung der Fortpflanzung durch die Auswahl des Pflanzenmaterials gerichtet ist.²⁹

Wichtige Meilensteine in der technischen Entwicklung stellen hierfür die Entschlüsselung des genetischen Erbmaterials in Form einer DNA-Doppelhelix und die damit verbundenen Innovationen ab Ende der 1950er-Jahre dar.³⁰ Wenige Jahre später fanden Forscher die Codierung der DNA-Sequenzen in Sequenzen von jeweils drei Aminosäuren.³¹ Auf Grundlage dieser Entdeckung entwickelten sich die verschiedenen Varianten der Gentechnik, die bis heute als Maßstab der Biotechnologie gelten.³²

Die erste, aber bis heute angewandte Technik in der Genetik ist die molekulare Markeranalyse. Durch diese Verfahren lassen sich bestimmte Merkmale identifizieren und gezielter auf natürliche Weise unterstützen. Anders als bei der klassischen Züchtung werden

²⁵ Wolf, in: Editorial JA 09/2019.

²⁶ Heberer, in: Grüne Gentechnik, S. 5

²⁷ Odenbach, in: 100 Jahre GFP, S. 171.

²⁸ Jacobsen, in: Biologie Unserer Zeit 2/2012, S. 107.

²⁹ Kempken, in: Gentechnik bei Pflanzen, S. 10.

³⁰ Kleine/Klingelhöfer, in: GRUR 2003, 1 (1), Watson/Crick, in: Nature 171, 737.

³¹ Jacob/Monod, in: JMB 3, 318.

³² Einen tiefgehenden Überblick über die Entwicklung der Gentechnik gibt Kleine/Klingelhöfer, in: GRUR 2003, 1.

die am besten geeigneten Pflanzen zur Weiterzucht nicht anhand ihres Phänotyps, ihres Erscheinungsbildes, ausgewählt, sondern anhand ihres in der Pflanze verborgenen, für das bloße Auge unsichtbaren, Genotyps.³³ Die Gentechnik hilft hierbei nur bei der Auswahl der am besten geeigneten Pflanzen, indem die Marker die gewünschten DNA-Sequenzen sichtbar machen.³⁴

Zu einer ähnlichen Zeit entwickelten Forscher die sogenannte „ungerichtete Mutagenese“.³⁵ Hierbei wird von außen auf den Organismus eingewirkt und dadurch das Genom verändert. Dies geschieht beispielsweise durch eine Bestrahlung mit Isotopen, die auf die Aminosäurekombinationen einwirken.³⁶ Problematisch ist diese Technik insofern, als dass das Ergebnis vorher nicht absehbar ist. Allerdings ergibt sich dadurch die Möglichkeit mutierte Gene zu erzeugen, die in dieser Form in der Natur nicht vorhanden sind/waren.³⁷ Es bleibt aber bei der „ungerichteten Mutagenese“ ein erheblicher Grad an Ungewissheit darüber, welche Auswirkungen durch die Behandlung tatsächlich erzielt werden.

In den neuesten Entwicklungen wird die Gentechnik auch eingesetzt, um auf die DNA direkt einzuwirken – man spricht daher auch von einer „gezielten Mutagenese“. Insbesondere im Hinblick auf den Patentierungsausschluss für *im Wesentlichen biologische Verfahren* wird diese Unterscheidung von erheblicher Bedeutung sein.³⁸ Es gelang 1980 erstmals, fremde Gene in eine Pflanzen-DNA zu integrieren und so die genetische Information von außen zu beeinflussen.³⁹ Ungeachtet dessen werden durch Genverfahren die gleichen Ergebnisse verfolgt, die auch in natürlichen Züchtungsverfahren angestrebt werden. Die Endprodukte sind nach beiden Verfahren weiterhin lebende Organismen, bzw. Pflanzen, die verbesserte Eigenschaften aufweisen sollen, beispielsweise in Hinblick auf Ihre Resistenz, Ertragssteigerung oder äußere Merkmale.⁴⁰

Für die kommerzielle Nutzung von großer Bedeutung war die erfolgreiche gentechnische Insektenresistenz im Jahr 1987.⁴¹ Die Resistenz ist aufgrund einer nicht in der Pflanze

³³ Walter, in: GRUR-Prax 2010, 329.

³⁴ Becker, Pflanzenzucht, S. 137.

³⁵ Luger/Tröstl/Urferer, Gentechnik geht uns alle an, S. 29.

³⁶ Haertel, Haertel-Studie, S. 6.

³⁷ Eggeling, Industrielle Mikrobiologie, S. 112.

³⁸ Gelinsky, Biopatente und Agrarmodernisierung, S. 45.

³⁹ Ein ausführlicher Bericht zum Stand der Pflanzenzüchtung, Gasser/Farley, in: Science No. 4910, S. 1293ff.

⁴⁰ Jung, in: 100 Jahre GFP, S. 227.

⁴¹ Eine Kurzübersicht über die Entwicklung der pflanzlichen Gentechnik gibt: Kempken, in: Gentechnik bei Pflanzen, S. 13.

vorkommenden DNA-Sequenz entstanden. Man spricht in diesem Zusammenhang von sogenannten transgenen Pflanzen bzw. genetisch veränderten Pflanzen.⁴² Es gibt aber auch noch eine Vielzahl weiterer gentechnischer Möglichkeiten, um in das Genom einzugreifen.⁴³

Die Entwicklungen rund um die „ungerichtete Mutagenese“ waren für die Pflanzenzucht wegweisende Änderungen. Anders als zuvor, wurden die Verfahren zur Verbesserung von Pflanzeigenschaften nunmehr nicht durch langwierige, experimentelle Anzüchtungsvorgänge beeinflusst, sondern durch technische Vorkehrungen und Verfahren, die die natürlich vorkommenden Mechanismen der Vermehrung zwar zu ihren Gunsten weiter nutzen, die Entwicklung der Pflanzenmerkmale aber technisiert beeinflussten. Die konventionelle Pflanzenzüchtung wurde dadurch jedoch nicht vollständig verdrängt. Dies liegt einerseits an den immensen Kosten, die gentechnische Verfahren mit sich bringen. Die Arbeit der klassischen Pflanzenzucht und deren Aufwendungen hingegen liegt vor allem in der Investierung von Zeit und Geduld. Insofern kann man davon sprechen, dass sich ab Anfang der 1990er-Jahre zwei verschiedene Bereiche in der Pflanzenzucht entwickelt haben, die nur in Bezug auf ihre Endprodukte vergleichbar sind.

Den wohl größten technischen Fortschritt in der neuesten Zeit stellt die Erfindung des „CRISPR/Cas9“ dar, der im Jahre 2020 mit dem Chemie-Nobelpreis gewürdigt wurde.⁴⁴ Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der sogenannten „Genom-Editierung“.⁴⁵ Auch wenn die Preisträgerinnen den Preis in Chemie erhalten haben, so ist die Erfindung doch im Bereich der Gentechnik anzusiedeln und deshalb auch für die Biotechnologie von großer Bedeutung. Die Entdeckung ist aufgrund ihrer effizienten, günstigen und sehr variabel anwendbaren Technik eine bahnbrechende Erfindung. Bei dem „CRISPR/Cas9“-Verfahren wird gezielt in das Genom eingegriffen, in dem bestimmte Gensequenzen aus der DNA-Sequenz entfernt bzw. eingeführt werden.⁴⁶ Das Verfahren ist laienhaft wie ein Scheren- bzw. Klebverfahren erklärbar. Einer DNA-Sequenz werden ungewollte Informationen durch das „ausschneiden“ der dafür verantwortlichen Gene entnommen oder bzw. und die DNA-Sequenzen aus anderen Pflanzen „eingeklebt“, die die gewünschten Merkmale enthalten und

⁴² Jung, in: 100 Jahre GFP, S. 227.

⁴³ Siehe, dazu: Brandt, in: Transgene Pflanzen, S. 8.

⁴⁴ Siehe Pressemitteilung der „Kunigl. Vetenskaps-Akademien“ vom 7.10.2020, abrufbar unter <https://www.nobelprize.org/uploads/2020/10/press-chemistryprize2020.pdf> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁴⁵ Näheres zu den Begrifflichkeiten, Luger/Tröstl/Urferer, Gentechnik geht uns alle an, S. 27; alternativ wird auch der Begriff „Gene-Editing“ verwendet: Bern, Genome Editing in Zeiten von CRISPR/Cas, S. 29.

⁴⁶ Godt, in: Julius-Kühn-Archiv 457, S. 28 (31), so auch in den EPA PrüfungsRL, GII-5.4.

die die Pflanze sodann in ihre Erbinformation einbaut und ausprägt. Als Ausgangsmaterial wird stets eine natürlich vorkommende DNA verwendet und diese dann durch den natürlichen Vermehrungsprozess vervielfältigt, da das Lebewesen auch die eingesetzte DNA annimmt und repliziert.⁴⁷ Für die Pflanzenzucht wird diese Erfindung vermutlich weitreichende Neuerungen bringen, da das Verfahren sehr viel kostengünstiger anzuwenden ist als die bisherigen Genom-Editing-Verfahren.

Abschließend ist somit festzuhalten, dass sich im Bereich der Biotechnologie und der Pflanzenzucht nach Abschluss des EPÜ weitreichende Neuerungen vollzogen haben. Der Bereich hat durch verschiedene Methoden im Bereich der Gentechnik Entwicklungen angenommen, die zur Zeit des Abschlusses des EPÜ weder existierten noch vorstellbar waren. Auf der anderen Seite ist die konventionelle Pflanzenzucht, wie sie bereits bei Abschluss des EPÜ vorgeherrscht hat, weiter vertreten und wird mit ähnlichen Methoden wie damals bis heute praktiziert.

IV. Für die Auslegung zu beachtende Vorschriften

Innerhalb des EPÜ sind nahezu keine Auslegungsregeln enthalten. Es liegt somit vorrangig im Aufgabenbereich des EPA, bei ungenauen Rechtsbegriffen eine Systematik zur Auslegung festzulegen und diese in der Praxis anzuwenden. Hierbei sind aufgrund des internationalen Übereinkommens vor allem völkerrechtliche Regelungen zu beachten. Des Weiteren ist zu bedenken, dass das EPÜ als Instrument zur Rechtsvereinheitlichung nicht losgelöst von anderen, bereits vorhandenen Rechtsquellen der Mitgliedstaaten gesehen werden kann. Jedoch muss der Rahmen der zur Auslegung heranzuziehenden Rechtsnormen insoweit begrenzt werden, als dass diese mit den Gründungsgedanken des EPÜ vereinbar sind. Auch muss sich die Anwendung innerhalb der rechtsstaatlichen Grundsätze, allen voran der Gewaltenteilung, bewegen. Dies ist auch durch das Völkergewohnheitsrecht festgelegt, dem auch das EPA verpflichtet ist.⁴⁸

1. Auslegungsregeln

Das EPÜ ist ein internationales Übereinkommen, das von 38 Einzelstaaten unterzeichnet und

⁴⁷ Schindele/Wolter/Puchta, in: *Biologie Unserer Zeit* 2/2018, S. 100 (101).

⁴⁸ Walter, in: GRUR 1998, 866 (867).

ratifiziert wurde.⁴⁹ Nach Art. 1 EPÜ schafft das Übereinkommen eine eigenständige Rechtsordnung zur Erteilung von Patenten.⁵⁰ Innerhalb dieser Rechtsordnung sind für die Patenterteilung der Vertragstext an sich und die dazugehörige Ausführungsordnung (AOEPÜ) zu beachten. Das EPÜ ist als internationales Übereinkommen losgelöst von den Rechtsordnungen der Vertragsstaaten zu betrachten. Es stellt sich somit die Frage, nach welchen Grundsätzen das EPÜ auszulegen ist. Hierfür kommt zunächst das EPÜ an sich sowie die WVK ins Spiel, die von allen Vertragsstaaten des EPÜ ratifiziert wurde.

a. Eigene Regelungen des EPÜ

Zentrale Vorschrift für die Auslegung des EPÜ ist Art. 164 EPÜ.⁵¹ Demnach sind Bestandteil des EPÜ nicht nur der Vertragstext an sich, sondern unter anderem auch die AOEPÜ und das Zentralisierungsprotokoll, gem. Abs. 1. Vorrang wird jedoch stets dem Vertragstext an sich gewährt, gem. Abs. 2. Eine Zusammenfassung der formell selbstständigen Texte zu einer Einheit ist im europäischen Vertragsrecht ebenso übliche Praxis wie das Rangverhältnis zwischen Vertragstext und Ausführungsordnung als primäres und sekundäres Vertragsrecht.⁵² Ungeachtet dessen ergaben sich in Hinblick auf das Rangverhältnis und die Auslegungsmöglichkeiten des EPÜ durch die AOEPÜ einige Rechtsunsicherheiten. Hierbei steht vor allem im Fokus, wie weit der Begriff der „*Vorschriften des Übereinkommens*“ zu verstehen ist. Ohne Zweifel ist der Vertragstext an sich umfasst. Jedoch ist zu überlegen, ob auch die Auslegung des Vertragstexts durch die Rechtsprechung als ein Teil der Vorschrift des Übereinkommens anzusehen ist. Würde man dieser Argumentation folgen, so müssten sich die Auslegungsregelungen an der Rechtsprechungslinie des EPA orientieren. Eine Änderung der Vorschriften wäre dann nur über eine Änderung des Vertragstexts möglich. Eine andere Sichtweise gewährt die wortlautnahe Interpretation, die alleine den Vertragstext in seinem Wortlaut als Rahmen für mögliche Interpretationen durch die unterschiedlichen Organe

⁴⁹ Die 38 Vertragsstaaten des EPÜ sind: Albanien, Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Italien, Kroatien, Lettland, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, Malta, Monaco, Niederlande, Nordmazedonien, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, San Marino, Schweden, Schweiz, Serbien, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechische Republik, Türkei, Ungarn, Vereinigtes Königreich und Zypern, abrufbar unter: https://www.epo.org/applying/international/guide-for-applicants/html/d/ga_c1_8.html (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁵⁰ *Kolle*, in: Benkard EPÜ, Art. 1 Rn. 2.

⁵¹ Art. 164 Abs. 1 EPÜ wurde durch die Revisionsakte 2000 erweitert, um das Protokoll zur Auslegung des Art. 69 EPÜ sowie das Personalstandsprotokoll, die ebenfalls durch die Revisionsakte hinzugefügt wurden. Insb. hinsichtlich der AOEPÜ wurden keine Änderungen vorgenommen.

⁵² *Schäfers/Henke*, in: Benkard EPÜ, Art. 164 EPÜ, Rn. 2.

vorgibt. Es zeigt sich also schon innerhalb des ersten Schrittes der Interpretation die Schwierigkeit im Umgang mit dem EPÜ, da die Regelungen minimalistisch gehalten sind. Dies ist im Bereich des schnelllebigen Patentrechts meist von Vorteil, da Anpassungen an neue Entwicklungen möglich bleiben. Rechtsunsicherheiten lassen sich dadurch aber nicht vermeiden. Insofern bleibt als erste Auslegungsregelung nur zu sagen, dass das EPÜ Vorrang genießt vor den Vorschriften der weiteren Rechtsquellen innerhalb des EPÜ. Die Frage der Reichweite muss individuell in den einzelnen Auslegungsfällen festgelegt werden.

Für die Rechtsetzung des EPÜ ist vorrangig die Diplomatische Konferenz der Mitgliedstaaten zuständig, gem. Art. 172 EPÜ. Da dies aufgrund der erforderlichen Dreiviertelmehrheit jedoch zu langwierigen Änderungsprozessen führen kann, wurde zusätzlich für bestimmte Bereiche ein vereinfachtes Änderungsverfahren eingeführt. Hierfür wurde der Verwaltungsrat gem. Art. 33 Abs. 1 EPÜ geschaffen, dem ebenfalls alle Vertragsstaaten angehören, der jedoch seine Beschlüsse nur mit einfacher Mehrheit beschließt, gem. Art. 35 Abs. 1 EPÜ. Der Verwaltungsrat ist insbesondere ermächtigt, die Ausführungsverordnung des EPÜ zu gestalten. Um die Gesetzgebungskompetenz der Diplomatischen Konferenz jedoch nicht zu verdrängen, ist eine Anpassung nur insoweit möglich, als dass sie sich im Rahmen der Regelungen des EPÜ Vertragstexts befindet, Art. 164 Abs. 2 EPÜ. Sowohl der Verwaltungsrat als auch die Diplomatische Konferenz haben es jedoch unterlassen, Auslegungsgrundsätze in das EPÜ mitaufzunehmen.

b. Völkerrechtliche Grundsätze in Anlehnung an die WVK

Zentral für die Auslegung von internationalen Verträgen wird im Völkerrecht die WVK angesehen. Durch das Übereinkommen wurden bereits praktizierte Grundsätze des Völkergewohnheitsrechts manifestiert.⁵³ Das WVK ist ein internationales Abkommen, das von 116 Staaten — darunter 31 der 38 Vertragsstaaten des EPÜ — unterzeichnet wurde. Es trat am 27. Januar 1980 durch die Ratifizierung des 35. Vertragsmitglied in Kraft.⁵⁴ Das EPÜ ist somit in keinerlei Hinsicht vom Anwendungsbereich der WVK umfasst. Die Regelungen schreiben aber nach herrschender Meinung das Völkergewohnheitsrecht zum Zeitpunkt ihrer

⁵³ So auch *Bothe*, in: NJW 1991, 2169 (2170).

⁵⁴ Vertragsstaaten der WVK: Albanien, Belgien, Bulgarien, Österreich, Schweiz, Zypern, Tschechien, Deutschland, Dänemark, Estland, Spanien, Finnland, Großbritannien, Griechenland, Kroatien, Ungarn, Irland, Italien, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, Lettland, Nordmazedonien, Malta, Niederlande, Polen, Portugal, Serbien, Schweden, Slowenien, Slowakei: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATYundmtdsg_no=XXIII-1undchapter=23undTemp=mtdsG_03undclang=_en, (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

Ausarbeitung fest.⁵⁵ Auch das EPA hat die Regelungen als feststehende Rechtsgrundsätze betitelt, da sie von den Grundregeln des Völkerrechts — Treu und Glaube sowie „*pacta sunt servanda*“ — getragen sind.⁵⁶ Bedenkt man, dass sowohl Rumänien als auch Frankreich der WVK explizit bei der Vertragsabstimmung widersprochen haben, können die Regelungen aber nicht ohne Weiteres als gebilligtes Völkergewohnheitsrecht verstanden werden.

Da keine Auslegungsgrundsätze der Gesetzgeber aufgenommen wurden, steht es demnach dem EPA frei, nach welchen Grundsätzen das EPÜ ausgelegt wird. Es ist nach internationalen Grundsätzen anerkannt, dass multilaterale Übereinkommen autonom ausgelegt werden müssen und autonom verabschiedet und geändert werden können.⁵⁷ Dies kann jedoch nur insoweit erfolgen, als dass sichergestellt ist, dass der Vertragszweck des EPÜ erfüllt wird. In einer sehr frühen Entscheidung hat die GBK entschieden, die Grundsätze der WVK bei der Auslegung anzuwenden.⁵⁸ Da diese Grundsätze Völkergewohnheitsrecht widerspiegeln,⁵⁹ sind sie als Anhaltspunkt für die Auslegung des EPÜ geeignet. Dies wird auch dadurch bestätigt, dass die Vertragsstaaten, die nicht Teil des WVK sind, nach der Entscheidung der GBK keinerlei Anstrengungen unternommen haben, andere Grundsätze durch den Verwaltungsrat oder die Diplomatische Konferenz einzuführen. Auch liegen keinerlei Anhaltspunkte vor, dass die Ablehnung des WVK aufgrund der Auslegungsregelungen erfolgt ist. Zusätzlich muss schlicht festgestellt werden, dass keine alternativen Auslegungsregelungen zur WVK erkennbar sind und sich diese über viele Jahrzehnte bewährt haben. Die Auslegung des EPÜ kann somit orientiert an den Grundsätzen der WVK erfolgen.

Die für die Auslegung zu berücksichtigen Regelungen sind in Art. 31-33 WVK zu finden. Demnach ist zunächst nach den allgemeinen Auslegungsregelungen anhand des Sinns und Zwecks des Vertrags auszulegen und bei mehrdeutigen oder offensichtlich ungewollten Ergebnissen sind die ergänzenden Auslegungsmittel heranzuziehen.⁶⁰

Nach Art. 31 Abs. 1 WVK ist vom Wortlaut des Vertrags auszugehen, der nach objektiven Kriterien i. S. d. „*ordinary meaning rule*“, zu bestimmen ist.⁶¹ Ausschlaggebend ist zunächst,

⁵⁵ Schweinsfurth, Völkerrecht, 4. Kapitel Rn. 5.; Vitzhum/Proelß, Völkerrecht, Abschnitt 1 Rn. 123.

⁵⁶ EPA Abl. 4/1984, S. 193.

⁵⁷ Happ, in: RIW 1997, 376; sowie Bischoff, in: HWB EuP 2009, Auslegung des internationalen Einheitsrechts.

⁵⁸ EPA G01/83, EG Rn. 4; sowie bestätigt in: EPA G 02/07 und G 01/08, EG 4.3.

⁵⁹ Schweinsfurth, Völkerrecht, 4. Kapitel, Rn. 5.; Binder, Die Grenzen der Vertragstreue im Völkerrecht, S. 24; Dahm/Delbrück, Völkerrecht Band I/3, S. 640, Wissenschaftlicher Dienst des dt. BT, WD-2-166-18, S. 5.

⁶⁰ Zu den Auslegungsmethoden der GBK auch: Schachenmann, in: GRUR 2008, 702.

⁶¹ Vitzhum/Proelß, Völkerrecht, Abschnitt I Rn. 123.

was die Vertragsparteien eigentlich aussagen wollten.⁶² Für die Bestimmung des Wortlauts sind alle Vertragssprachen gleichermaßen zu berücksichtigen. Hiervon kann nur abgewichen werden, wenn explizit feststeht, dass dem Begriff eine abweichende Bedeutung von den Vertragsparteien zugeordnet werden sollte. Die Bedeutung ist demnach anhand des allgemeinen Sprachgebrauchs zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu bestimmen. Das EPA behilft sich deshalb bei der Bestimmung des Wortlauts mit standardisierten Wörterbüchern zu den offiziellen Vertragssprachen.⁶³

Um ein internationales Übereinkommen nicht „zu starr werden zu lassen“, sieht Art. 31 Abs. 3 WVK vor, dass auch jede spätere Übereinkunft oder spätere Übung der Vertragsparteien bei der Auslegung des Wortlautes zu berücksichtigen ist. Eine spätere Übung ist jede Praxis, die die Übereinstimmung der Vertragsparteien erkennen lässt.⁶⁴ Dadurch wird der aktuelle Parteikonsens nicht nur in die Auslegung miteinbezogen,⁶⁵ sondern ihm wird als Auslegungsmethode ersten Rangs gleiche Bedeutung zugemessen wie der natürlichen Wortlautauslegung.⁶⁶ Essenziell für die Anwendung der späteren Übung ist jedoch, dass zweifelsfrei feststeht, dass alle Vertragsparteien diese Auslegung als anerkannt ansehen.⁶⁷ Denn sonst würde die im EPÜ festgeschriebene Kompetenz zur Revision durch die Diplomatische Konferenz untergraben werden. Andererseits ist es bei übereinstimmender Handhabung der Vertragsparteien sinnvoll, deren aktuelle Auffassung, die möglicherweise zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht absehbar war, mit zu beachten, um zu einem konsensualen Ergebnis zu gelangen.

Als spätere Übung können insbesondere andere zwischenstaatliche Übereinkommen angesehen werden, die von den Vertragsparteien ratifiziert wurden oder übereinstimmende nationale Vorschriften. Aufgrund der territorialen Nähe sind hier vor allem Rechtsakte der EU in Erwägung zu ziehen. Jedoch ist das EPA formell nicht an die Rechtsetzung und Rechtsprechung der EU gebunden. Eine Anwendung der Rechtsakte kann daher nur über eine Einigung der Vertragsstaaten erfolgen. Dies ist beispielsweise in Reg. 26 Abs. 1 AOEPÜ erfolgt. In dieser Vorschrift wurde die Beachtung der europäischen Richtlinie über den

⁶² *Schweinsfurth*, Völkerrecht, 4. Kapitel Rn. 89; EPA G 02/12, EG 6(4).

⁶³ EPA T0501/93, EG 03.

⁶⁴ *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht, Rn. 80.

⁶⁵ *Vitzhum/Proeßl*, Völkerrecht Abschnitt I Rn. 123.

⁶⁶ *Müller*, Die Patentfähigkeit von Arzneimitteln S. 163; ebenso, *Straus*: GRUR Int. 1998, 1 (15).

⁶⁷ So auch *Goldmann*, in: ZaöRV 2018, 281 (291).

rechtlichen Schutz biologischer Erfindungen (RL 98/44/EG)⁶⁸ zur Auslegung des EPÜ bestimmt. Inwieweit dies mit den Vorschriften des EPÜ vereinbar ist und wie weit dieser Verweis zu verstehen ist, wird bei der konkreten Anwendung noch zu bestimmen sein. Die explizite Erwähnung dieser RL zeigt jedoch deutlich auf, dass die sonstigen Rechtsakte der EU nicht als spätere Übung angesehen werden können, sondern einer ausdrücklichen Einbeziehung bedürfen.

Nur für den Fall, dass die objektive Bedeutung einer Bestimmung nicht eindeutig oder offensichtlich sinnwidrig bzw. unvernünftig ist, können ergänzend die vorbereiteten Arbeiten und Umstände mit in Betracht gezogen werden, gem. Art. 32 WVK. Diese Regelung verpflichtet somit zu einer Abwägungsentscheidung im Einzelfall, die ihre Grenzen im Wortlaut der jeweiligen Bestimmung findet.⁶⁹ Die Feststellung, ob eine Vorschrift offensichtlich sinnwidrig oder unvernünftig ist, steht den Gerichten zur Entscheidung frei. Dies ist speziell bei internationalen Übereinkommen, die zur Revision eine Diplomatische Konferenz erfordern — wie das EPÜ, gem. Art. 172 Abs. 1 EPÜ — eine nicht zu verachtende Kompetenz. Die hohen Anforderungen — Offensichtlichkeit, Sinnwidrigkeit bzw. Unvernunft — sind daher zu Recht relativ hoch, um die Gewaltenteilung, vor allem die Legislativkompetenz, nicht zu umgehen. Innerhalb des EPÜ ist in erster Linie die AOEPÜ als nachrangiger Vertragstext im Sinne einer ergänzenden Auslegung anzusehen, wie auch Art. 164 Abs. 2 EPÜ zeigt.

Somit ergibt sich für die Auslegung des EPÜ folgende Herangehensweise: Nur für den Fall, dass die Begriffsbestimmung aus dem EPÜ selbst und in Zusammenspiel mit der AOEPÜ (systematische Auslegung)⁷⁰ nicht eindeutig bzw. nicht sinnvoll ermittelt werden kann, können im Anschluss die vorbereitenden Arbeiten zum EPÜ sowie die Vertragsumstände mitberücksichtigt werden. Hierfür können insbesondere andere internationale Übereinkommen mitberücksichtigt werden, bei denen feststeht bzw. anzunehmen ist, dass sie von den Vertragsstaaten mitberücksichtigt wurden.⁷¹ Der Kontext der Entstehungsgeschichte und der jeweilige Stand der Technik sind nachrangig mit in die Interpretation einzubeziehen.

⁶⁸ EU-AbI. Nr. L 213 vom 30/07/1998 S. 0013 – 0021.

⁶⁹ Anger/Wagemann, in: IStR 2014, 611.

⁷⁰ Bruchhausen, in: GRUR Int. 1983, 205 (210).

⁷¹ Zur Anerkennung der dynamischen Interpretation durch die GBK siehe EPA G 03/19, EG 02.5.

2. Maßgebliche Rechtsquellen

Aus den vorangegangenen Ausführungen ergibt sich somit die Problematik, welche anderen internationalen Übereinkommen bei der Auslegung der Patentierungsausschlüsse mit zu beachten sind. Hierfür kommen in Bezug auf biotechnologische Erfindungen insbesondere das TRIPS-Übereinkommen sowie die BioTech-RL in Betracht. Inwiefern die einzelnen Übereinkommen die Auslegung des Patentierungsausschlusses nach Art. 53 lit. b EPÜ konkret beeinflussen, wird jeweils für Pflanzensorten und *im Wesentlichen biologische Verfahren* nachfolgend bewertet.

a. UPOV

Durch die immer weiter reichende Internationalisierung des Saatguthandels wurde in den frühen 1950er- Jahren das Bedürfnis nach einem einheitlichen gewerblichen Schutzrecht immer aktueller.⁷² In den Jahren 1952 und 1954 wurde deshalb durch die *Internationale Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz* der Beschluss gefasst, dass die Notwendigkeit eines Schutzrechts für Pflanzenzüchtungen bestehe und dieses gefördert werden solle.⁷³ Der Abschluss eines verbindlichen Übereinkommens zum Schutz von Pflanzensorten erfolgte im Jahre 1961,⁷⁴ nachdem sich vor allem die französische Regierung für ein grenzüberschreitendes züchterisches Leistungsschutzniveau ausgesprochen hatte.⁷⁵ Den Vertragsstaaten wurde gem. Art. 2 Abs. 1 UPOV ausdrücklich freigestellt, ob sie in ihrer nationalen Rechtsordnung ein Schutzrecht *sui generis* etablieren oder Pflanzenzüchtungen im Rahmen des Patentrechts schützen wollen. Einzige Einschränkung dieses Grundsatzes gebot das sogenannte Doppelschutzverbot in Art. 1 Abs. 2 HS 2 UPOV⁷⁶, das bis zum heutigen Tage zu zahlreichen Auslegungsschwierigkeiten führt.⁷⁷ Hiernach konnte ein Vertragsstaat zwar generell beide Schutzrechte gewähren, solange im konkreten Fall eine botanische Gattung nur durch ein Schutzrecht geschützt wird.⁷⁸ Dies hatte zur Folge, dass die

⁷² Schade, in: GRUR Int. 1957, 322 (326).

⁷³ Mitt. Int. Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz, in: GRUR Int. 1954, 213 (215).

⁷⁴ UPOV in der Fassung von 2.12.1961: <https://www.upov.int/upovlex/en/conventions/1961/acEPA T 1961.html>. (zul. abgerufen am: 03.03.2021), damalige Vertragsstaaten: Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Niederlande.

⁷⁵ Schade/Pfanner, in: GRUR Int. 1962, 341.

⁷⁶ Der Begriff des Doppelschutzverbots wird von der Literatur in diesem Kontext teilweise kritisiert, da er im Patentrecht eigentlich für das Verhältnis von europäischen zu nationalen Patentschutznormen gebraucht wird, dazu näher in: Keukenschrijver, SortSchG, Einl. Rn. 15; und auch: Moufang, in: MüGemKomm EPÜ, Art. 53 Fn. 232.

⁷⁷ Aus heutiger Sicht bestehen starke Zweifel, ob die Vertragsstaaten diese weitreichende Bedeutung tatsächlich gewollt hatten, so etwa: Straus, in: GRUR Int. 1983, 591 (596).

⁷⁸ Tilmann, in: GRUR 2009, 361 (362).

Vertragsstaaten entweder nur ein Schutzrecht zur Verfügung stellen konnten oder dem Züchter eine Wahlpflicht auferlegt wurde.⁷⁹

Zum Zeitpunkt der Verabschiedung des EPÜ waren alle Vertragsstaaten Mitgliedsstaaten des UPOV. Die Erwägungen in Bezug auf den Patentierungsausschluss des Art. 53 lit. b EPÜ wurden daher immer unter dem Erfordernis der Übereinstimmung mit dem UPOV getroffen. Die Regelungen des UPOV müssen daher bei der historischen Interpretation als Grundlage der Entstehungsgeschichte angesehen werden.

Das UPOV⁸⁰ erfuhr seit seinem Inkrafttreten drei Revisionen in den Jahren 1972, 1978 und 1991. Als wichtigste Änderung ist die Streichung des Doppelschutzverbots aus Art. 2 UPOV in der Fassung von 1991 zu erwähnen. Die Änderung war heftig umstritten und von kontroversen Diskussionen im Vorfeld begleitet.⁸¹ Insbesondere die Entwicklung der Technik ließ den Doppelschutz als nicht zeitgemäß erscheinen.⁸²

Diese Revisionsänderungen können jedoch nicht in gleicher Weise wie die ursprünglichen Regelungen des UPOV zur Interpretation herangezogen werden, denn zum Zeitpunkt der Entstehung des EPÜ waren sie nicht absehbar und daher vom Gesetzgeber des EPÜ nicht mit umfasst. Der Umstand, dass alle Vertragsstaaten des EPÜ auch Mitgliedstaaten des UPOV sind, muss aber als Einflussfaktor auf das EPÜ gewertet werden. Die Regelungen und Entwicklungen des UPOV sind daher als spätere Übung zu beachten.

b. StraßbPatÜ

Das StraßbPatÜ zur Vereinheitlichung des materiellen Rechts der Erfindungspatente wurde im Jahre 1963 verabschiedet. Es trat aber erst am 1.8.1980 in Kraft.⁸³ Da das Übereinkommen nicht von allen Vertragsstaaten des EPÜ ratifiziert wurde, kann keine formelle Bindung an den Inhalt erfolgen. Aus den Travaux préparatoires ergibt sich jedoch, dass die Regelungen des EPÜ auf Grundlage der Entwürfe des StraßbPatÜ getroffen wurden.

⁷⁹ Der deutsche Gesetzgeber entschied sich zur Schaffung des Sortenschutzgesetzes, das erstmals ein eigenes gewerbliches Schutzrecht für Pflanzenzüchtungen etablierte und im Vergleich zum vorhandenen Saatgutgesetz einen stark erweiterten Anwendungsbereich aufweist, siehe dazu: *Metzger*, in: *Metzger/Zech*, Einf. B Rn. 3.

⁸⁰ UPOV i.d.F. von: 19.3.1991, insg. 75 Vertragsstaaten Liste der Vertragsstaaten:

<https://www.upov.int/export/sites/upov/members/de/pdf/pub423.pdf> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁸¹ *Pechmann/Straus*, in: *GRUR Int.* 1991, 507 (508).

⁸² Einen Überblick über die Meinungen vor der Revisionskonferenz gibt *Straus*, in: *GRUR Int.* 1990, 617ff.

⁸³ Dt. BGBl 1980, Teil II, 964.

Zusätzlich haben alle Mitgliedstaaten die Regelungen in ihr nationales Recht integriert.⁸⁴ Man kann daher von einer, wie es Haertel ausdrückt, „kalten Harmonisierung“ sprechen.⁸⁵ Zumindest als spätere Übung ist das StraßbPatÜ auch für das EPÜ heranzuziehen. Für die hier infrage stehenden Patentierungsausschlüsse kann das StraßbPatÜ allerdings weitestgehend außen vorbleiben. Art. 2b StraßbPatÜ gibt insoweit nur eine Erlaubnis an die Mitgliedstaaten, die Patentierung von Pflanzensorten und *im Wesentlichen biologischen Verfahren* zur Züchtung von Pflanzen und Tieren auszuschließen. Dies entspricht dem Wortlaut innerhalb des EPÜ, weshalb das StraßbPatÜ zwar formell zu beachten ist, aber im vorliegenden Fall keinen Erkenntnisgewinn bringt.⁸⁶

c. TRIPS

Das TRIPS ist ein internationales Übereinkommen, das im Zuge der Gründung der WTO 1994 verabschiedet wurde, um einen Mindeststandard zum Schutz verschiedener geistiger Eigentumsrechte zu garantieren.⁸⁷ Mitglieder des TRIPS-Übereinkommens sind alle WTO-Staaten und unter anderem die EU, daher auch alle Mitgliedstaaten der EU sowie nahezu alle Staaten des EPÜ mit Ausnahme von Serbien und Monaco.⁸⁸ Das EPA selbst ist nicht Mitglied des TRIPS. Die GBK setzte sich ungeachtet dessen mit der Anwendbarkeit der Bestimmungen auf das EPÜ auseinander.⁸⁹ Das Gericht wies daraufhin, dass internationale Verträge nur die unterzeichneten Vertragsparteien binden und somit das EPA nicht an die Vorschriften formell gebunden ist.

Das TRIPS-Übereinkommen enthält Mindeststandardbestimmungen, die von den Mitgliedstaaten in der Gewährung von geistigen Eigentumsrechten eingehalten werden müssen. Im Bereich der Pflanzenschutzrechte ist im Übereinkommen festgehalten, dass die Mitgliedstaaten für Pflanzen und *im Wesentlichen biologische Verfahren* keine Patente erteilen müssen. Pflanzensorten können jedoch nur dann vom Patentrecht ausgeschlossen werden, wenn von den Staaten ein Schutzsystem *sui generis* etabliert wird. Dem TRIPS ist somit zu entnehmen, dass den Mitgliedsstaaten durchaus ein Spielraum in der Ausgestaltung

⁸⁴ Kollé, in: Benkard EPÜ, Art. 1, Rn. 4.

⁸⁵ Ballreich/Haertel, in: RabelsZ 1989, 331 (339).

⁸⁶ Kraßer/Ann, Patentrecht, § 15 Rn. 2.

⁸⁷ Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 28 Rn. 12.

⁸⁸ Liste Mitgliedstaaten des TRIPS-Übereinkommen: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm, (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁸⁹ EPA GBK G 02/02 EG 3.2.

bleibt. Eingeschränkt wird dieser Entscheidungsspielraum durch das Erfordernis eines effektiven Systems. Insofern deckt sich die Ausgestaltung des TRIPS-Übereinkommens bewusst mit den Änderungen des UPOV zu Gunsten der Möglichkeit eines Patentschutzes und verstärkt somit die Neuerungen in Bezug auf die Patentrechtsöffnung im Bereich der Pflanzenzüchtungen.⁹⁰ Für die nachfolgende Analyse wird aber vorrangig das UPOV als speziellere Rechtsgrundlage zur Auslegung herangezogen.

d. BioTech-RL

Die BioTech-RL⁹¹ wurde am 6.7.1998 verabschiedet. Hierdurch wurde erstmals innerhalb der EU eine Verpflichtung zum Schutz von biotechnologischen Erfindungen etabliert.⁹² Die RL war lange Zeit stark umstritten und kam erst nach mehreren Vorschlägen zustande.⁹³ Auch nach Inkrafttreten blieb die RL nicht unumstritten. Der EuGH erklärte die RL schließlich für mit dem Europarecht vereinbar.⁹⁴ Unter anderem führten die Niederlande an, dass die BioTech-RL nicht mit den völkerrechtlichen Pflichten der Mitgliedstaaten vereinbar wäre. Der EuGH hingegen sieht zwar das Hindernis der Rechtsharmonisierung durch die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedsstaaten, wertet diese jedoch als Anregung, sich um eine Harmonisierung des EPÜ im Sinne der RL einzusetzen und nicht als Grund, dass keine Rechtsharmonisierung erreicht werden kann und somit die Erlassgrundlage nicht gegeben ist.⁹⁵ Jedoch ist dies in Bezug auf die Pflichten aus dem EPÜ schon aufgrund des Verhältnisses von völkerrechtlichen Übereinkommen und dem EU-Recht nicht möglich, da die EU als Staatengemeinschaft nicht am EPÜ beteiligt ist und somit von diesem auch nicht zur Einhaltung bzw. Achtung der Rechtsnormen verpflichtet sein kann.⁹⁶ Dies entspricht dem im Völkerrecht vorherrschenden Grundsatz, dass von völkerrechtlichen Übereinkommen nur die jeweils beteiligten Vertragsstaaten verpflichtet werden können. Eine inhaltliche Überprüfung bezüglich der Vereinbarkeit des EPÜ mit der BioTech-RL hat der EuGH deshalb nicht vorgenommen.

Aus Sicht der rechtlichen Entwicklung ist jedoch zu sagen, dass im Gegensatz zu den

⁹⁰ *Geuze*, in: *The making of the TRIPS agreement*, S. 123 (125); *Field*, in: *The making of the TRIPS agreement*, S. 129 (141).

⁹¹ RL 98/44/EG, in: der Fassung vom 6.7.1998, in: *Deutschland verspätet umgesetzt durch Gesetz vom 21.1.2005*.

⁹² *Kraßer/Ann*, *Patentrecht*, § 14 Rn. 4.

⁹³ Näheres dazu *Barton*, *Der "Ordre public" als Grenze der Biopatentierung*, S. 103-153.

⁹⁴ Die Nichtigkeitsklage wurde durch das Königreich der Niederlande erhoben, wobei Italien und Frankreich im Laufe des Verfahrens als Streithelfer beigetreten sind, EuGH C-377/98.

⁹⁵ EuGH C-377/98, Rn. 19-22.

⁹⁶ EuGH C-377/98, Rn. 52.

antiquierten zuvor besprochenen Rechtstexten die BioTech-RL auf einem fundamental anderen Stand entwickelt wurde. Insbesondere im Gegensatz zu den Vorschriften des EPÜ aus dem Jahre 1973 hatte der Unionsgesetzgeber über eine Biotechnologie zu entscheiden, die mit der herkömmlichen Pflanzenzüchtung nicht mehr vergleichbar ist. Für die anklingende Skepsis gegenüber der Patentierung von biotechnologischen Erfindungen war daher nicht mehr die fehlende Technizität, sondern ethische und moralische Bedenken verantwortlich.⁹⁷ Bedauerlicherweise wurden die moralischen Bedenken für die menschliche und tierische Genetik auch auf die pflanzenbasierte Biotechnologie ausgeweitet.⁹⁸

Die später gegründete EU und ihre Rechtsakte können aufgrund ihres großen Einflusses auf das Recht der Mitgliedsstaaten auch im Kontext des EPÜ nicht gänzlich unbeachtet bleiben.⁹⁹ Auch die EU verfolgt das Ziel der Rechtsvereinheitlichung innerhalb Europas, insbesondere in wirtschaftsrelevantem Kontext, gem. Art. 3 Abs. 3 EUV, und somit auch in Bezug auf geistige Eigentumsrechte, gem. Art. 118 AEUV. Trotz der formellen Unabhängigkeit des EPÜ gibt die RL in ihren Erwägungsgründen an, dass aufgrund von Unstimmigkeiten der Patentierungsvorschriften in internationalen Übereinkommen zum Patent- und Sortenschutz eine Harmonisierung erforderlich ist.¹⁰⁰

Diesem Ansatz ist im Grundsatz zuzustimmen. Nochmals sei darauf hingewiesen, dass die EU keine direkten Einflussmöglichkeiten auf internationale Übereinkommen hat, denen sie nicht selbst als Vertragspartner angehört.¹⁰¹ Nicht nur in tatsächlicher Hinsicht ist eine bindende Harmonisierung somit rechtlich nicht möglich, sondern es ist auch in völkerrechtlicher Hinsicht eine Anmaßung von Kompetenzen, die der EU schlicht nicht zusteht. Dies ist auch in der RL durch Art. 1 Abs. 2 BioTech-RL erwähnt, der die Verpflichtung der Mitgliedstaaten aufgrund anderer Übereinkommen unberührt lässt.

Innerhalb des EPÜ wurde aber autonom auf die RL reagiert. Das EPÜ wurde durch den Verwaltungsrat¹⁰² insoweit verändert, dass die Bestimmungen der BioTech-RL zwar nicht wörtlich in das EPÜ aufgenommen wurden, die Normen aber nun in Übereinstimmung mit

⁹⁷ *Sommer*, IIC 2008, 139 (149); so auch *Pick*, in: BT Drs. 14/5642 (17351).

⁹⁸ So auch *Hauser*, in: BT Drs. 14/5642 (17352); gegen diese Ansicht in derselben BT-Drs. *Höfken* (17353).

⁹⁹ *Mitteilung EPA*, EPA Abl. 1999, 573.

¹⁰⁰ BioTech-RL, EG 9.

¹⁰¹ Näher dazu, s. o. Erster Teil, III.2.f.

¹⁰² Die Befugnis der Änderung des EPÜ durch den Verwaltungsrat, um eine Übereinstimmung mit anderen internationalen Übereinkommen zu erreichen, wurde in der Revision EPÜ 2000 in Art. 33 Abs. 1b EPÜ eingeführt, näheres dazu: *Weiss*, in: GRUR Int. 2008,726; kritisch dazu: *Klopschinski*, in: GRUR Int. 2007, 555.

der Richtlinie ausgelegt werden sollen, siehe heute Reg. 26 Abs. 1 AOEPÜ:¹⁰³ „[...] Die Richtlinie 98/44/EG vom 6. Juli 1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen ist hierfür ergänzend heranzuziehen.“

Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist, dass die Implementierung in die AOEPÜ einstimmig — somit auch mit den Stimmen der Vertragsstaaten, die nicht EU-Mitgliedsstaaten sind — aufgenommen wurde.¹⁰⁴

Ziel war es, die BioTech-RL als Auslegungskriterium mit zu beachten.¹⁰⁵ Dadurch sollte im europäischen Patentrecht die von der EU gewünschte Rechtsangleichung erreicht werden. Da es sich bei einem Großteil der Mitgliedstaaten um Mitgliedstaaten der EU handelt, ist dieses Ziel grundsätzlich nachvollziehbar. Die Einbeziehung der BioTech-RL ergab jedoch einige praktische Probleme, die zu verschiedenen Unstimmigkeiten und Rechtsunsicherheit geführt haben.

Inwiefern diese Aufnahme sich auf den Patentierungsausschluss des Art. 53 lit. b EPÜ konkret auswirkt, wird für die jeweiligen Ausschlussgründe jeweils separat im Folgenden beleuchtet. Es bleibt jedoch grundsätzlich zu klären, wie der Verweis innerhalb der AOEPÜ auf das Recht der EU zu verstehen ist. Die breite Zustimmung der Mitgliedstaaten des EPÜ zeigt, dass eine Rechtsvereinheitlichung nachhaltig verfolgt werden sollte. Die Bestimmungen sind somit jedenfalls innerhalb ihres Wortlautes zu beachten. Es stellt sich aber die Frage, ob das EPÜ auch in Bezug auf die Auslegung an die EU gebunden ist. Um dem Ziel der Rechtsangleichung bestmöglich gerecht zu werden, ist es sinnvoll, den Verweis in der AOEPÜ als eine dynamische Interpretation der BioTech-RL anzusehen.¹⁰⁶ Allerdings stellen sich auch hierzu einige Probleme:¹⁰⁷

Für eine einheitliche Auslegung der Rechtstexte ist in der EU der EuGH zuständig, Art. 19 Abs. 1 AEUV. Auch wenn die EU-Kommission sich in Bezug auf die Frage des Patentierungsausschlusses des Öfteren zu Wort gemeldet hat, so ist die Gesetzesauslegung innerhalb der EU nicht ihre originäre Aufgabe. Auch kann der Verweis in der AOEPÜ

¹⁰³ Die Regel wurde wortlautgleich 1999 in Reg. 23b Abs. 1 EPÜ eingeführt.

¹⁰⁴ *Tilmann*, in: GRUR 2009, 361 (364).

¹⁰⁵ *Moufang*, in: Schulte PatG, § 2a/Art. 53 b/Reg. 26/27 EPÜ Rn. 11.

¹⁰⁶ Bisher unbeachtlich blieb insofern das Problem einer dynamischen Verweisung bei Änderung der RL, siehe zu dem grundsätzlichen Problem der dynamischen Verweisung auch: *Lehner*, in: Vogel/Lehner DBA, Rn. 185.

¹⁰⁷ Zu dem Problem der divergierenden Rechtsprechung innerhalb der nationalen Patentjurisdiktionen siehe auch: *Luginbühl*, in: GRUR Int. 2010, 97.

dahingehend nicht verstanden werden, dass die EU-Kommission eine Auslegungsbefugnis erhält. Falls es somit zu Auslegungsfragen in Bezug auf die BioTech-RL kommt, ist eine einheitliche, bindende Klärung nur durch den EuGH möglich. Aufgrund dessen, dass das Patentrecht in der EU nicht einheitlich geregelt ist und das EPA einen Großteil der Entscheidungen über die Erteilung der Patente trifft, wundert es nicht, dass die Bestimmungen der BioTech-RL noch nicht in nationalen Gerichtsentscheidungen zur Frage standen. Für ein Tätigwerden des EuGH bei Auslegungsfragen ist es aber erforderlich, dass ein mitgliedstaatliches Gericht eine Auslegungsfrage vorlegt, gem. Art. 267 AEUV. Die Definition des Begriffs „Gericht“ ist dabei nicht eindeutig in den Verträgen definiert. Das EPA und insbesondere die GBK scheinen jedoch nicht davon umfasst zu sein.¹⁰⁸ Dies kann abschließend nur der EuGH selbst entscheiden. Indizien für eine solche Entscheidung gibt das Urteil „Europäische Schulen“: Demnach ist eine Vorlage von Spruchkörpern aus internationalen Abkommen nicht möglich.¹⁰⁹ Allerdings hat der EuGH auch die Vorlageberechtigung des Benelux-Gerichtes akzeptiert, das nicht als einzelstaatliches Gericht, sondern als Gericht mehrerer Mitgliedsstaaten konzipiert ist.¹¹⁰ Man wird aber wohl sagen müssen, dass der EuGH jedenfalls eine Vorlageverpflichtung des EPA zu Auslegungsfragen in Zusammenhang mit der BioTech-RL ablehnen wird. Denn das EPA ist nicht nur ein Gericht von Mitgliedstaaten der EU, sondern auch von Nicht-Mitgliedstaaten. Bei einer Vorlage würde der EuGH eine bindende Entscheidung für alle Behörden und Gerichte der EPÜ-Vertragsstaaten treffen,¹¹¹ insbesondere aber eine bindende Entscheidung für das vorlegende Gericht.¹¹² Demnach wäre das EPA — in Form der GBK oder einer anderen Beschwerdekammer — an die Entscheidung gebunden. Dies führt inzident zu einer Bindung der nationalen Behörden, gem. Art. 2 Abs. 2 EPÜ i. V. m. Art. 64 Abs. 1 EPÜ, für die das Patent beantragt wurde und somit unter Umständen zu einer Bindungswirkung der Entscheidung des EuGH für nicht-mitgliedstaatliche Behörden.¹¹³

¹⁰⁸ A.A. Gruber, in: GRUR Int. 2009, 907 (911); siehe zur verfahrensrechtlichen Frage der Vorlagemöglichkeit innerhalb des EPÜ: EPA G 02/06.

¹⁰⁹ EuGH C-132/09, Rn. 43.

¹¹⁰ EuGH C-337/95, Rn. 23.

¹¹¹ Näheres zu der erga-omnes Wirkung von Entscheidungen des EuGH, *Wollenschläger*, in: NJW 2018, 2532.

¹¹² *Streinz*, in: Streinz EUV/AEUV, Art. 267 AEUV Rn. 68.

¹¹³ Zu der Frage der Bindung der nationalen Behörden an Entscheidungen des EPA und vor allem mögliche Rechtsschutzmaßnahmen, BVerfG vom 4. 4. 2001- 2 BvR 2368/99, das insoweit auf seine Entscheidungen in Bezug auf die Rechtsschutzmöglichkeiten, die in Zusammenhang mit den Entscheidungen „Solange I“ und „Solange II“ getroffen wurden, verweist.

Des Weiteren ist es auch fraglich, ob die Vertragsstaaten – insbesondere die nicht EU-Mitgliedstaaten – sich tatsächlich an die Rechtsprechung eines Gerichts binden wollten, auf deren Entscheidung sie keinerlei Einfluss ausüben können und das auch in keiner Weise demokratisch für diese Staaten legitimiert ist. Dies ist der entscheidende Unterschied zwischen dem EPA und dem Benelux-Gericht, da hier nur EU-Mitgliedstaaten, nämlich Belgien, Luxemburg und die Niederlande beteiligt sind. Ungeachtet dessen beruht auch dieses Gericht auf Grundlage eines zwischenstaatlichen Vertrags und ist insoweit auch vergleichbar mit den Beschwerdekammern des EPA.

Neben den unionsrechtlichen Bedenken hat allerdings auch die Beschwerdekammer des EPA selbst eine Vorlageberechtigung aus den Vorschriften des EPÜ abgelehnt.¹¹⁴ Demnach wird aus einem Verfahren vor dem EPA auch weiterhin keine Auslegungsfrage in Bezug auf die BioTech-RL an den EuGH gestellt werden. Aufgrund der großen praktischen Bedeutung des EPÜ, insbesondere im Bereich der Biotechnologie, wird daher wohl keine kompetente Auslegung der RL erfolgen,¹¹⁵ weshalb auch keine dynamische, bindende Interpretation des Verweises umsetzbar ist. Wie in der Vergangenheit bereits erfolgt, muss eine Harmonisierung deshalb aufgrund der freiwilligen Anpassung innerhalb des EPÜ erfolgen. Im Sinne der Rechtsvereinheitlichung ist hier eine dynamische Anpassung von Vorteil, die jedoch ihre Grenzen im Vertragstext des EPÜ finden muss.

V. Schlussfolgerung für die Vorgehensweise der Auslegung der Patentierungsausschlüsse

Das EPÜ ist in erster Linie anhand seiner eigenen Regelungen auszulegen. Priorität haben hierbei die Regelungen des EPÜ Vertragstexts, die im Falle einer Regelungslücke die AOEPÜ ergänzt werden. Nur für den Fall, dass diese Regelungen einen Entscheidungsspielraum lassen, kann ergänzend auf andere Regelungen und rechtliche Entwicklungen zurückgegriffen werden. Hierbei ist die BioTech-RL fokussiert zu betrachten, da ein Großteil der Vertragsstaaten auch diesen Regelungen unterworfen ist.

Von großer Bedeutung sind auch die Regelungen des UPOV, auf deren Grundlage das EPÜ entstanden ist und auf deren Regelungen die Vertragsstaaten auch bei der Verabschiedung des EPÜ mehrfach Bezug genommen haben. Hingegen von untergeordneter Bedeutung für

¹¹⁴ Näheres dazu ziehe unter Zweiter Teil, II.4.

¹¹⁵ So auch *Zech/Uhrich*, in: Metzger/Zech: § 3/R. 26,27 AOEPÜ Rn. 32.

die Auslegung sind die Regelungen des TRIPS, die wenn überhaupt eine gewisse Indizwirkung für die Auslegung innehaben können.

Zweiter Teil: Die Ausschlussgründe des Art. 53 lit. b EPÜ

Grundsätzlich ist durch Art. 17 Abs. 2 GrCh jeder EU-Mitgliedsstaat zur Gewährung der Eigentumsfreiheit, auch im Bereich des geistigen Eigentums, verpflichtet.¹¹⁶ Dieser Pflicht kann sich ein Staat nicht durch eine Übertragung von Hoheitsrechten entziehen.¹¹⁷ Deshalb ist auch das EPÜ zur Wahrung der Eigentumsfreiheit verpflichtet. Ausprägung findet dies in Art. 52 EPÜ, der Erfindungen grundsätzlich für patentierbar erklärt.

Art. 53 lit. b EPÜ normiert die Ausnahmetatbestände der patentierbaren Erfindungen aus Art. 52 EPÜ. Für eine Ausnahme des eigentlich verpflichtend zu gewährenden Schutzes ist dies nur unter strengen Voraussetzungen möglich.

Die Betrachtung der beiden Ausschlusstatbestände — Pflanzensorten einerseits und *im Wesentlichen biologische Verfahren* zur Züchtung von Pflanzen andererseits — erfolgt auf Grundlage der oben aufgeführten Auslegungsregelungen in Anlehnung an die WVK. Hierfür wird jeweils zunächst der Wortlaut betrachtet (siehe I.1./II.1.), im Anschluss erfolgt dann eine historische (siehe I.2./II.2.) und systematische Betrachtung (siehe I.3./II.3.) sowie eine Darlegung von Auslegungsfragen, die sich an Praxisfällen orientiert (siehe I.4./II.4.). Für den Ausschluss der Pflanzensorten wird zudem ein Vergleich zu den Besonderheiten des Sortenschutzrechts vorgenommen (siehe I.5.). Abgeschlossen wird die Betrachtung jeweils durch eine Bewertung aller Auslegungsüberlegungen (Zweiter Teil-I.6/ II.5.).

Für die Bearbeitung außer Betracht bleibt der Patentierungsausschluss des Art. 53 lit. a EPÜ wegen Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung, der zwar theoretisch auch in Bezug auf Pflanzen angewandt werden kann, in der Praxis und Literatur jedoch keinerlei Bedeutung hat.¹¹⁸

¹¹⁶ Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 17 Rn. 10.

¹¹⁷ Streinz/Kokott, in: Streinz EUV/AEUV, Art. 52 Rn. 1-3.

¹¹⁸ Zech/Uhrich, in: Metzger/Zech, § 2/Art. 53 Rn. 11.

I. Pflanzensorten

Gem. Art. 53 lit. b Var. 1 EPÜ sind Pflanzensorten vom Patentschutz ausgeschlossen. Dies scheint zunächst einleuchtend, wenn man bedenkt, dass es für Pflanzensorten ein eigenes gewerbliches Schutzrecht, das Sortenschutzrecht, gibt. Hierdurch sollen Doppelansprüche und Wertungswidersprüche verhindert werden. Das Sortenschutzrecht kann innerhalb der EU entweder als nationales Schutzrecht oder als Gemeinschaftsschutzrecht für das gesamte Gebiet der EU erlangt werden. Sowohl die nationalen Sortenschutzrechte als auch das Gemeinschaftliche Sortenschutzrecht sind stark durch die BioTech-RL geprägt. Durch eine nationale bzw. europäische Regelung ist jedoch nicht automatisch impliziert, dass der Begriff „Pflanzensorte“ übereinstimmend auszulegen ist. Es ist somit zu prüfen, was im EPÜ unter dem Begriff Pflanzensorte zu verstehen ist. Hierzu wird nicht nur Art. 53 lit. b Abs. 1 Var. 1 EPÜ ausschlaggebend sein, sondern auch Reg. 26 Abs. 4 AOEPÜ.

1. Begriff „Pflanzensorte“

Auf Grundlage der anzuwendenden Auslegungsregelungen ist zunächst der Wortlaut („ordinary meaning“) zu beachten. Hierfür sind alle Originalsprachen des EPÜ gleichrangig heranzuziehen:

- In der englischen Fassung: „Plant variety“
- In der französischen Fassung: „variété végétale“
- In der deutschen Fassung: „Pflanzensorten“

In allen drei Originalsprachen ist die Ausnahme somit durch einen zweiteiligen Begriff gekennzeichnet. Das EPA hat in einer der ersten Entscheidungen zu Pflanzenpatenten festgestellt, dass der Begriff „Pflanzensorte“ nicht mit dem Begriff „Pflanze“ gleichgesetzt werden kann.¹¹⁹ Dies ergibt sich auch aus den übereinstimmenden Wortlautbezeichnungen, die im Gegensatz zu der Ausnahme bei Tierrassen — „animal varieties“, „races animales“, „Tierarten“ einheitlich in das EPÜ von 1973¹²⁰ aufgenommen wurden.¹²¹

Der Begriff „Pflanze“ in seinem wörtlichen Sinne stammt aus der Botanik und zeichnet sich

¹¹⁹ EPA, EPA T 49/83, EG 4; EPA G 01/98, EG 03.1.

¹²⁰ Problematisch dazu EPA T0315/03, EG 011.2.; inzwischen wurde der Text des EPÜ durch die Revision im Jahre 2000 geändert und der Begriff „Tierart“ durch den Begriff „Tierrasse“ ersetzt, (Änderungen einsehbar auf: http://archive.epo.org/epo/pubs/oj008/04_08/special_edition_4_epc_2000_synoptic_de.pdf (zul. aufgerufen am: 03.03.2021)).

¹²¹ *Straus*, in: FS 100 Jahre gewerblicher Rechtsschutz, S. 409 Rn. 64.

als funktionell-ökologische Umschreibung aus: Pflanzen sind lebende Organismen – ausgenommen Tiere –, die Photosynthese betreiben und meist mit dem Erdboden verbunden sind.¹²²

„Pflanzensorte“ hingegen ist ein Begriff, der rechtlich determiniert wurde, um züchterische Leistungen zu umschreiben. Der Begriff ist somit unabhängig vom biologischen Begriff „Sorte“ zu verstehen.¹²³ Der erste Versuch einer internationalen Umschreibung des Begriffs wurde in Art. 2 Abs. 2 UPOV 1961 wie folgt aufgenommen:

„[Pflanzensorte umfasst] alle Zuchtsorten, Klone, Linien, Stämme und Hybriden¹²⁴, die so angebaut werden können, dass sie den Bestimmungen [der Homogenität und Beständigkeit] entsprechen.“

Eine regelkonforme Definition mit subsumierbaren Tatbestandsmerkmalen konnte hieraus jedoch nicht abgeleitet werden.¹²⁵ Eine Umschreibung erfolgte vielmehr über die Schutzrechtsvoraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 UPOV.¹²⁶ Demnach musste eine Sorte zumindest unterscheidbar, homogen, beständig und neu sein. Diese Definition wurde bei der Revision des EPÜ allerdings als nicht mehr zeitgemäß angesehen. Ungeachtet dessen konnten sich die Vertragsstaaten nicht auf eine neue Definition einigen, weshalb die Umschreibung ersatzlos gestrichen wurde.¹²⁷ Diese Unstimmigkeiten im internationalen Kontext müssen zu der Erkenntnis führen, dass auch die Vertragsstaaten des EPÜ die Umschreibung nicht für eine Definition zugrunde gelegt haben.¹²⁸ Eine Einschränkung des Wortlautes kann daher nicht durch das UPOV von 1961 vorgenommen werden.

Erst im Jahre 1991 wurde eine neue Definition in das UPOV aufgenommen und somit innerhalb der UPOV Mitgliedsstaaten anerkannt. Gem. Art. 1 Abs. vi UPOV von 1991 ist eine Pflanzensorte demnach:

¹²² Boenigk/Wodniok, Biodiversität und Erdgeschichte S. 236.

¹²³ EPA T 49/83.

¹²⁴ Als Hybride werden Kreuzungen verschiedener Zuchtlinien beschrieben, wodurch oftmals eine deutliche Leistungssteigerung im Vergleich zu den aus Inzucht hervorgegangenen Elternpflanzen entsteht, s. *dfG*, in: Pflanzenzüchtung und Grüne Gentechnik, S. 21, näheres zu Hybridpflanzen, siehe: Zweiter Teil, I.4.b.

¹²⁵ Metzger, in: Metzger/Zech, Einf. C, Rn. 2, *Sterckx/Cockbain*, Exclusion from Patentability, S. 26.

¹²⁶ Neumeier, Sortenschutz und/oder Patentschutz für Pflanzenzüchtungen S. 68.

¹²⁷ Newsletter UPOV Nr. 16, S. 7; der Begriff „Sorte“ wurde lediglich als passender Begriff im Sinne von „Art“, „Typ“ angesehen und daher verwendet, *Sterckx/Cockbain*, Exclusion from Patentability, S. 238.

¹²⁸ Ein Hinweis, dass die Vertragsstaaten das UPOV bei den vorbereitenden Arbeiten mit in Betracht gezogen haben zeigen die Travaux préparatoires EPÜ 1973, Art. 53 S. 20, 57; abrufbar unter:

[http://webserv.epo.org/projects/babylon/tpepc73.nsf/0/27A1A8E9B04F2802C1257435003FADCA/\\$File/Art53dPCTBE1973.pdf](http://webserv.epo.org/projects/babylon/tpepc73.nsf/0/27A1A8E9B04F2802C1257435003FADCA/$File/Art53dPCTBE1973.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

„[...] eine pflanzliche Gesamtheit innerhalb eines einzigen botanischen Taxons der untersten bekannten Rangstufe, die, unabhängig davon, ob sie voll den Voraussetzungen für die Erteilung eines Züchterrechts entspricht,

- *durch die sich aus einem bestimmten Genotyp oder einer bestimmten Kombination von Genotypen ergebende Ausprägung der Merkmale definiert werden kann,*
- *zumindest durch die Ausprägung eines der erwähnten Merkmale von jeder anderen pflanzlichen Gesamtheit unterschieden werden kann und*
- *in Anbetracht ihrer Eignung, unverändert vermehrt zu werden, als Einheit angesehen werden kann;“*

Auf diese Definition kann jedoch aus mehreren Gründen nicht ohne Weiteres als „ordinary meaning rule“ zurückgegriffen werden. Hierzu sei nochmals erwähnt, dass das EPÜ als zwischenstaatliches Übereinkommen nicht an das UPOV gebunden ist. Des Weiteren ist zu bedenken, dass Art. 53 lit. b EPÜ und somit auch der Begriff „Pflanzensorte“ bereits vor Einführung der Definition der UPOV entstanden ist. Die Definition aus der UPOV 1991 kann somit ebenfalls nicht als Auslegungskriterium für den sprachlichen Kontext des Gesetzgebers angesehen werden.

Als weitere Auslegungsregelung kann der natürliche Sprachgebrauch herangezogen werden. Da es sich bei Pflanzensorten um biologische Organismen handelt, kommt eine Definition aus Sicht einer fachkundigen Person im Bereich der Botanik in Frage. In Art. 1 ICNCP wurde als Sorte bzw. Cultivar Folgendes definiert:

„[...] eine Ansammlung von kultivierte[n] Individuen, die sich durch (morphologische, physiologische, zytologische, chemische oder andere) Merkmale auszeichnen, die für land-, forst- oder gartenwirtschaftliche Zwecke von Bedeutung sind und bei ihrer Reproduktion (sexuell oder ungeschlechtlich) ihre Unterscheidungsmerkmale weiterbehalten.“¹²⁹

Kernstück des ICNCP war es, eine einheitliche Regelung für die Bezeichnung neuer Pflanzensorten zu treffen.¹³⁰ Hierfür war als Grundlage erforderlich, dass ein gemeinsamer Rahmen für die Voraussetzungen der Sorte getroffen werden. In den Unterlagen zur Vorbereitung des EPÜ sind keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber

¹²⁹ Gilmour, in: Gardens Bull 17, S. 215 (216).

¹³⁰ Danert, in: Die Kulturpflanze Vol. 12/1, S. 481 (481).

sich mit den Bestimmungen der ICNCP auseinandergesetzt hat. Auch in der Literatur wurde der Kodex in Zusammenhang mit dem UPOV nur bezüglich einer einheitlichen Sortenbezeichnung diskutiert und nicht hinsichtlich der enthaltenen Definition einer Pflanzensorte an sich.¹³¹

Jedoch könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass sich aus der „ordinary meaning rule“ per se ergibt, dass sich Begriffe nach dem Verständnis einer diesbezüglich fachkundigen Person ergeben. Dafürsprechen würde, dass die Schutzrechte eben die Erzeugnisse eines Pflanzenzüchtungsprozesses schützen sollen und jene durch ihre Fachkenntnis den direkten Blick auf schützenswerte Ergebnisse haben. Andererseits ist der vom ICNCP festgelegte Begriff „Sorte“ mehr eine „nutzungstechnische Einheit“, die eine naturwissenschaftliche Basis für einen gemeinsamen Austausch bilden soll.¹³² Die juristische Definition hingegen soll einen gewissen züchterischen Erfolg als geistiges Eigentum schützen und ist daher von ihrer Verwendungsweise unterschiedlich zur naturwissenschaftlichen Definition.¹³³ Auch sind keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich, die darauf hindeuten, dass der Gesetzgeber bei der Entstehung der EPÜ das ICNCP mit in Betracht gezogen hat. Hierfür passend sagt auch die WVK aus, dass der Wortlaut im Lichte des Vertragsobjekts und seiner Zielsetzung auszulegen ist¹³⁴ und nicht auf den losgelösten abstrakten Wortsinn beschränkt werden soll.

Aus dem Wortlaut kann daher keine abschließende Einschränkung gesehen werden, wie der Begriff „Pflanzensorte“ zu verstehen ist. Aus dem Wortlaut geht lediglich hervor, dass die Bezeichnung auf botanische Organismen beschränkt ist und dass ein gewisser, aus dem Wortlaut nicht näher definierbarer, züchterischer Erfolg geschuldet ist.

2. Historische Entwicklung

Bei der Auslegung des Begriffs „Pflanzensorte“ muss die historische Entwicklung der Vorschrift mitbedacht werden, um nachvollziehen zu können, auf welchen Grundgedanken der Patentierungsausschluss fußt und welche Veränderungen stattgefunden haben.

¹³¹ So auch *Wuesthoff/Reda*, in: GRUR Int. 1973 633 und *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und europäisches Sortenschutzrecht § 2 Rn. 170.

¹³² *Neumeier*, Sortenschutz und/oder Patentschutz für Pflanzenzüchtungen S. 69.

¹³³ Zustimmend zu einer patentrechtlich autonomen Definition: *Moufang*, in: MüGemKom, Art. 53 EPÜ Rn. 69.

¹³⁴ *Linderfalk*, in: ZaöRV 2018, 1.

a. Entstehung des Art. 53 lit. b EPÜ

Der Ausschluss von Pflanzensorten ist seit dem Abschluss des Übereinkommens von 1973 wortlautgleich in Art. 53 lit. b EPÜ enthalten.

Historisch betrachtet ist der Patentierungsausschluss für Pflanzensorten auf das im UPOV von 1961 und Art. 2 b StraßbPÜ¹³⁵ enthaltene „Doppelschutzverbot“ aus dem Jahre 1963 zurückzuführen.¹³⁶ Aufgrund des UPOV-Abkommens haben einige Staaten ihre Patentgesetze geändert. Die Anpassung in Deutschland erfolgte per Gesetz vom 4.9.1967.¹³⁷ Aus heutiger Sicht lassen sich die Erwägungen, die zum Doppelschutzverbot geführt haben, nicht mehr einwandfrei nachvollziehen.¹³⁸ Man kann jedoch vermuten, dass die Vertragsparteien Bedenken hatten, ob die Pflanzenzüchtungen und deren Ergebnisse die anerkannten Voraussetzungen der Wiederholbarkeit und gewerblichen Verwertung erfüllten¹³⁹ — was sich auch aus dem Gesagten zum technischen Stand der Biotechnologie in der Mitte des 20. Jahrhunderts ergibt. Ebenso wurde bezweifelt, dass die Erfindungsbeschreibungen den Erfordernissen der Genauigkeit entsprechen können.¹⁴⁰ Diese kritischen Fragen und Bewertungen konnten durch die Möglichkeit, ein eigenes Schutzrecht zu etablieren, umgangen werden, ohne zu gefährden, dass einige Staaten dem Vertrag nicht zustimmen. Ein zwingender Patentierungsausschluss für Pflanzensorten ergibt sich aus dem UPOV von 1961 jedoch nicht.

Des Weiteren könnten auch Befürchtungen von Unstimmigkeiten bei der Überlappung verschiedener Schutzrechtssysteme zu einem Patentierungsausschluss beigetragen haben, da vor Abschluss des EPÜ einige Vertragsstaaten¹⁴¹ bereits ein Sortenschutzrecht etabliert hatten.¹⁴² Dies würde auch die diskussionslose Auflockerung mit dem Beitritt der USA erläutern¹⁴³ — in den USA bestanden beide Schutzrechtssysteme für Pflanzensorten seit

¹³⁵ EPA T0083/05, Rn. 38; bestätigt in: EPAG 01/98 EG 03.4.; so auch *Haertel, Haertel-Studie*, S. 15.

¹³⁶ *Moufang*, in: MüGemKom Art. 53, Rn. 65 oder auch *Tilman*, in: GRUR 2009, 361 (363).

¹³⁷ BGBl. 1967, 953; auch wurde das Doppelschutzverbot teilweise explizit in die nationalen Sortenschutzregelungen aufgenommen, bspw. in Deutschland § 56 SortschG von 1968; dazu auch GRUR Int. 1962, Heft 7/8 Sonderveröffentlichung.

¹³⁸ *Hacker*, Die fehlende Legitimation der Patentierungsausschlüsse, S. 107, auch in *Schades/Pfanners* umfassenden Beitrag zum UPOV ist keine Erklärung enthalten, in: GRUR Int. 1962 341 (345).

¹³⁹ *Straus*, in: GRUR 1992, 252 (259); EPAG 01/98 EG 03.4.

¹⁴⁰ US Court of Appeals for the Federal Circuit 19.01.2000 1 U 872/99-217= GRUR 2000, 946 (947).

¹⁴¹ Dänemark, Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Niederlande, Schweden.

¹⁴² So etwa: *Hacker*, Die fehlende Legitimation der Patentierungsausschlüsse, S. 111; auch *Moufang* sieht in den abgeschlossenen Bemühungen des UPOV den Hauptgrund für einen Patentierungsausschluss innerhalb des EPÜ, *Moufang*, in: MüGemKomm, Art. 53 EPÜ Rn. 64.

¹⁴³ *Straus*, in: FS 100 Jahre gewerblicher Rechtsschutz, S. 376 Rn. 17.

Jahren unproblematisch nebeneinander, weshalb für die USA keine Notwendigkeit zur Änderung bestand.

Zwingend hingegen war, dass die Vertragsstaaten ein wirksames gewerbliches Schutzrecht für Pflanzensorten einführen, gem. Art. 2 Abs. 1 UPOV. Ungeachtet dessen kann die UPOV als Denkanstoß für einige Staaten gewertet werden, ein eigenständiges Sortenschutzrecht zu etablieren, um den vorgeschriebenen Schutzstandard zu erreichen. So hat beispielsweise Deutschland aufgrund der UPOV ein Sortenschutzgesetz erlassen, das zum 1.7.1968 in Kraft getreten ist.¹⁴⁴

Ob darüber hinaus zum damaligen Zeitpunkt schon moralische Bedenken eine Rolle gespielt haben, lässt sich nicht nachweisen. Ein Hinweis darauf, dass die Gründer jedoch nur einen sehr eingeschränkten Patentierungsausschluss statuieren wollten, ist nicht ersichtlich. Aus den Travaux Préparatoires zum EPÜ 1973 sind keinerlei ethische oder moralische Bedenken zu Pflanzensorten angegeben. Vielmehr wird auf das UPOV verwiesen und der Hinweis gegeben, dass die Neuheitsprüfung für Pflanzensorten durch eine Anbauprüfung stattfinden soll, die für das EPÜ so nicht vorgesehen ist.¹⁴⁵

Im Zuge dessen musste innerhalb des EPÜ eine Regelung aufgenommen werden, die Pflanzensorten von der Patentierung ausschließt, um zu verhindern, dass Staaten mit Sortenschutzrecht auch eine Patenterteilung akzeptieren müssen. Dies bedeutete jedoch nicht, dass es allen Staaten des EPÜ verboten war, Patente auf Pflanzensorten zu erteilen, sondern nur, dass eine europäische Patentanmeldung über das EPA nicht möglich war.

b. Wegfall des Doppelschutzverbots und Definitionsaufnahme

Die revidierte Fassung des UPOV von 1991 enthielt erstmals kein Doppelschutzverbot für Pflanzensorten.¹⁴⁶ Direkte Auswirkungen auf Art. 53 lit. b EPÜ können hieraus zwar nicht abgeleitet werden,¹⁴⁷ jedoch zeigt der Wegfall eine Wahrnehmungsänderung in der internationalen Gemeinschaft. Im Gegensatz dazu haben sich die Vertragsparteien des EPÜ bisher nicht auf eine Änderung der Vorschrift geeinigt. Der Patentierungsausschluss für Pflanzensorten ist daher unverändert in Art. 53 lit. b Var. 1 EPÜ enthalten.

¹⁴⁴ Gem. § 63 SortenschutzG, in: BGBl. 1968, 429.

¹⁴⁵ *Haertel*, in: Hartel-Studie, S. 15.

¹⁴⁶ *Straus*, in: GRUR: 1992, 252 (265).

¹⁴⁷ Das EPA selbst ist nicht Mitglied des UPOV, jedoch waren alle Mitgliedstaaten des EPÜ bis auf Griechenland, Luxemburg und Österreich als Vertragsstaaten an das UPOV gebunden, *Moufang*, in: MüGemKom, Art. 53 Fn. 237.

Zusätzlich zur Bestimmung im EPÜ wurde durch den Verwaltungsrat 1999 eine Definition der Pflanzensorte in Reg. 23 b Abs. 4 AOEPÜ aufgenommen.¹⁴⁸ Die Regelung wurde inhaltsgleich in der revidierten Fassung von 29.11.2000 in Reg. 26 Abs. 4 AOEPÜ übernommen.¹⁴⁹ Die Regelung enthält eine eigenständige Definition des Begriffs „Pflanzensorte“, die deckungsgleich zu Art. 5 Abs. 2 GemSort-VO ist¹⁵⁰ – dies ist laut der Erwägungsgründe in der GemSort-VO auf die bezweckte Rechtsharmonisierung zurückzuführen. Diese prinzipiell begrüßenswerte Entwicklung hin zu einer stärkeren Rechtsharmonisierung zeigt sehr deutlich die Abhängigkeit des EPÜ von den Rechtsetzungsakten der EU.

3. Systematik

Die systematische Stellung kann weitreichende Aufschlüsse über die Einordnung der Patentierungsausschlüsse geben. Im Folgenden wird auf die Stellung der Norm im Gesamten einzugehen sein sowie die Stellung des konkreten Patentierungsausschlusses innerhalb der Norm. Im Anschluss daran werden die korrespondierenden Ausführungen in der AOEPÜ im systematischen Kontext eingeordnet.

a. Innerhalb des EPÜ

Die Patentierungsausschlüsse befinden sich im zweiten Kapitel des EPÜ unter dem Titel „*Materielles Patentrecht*“ und somit außerhalb des Kernbereichs der verfahrensrechtlichen Vorschriften.¹⁵¹ Die materiell-rechtlichen Vorschriften sind elementarer Bestandteil des EPÜ, um einen gemeinsamen Rahmen für die erteilten Patente sicherzustellen.¹⁵² Aus der Stellung des Art. 53 EPÜ als eigenständige Norm ergibt sich außerdem, dass der Gesetzgeber für den Ausschluss nicht an die generellen Erfordernisse der Erfindung anknüpft,¹⁵³ und somit eine Patentierung auch im Bereich der lebenden Natur durchaus gegeben sein kann.¹⁵⁴

Der Ausschlussstatbestand ist in Zusammenhang mit der Gesamtnorm des Art. 53 EPÜ zu

¹⁴⁸ AOEPÜ in der Fassung vom 5. Oktober 1999:

[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/F28062B18FB50F9FC1258061005CC357/\\$File/european_patent_convention_10th_edition_jan_2000.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/F28062B18FB50F9FC1258061005CC357/$File/european_patent_convention_10th_edition_jan_2000.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

¹⁴⁹ AOEPÜ in der Fassung vom 29.11.2000:

http://archive.epo.org/epo/pubs/oj007/01_07/special_edition_1_epc_2000.pdf (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

¹⁵⁰ *Zech/Uhrich*, in: Metzger/Zech, § 2a PatG Rn. 12.

¹⁵¹ *Kolle*, in: Benkard EPÜ, Art. 1 Rn. 3.

¹⁵² Die Wirkung eines Patents richtet sich nach den unterschiedlichen nationalen Vorschriften, jedoch sind Schutzdauer und -umfang, sowie die Gültigkeit durch das EPÜ harmonisiert, so: *Haedicke*, Patentrecht, Kap. 4 Rn. 24.

¹⁵³ *Fitzner*, in: Benkard EPÜ, Art. 53 Rn. 2

¹⁵⁴ EPA T49/83 EG 01.

betrachten. Der Ausschluss für Pflanzensorten ist Teil der Vorschrift, die Erfindungen unabhängig vom Stand der Technik und der Erfüllbarkeit keine Patentierung gewährt.¹⁵⁵ Dabei kann lit. a) als allgemeiner moralischer Ausschluss angesehen werden, lit. b) als Patentierungsausschluss im Gebiet der Biotechnologiepatentierung und lit. c) als medizinischer Ausschlussbestand. Die Patentierungsausschlüsse sind in der Literatur stark umstritten. Insbesondere wird von einigen Autoren darauf hingewiesen, dass ein Patentierungsverbot weder mit einem Verwendungsverbot noch einem Verbreitungsverbot gleichzusetzen ist.¹⁵⁶ Einzige Auswirkung des Patentierungsausschlusses sei die Unmöglichkeit der Monopolisierung der bereits abgeschlossenen Erfindung. Andererseits weisen einige Autoren zu Recht darauf hin, dass bei Verwendungs- und Verwertungsrestriktionen ohne Patentierungsverbot gewisse Wertungswidersprüche entstehen würden. Diese Wertungen sind bei einem Verstoß gegen die öffentliche Ordnung nachvollziehbar. Denn würde die Verwendung einer patentierten Erfindung gegen ein Gesetz verstoßen, so wäre es auch nicht sinnvoll, den Erfinder hierfür durch ein Schutzrecht zu belohnen. Dies kann aber nur dann als Argument herangezogen werden, wenn tatsächlich Vorschriften vorliegen, die eine Verwendung verbieten. In Bezug auf Pflanzensorten sind hierzu keine Vorschriften ersichtlich. Die von der EU aufgestellten Regelungen zum Anbau genveränderter Pflanzen sind jedenfalls keine Verwendungsvorschriften, sondern dienen lediglich der Modifikation der Verwendung.

In der Literatur wird teilweise auch vertreten, dass die Ausschlussgründe nicht sachlich zusammengehörig sind.¹⁵⁷ Dieser Ansicht kann jedoch nicht ohne Weiteres gefolgt werden. Nach den vor allen in den letzten Jahren aufkommenden Diskussionen um die Patentfähigkeit bestimmter biologischer Erfindungen, muss Art. 53 EPÜ als moralische Ausschlussnorm angesehen werden, die es ermöglicht, dass eine Erfindung, die eigentlich alle Patentierungsvoraussetzungen erfüllt, nicht monopolisiert werden kann.¹⁵⁸ Bei sämtlichen Ausnahmetatbeständen schwingt die Befürchtung des Gesetzgebers mit, dass durch eine mögliche Patentierung gesellschaftspolitische Wertungen unterlaufen bzw. missachtet werden. Insofern besteht zwischen den Gründen ein politischer Zusammenhang, der in der

¹⁵⁵ *Kraßer/Ann*, Patentrecht, Vor § 13 Rn. 1.

¹⁵⁶ *Hacker*, Die fehlende Legitimation der Patentierungsausschlüsse S. 12.

¹⁵⁷ *Mellullis*, in: Benkard EPÜ, Art. 53, Rn. 1.

¹⁵⁸ *Hacker*, Die fehlende Legitimation der Patentierungsausschlüsse, S. 21, oder auch *Mellullis*, in: Benkard PatG, § 2 Rn. 6; *Rogge*, in: GRUR 1998, 303 (309); *Trips-Hebert/Grund*, in: PharmR 2007, 397 (408).

Betrachtung nicht außer Acht gelassen werden sollte. Im Gegensatz zu Art. 53 lit. a EPÜ kann diese jedoch nicht so einfach mit dem Gedanken der Rechtsstaatlichkeit angenommen werden.

Insgesamt ist festzustellen, dass Art. 53 lit. b EPÜ in der Systematik des Art. 53 EPÜ als gesetzgeberischer Ausschluss angesehen werden muss, der keine zwingende rechtliche Legitimation aufweist.

Art. 53 lit. b EPÜ beschäftigt sich mit Ausschlüssen auf dem Gebiet der Biologie.¹⁵⁹ Beachtenswert an dieser Stelle ist die parallele Verwendung der Begriffe „Pflanzensorte“ und „Pflanze“. Diese parallele Verwendung innerhalb einer Vorschrift kann den Schluss zulassen, dass der Gesetzgeber bewusst zwei verschiedene Begriffe eingesetzt hat.¹⁶⁰ Die TBK geht in ihrer Entscheidung davon aus, dass der intendierte Unterschied die züchterische Tätigkeit ist. Wörtlich genommen würde dies jedoch bedeuten, dass die TBK der Meinung ist, dass ein Züchter nur Pflanzensorten entdecken kann, nicht aber Pflanzen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Wie oben bereits erläutert handelt es sich bei dem Begriff „Pflanze“ um einen botanischen Begriff, der auch die Organismen mitumfasst, die einer züchterischen Leistung entsprungen sind. Man kann aber anzweifeln, dass dem Gesetzgeber diese feinsinnige Untergliederung bei der Entstehung des EPÜ bewusst war. Durch die parallele Nutzung kann zumindest angenommen werden, dass der Gesetzgeber nicht den botanischen Begriff „Pflanze“ an sich von der Patentierung ausschließen wollte.

Behält man im Hinterkopf, dass zum Zeitpunkt der Erarbeitung des EPÜ bereits eine international etablierte Definition der Pflanzensorte durch Art. 1 Abs. vi UPOV terminiert war und einige Vertragsstaaten dem UPOV unterworfen waren, so muss angenommen werden, dass für Pflanzensorte die Definition des UPOV maßgebend war.¹⁶¹ Das UPOV wurde dabei nicht nur zum Schutz der Pflanzenpopulation, sondern ausweislich auch zum Schutz der Pflanzenzüchter etabliert.¹⁶² Man kann daher davon ausgehen, dass der Gesetzgeber nicht nur natürlich vorkommende Pflanzensorten, sondern auch solche, die durch das Eingreifen von Mensch und Technik entstanden sind, von der Patentierung ausschließen und dies durch die parallele Verwendung der Begriffe „Pflanze“ und „Pflanzensorte“ deutlich machen wollte.

¹⁵⁹ *Melullis*, in: Benkard EPÜ Art. 53, Rn. 1.

¹⁶⁰ EPA T49/83.

¹⁶¹ Dies wird auch durch die Einführung von Reg. 26 IV AOEPÜ unterstrichen, die wortlautgleich zur Regelung des UPOV ausgestaltet ist.

¹⁶² Präambel UPOV 1961.

Es stellt sich zudem in Zusammenhang mit den teilweise existierenden Sortenschutzrechten die Frage, ob als Voraussetzung für einen Patentierungsausschluss die Eintragung beziehungsweise die Eintragungsfähigkeit in das Sortenschutzregister vorausgesetzt wird. Für die Voraussetzung der Möglichkeit der Eintragung spricht einerseits, dass keine Widersprüche zwischen den Schutzrechtsregimen entstehen können, wenn eine Pflanzensorte nicht eintragungsfähig ist. Andererseits sind die weiteren Bedenken, die die Vertragsstaaten bei der Konstitution des EPÜ hatten — insbesondere die Wiederholbarkeit, gewerbsmäßige Verwendung und Genauigkeit der Beschreibung — auch dann vorhanden, wenn Pflanzensorten den Eintragungsvoraussetzungen nicht entsprechen.

Des Weiteren kann aus der systematischen Stellung zu Tierrassen, die auch in Art. 53 lit. b EPÜ von der Patentierung ausgeschlossen wurden, darauf geschlossen werden, dass eine Eintragungsfähigkeit oder tatsächliche Eintragung nicht erforderlich ist, denn für Tierrassen ist ein eigenes Schutzrecht weder auf nationaler noch internationaler Ebene verfügbar und somit keine Voraussetzung für den Patentierungsausschluss.¹⁶³ Begründet wird der Patentierungsausschluss für Tierrassen insbesondere mit der überholten Vorstellung, dass Tierrassen das Ergebnis von Züchtungsvorgängen sind, die rein natürliche Prozesse und somit keine technischen Erfindungen sein können.¹⁶⁴ Als weiteres Argument gegen die Voraussetzung der Eintragungsfähigkeit spricht, dass es zwischen den Vertragsstaaten keine Möglichkeit gibt, ein Sortenschutzrecht zu erlangen und so keine allgemein gültigen Voraussetzungen für eine Eintragungsfähigkeit gefunden werden können.¹⁶⁵ Es würde dem Konzept der Harmonisierung zuwiderlaufen, die Voraussetzungen eines bestimmten Staats bzw. der EU oder sämtliche nationale Regelungen kumuliert heranzuziehen. Dies wäre auch rechtspraktisch gesehen äußerst schwierig, da die Möglichkeit von konträren nationalen Regelungen gegeben ist.

Ein weiteres Indiz gegen eine Eintragungsfähigkeit ergibt sich aus der rechtsgeschichtlichen Betrachtung des Art. 53 lit. b EPÜ: Zur Zeit der Entstehung des EPÜ war in einigen nationalen Gesetzen — wie § 2 Nr. 2 PatG — noch vorgesehen, dass nur solche Pflanzensorten von der Patentierung ausgeschlossen sind, die im Artenverzeichnis aufgeführt sind und somit

¹⁶³ *Fitzner*, in: BeckOK PatR, Art. 53, Rn. 48, kritisch hierzu: *Kraßer/Ann*, Patentrecht, § 14 Rn. 44 und auch *Ischbeck*, Die Patentierung von Tieren, S. 150 ff.

¹⁶⁴ *Melullis*, in: Benkard PatG, § 2a, Rn. 44; so auch *Kraßer* mit weiterführenden Hinweisen, in: GRUR Int. 2018. 1138 (1141).

¹⁶⁵ EPA G 01/98 EG 03.4.

Sortenschutz erlangen können.¹⁶⁶ Eine derartige Voraussetzung ist innerhalb des EPÜ aber nicht zu finden.

Die Eintragungsfähigkeit bzw. tatsächlich beantragte Eintragung eines Sortenschutzrechts kann nicht als Voraussetzung für den Patentierungsausschluss herangezogen werden. Der Begriff „Pflanzensorte“ ist somit innerhalb der Norm nur durch die Parallelität zur Tierrasse qualifizierbar.

b. Im Zusammenhang mit der AOEPÜ

Um den Begriff „Pflanzensorte“ in die Systematik des EPÜ vollständig einordnen zu können, sind zusätzlich noch die einschlägigen Bestimmungen der AOEPÜ heranzuziehen.

In der ersten Fassung der AOEPÜ aus dem Jahre 1973 war keine Definition oder Erwähnung des Begriffs „Pflanzensorte“ enthalten.¹⁶⁷ Erstmals eingeführt wurde eine Definition der Pflanzensorte in die AOEPÜ im Jahre 1999.¹⁶⁸ In Reg. 26 Abs. 4 AOEPÜ¹⁶⁹ wird Pflanzensorte wie folgt definiert:

"Pflanzensorte" ist jede pflanzliche Gesamtheit innerhalb eines einzigen botanischen Taxons der untersten bekannten Rangstufe, die unabhängig davon, ob die Bedingungen für die Erteilung des Sortenschutzes vollständig erfüllt sind,

a) durch die sich aus einem bestimmten Genotyp oder einer bestimmten Kombination von Genotypen ergebende Ausprägung der Merkmale definiert,

b) zumindest durch die Ausprägung eines der erwähnten Merkmale von jeder anderen pflanzlichen Gesamtheit unterschieden und

c) in Anbetracht ihrer Eignung, unverändert vermehrt zu werden, als Einheit angesehen werden kann.

Da die AOEPÜ nachrangig zum EPÜ zu betrachten ist, ist zunächst festzustellen, dass die Definition der AOEPÜ der Regelung im EPÜ nicht widerspricht. Das EPÜ selbst enthält wie

¹⁶⁶ *Beier/Moufang*, in: FS 100 Jahre gewerblicher Rechtsschutz, S. 314 Rn. 96.

¹⁶⁷ AOEPÜ in der Fassung von 1973,

[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/735C9A9E9EDA7132C12580890036FC32/\\$File/epc_1973.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/735C9A9E9EDA7132C12580890036FC32/$File/epc_1973.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

¹⁶⁸ Reg. 23 b Abs. 4 AOEPÜ, vom 13. 10.1999, abrufbar unter:

[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/F28062B18FB50F9FC1258061005CC357/\\$File/european_patent_convention_10th_edition_jan_2000.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/F28062B18FB50F9FC1258061005CC357/$File/european_patent_convention_10th_edition_jan_2000.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021 13.1.2020).

¹⁶⁹ Vormals Reg. 23 b AOEPÜ.

festgestellt keinerlei Definition und lässt innerhalb seiner Systematik nur feststellen, dass eine Pflanzensorte nicht gleichzusetzen ist mit dem botanischen Begriff „Pflanze“ und dass als Voraussetzung nicht angesehen werden kann, dass die Erlangung eines Sortenschutzrechts vorausgesetzt wird. Dies ist in der AOEPÜ jedoch ausdrücklich im Einklang mit der systematischen Auslegung des EPÜ gegeben („*unabhängig davon, ob die Bedingungen für die Erteilung des Sortenschutzes vollständig erfüllt sind*“). Hierdurch werden die oben angeführten Erwägungen nochmals bestätigt.

Des Weiteren ist die Entstehungsgeschichte der Regelung beachtenswert. Diese wurde zwar vom Verwaltungsrat beschlossen,¹⁷⁰ entspricht aber den Anforderungen, die von den Beschwerdekammern zuvor in verschiedenen Verfahren aufgestellt wurden.

c. Ergebnis der systematischen Auslegung

Aus der systematischen Analyse ist somit festzuhalten, dass eine Pflanzensorte nach der Definition der Reg. 26 Abs. 4 AOEPÜ definiert werden kann und muss. Zu unterscheiden sind insbesondere Pflanzen und Pflanzensorten. Die Parallelität zu den enthaltenen Tierrassen in Art. 53 lit. b EPÜ lässt den Rückschluss zu, dass keine Kopplung an die Erlangung eines Sortenschutzrechts geknüpft ist. Dies ist erstaunlich, da der Patentierungsausschluss nach der Begründung des EPÜ Gesetzgebers die Vermeidung von Wertungswidersprüchen mit dem Sortenschutzrecht gewährleisten wollte. Aus den oben wiedergegebenen Erwägungen ergibt sich aber, dass dies nicht ohne Weiteres möglich ist.

4. Praxisrelevante Auslegungsfragen

Trotz den Konkretisierungen in der AOEPÜ ergeben sich aber ungeklärte Abgrenzungsfragen, die vor allem durch die Rechtspraxis geschlossen werden müssen. Der Rechtsauslegungspraxis des EPA kommt daher umso mehr Bedeutung zu. Neben der rechtlichen Entwicklung zeigen die Entscheidungen aber auch, wie sich die Technik weiterentwickelt hat. Im Gegensatz zu den technischen Fortschritten blieb die rechtliche Grundlage für den Patentierungsausschluss unverändert.

Der folgende Abschnitt soll nicht nur die Entwicklung darstellen, sondern auch kritische Stellung gegenüber der Entscheidungspraxis des EPA beziehen und insbesondere die

¹⁷⁰ Zur Zuständigkeit des Verwaltungsrats des EPA, siehe auch: *Kraßer/Ann*, Patentrecht, § 7 Rn. 60f.

Unstimmigkeiten der Entscheidungen untereinander aufzeigen.

a. Definitionsübernahme aus dem Sortenschutzrecht

Erstmals mit der Auslegung des Begriffs „Pflanzensorte“ beschäftigt hat sich die TBK des EPA im Jahre 1983.¹⁷¹ Zur Entscheidung stand ein Patent, das durch die Behandlung von Pflanzen mit schwefelhaltigen Oxim-Verbindungen eine Herbizid Resistenz hervorruft.¹⁷²

Die TBK beschloss den Begriff „Pflanzensorte“ aus Sicht einer fachkundigen Person zu bestimmen, nämlich einem fachkundigen Pflanzenzüchter. Eine Pflanzensorte sei dem Wortlaut demnach, *„eine Vielzahl von Pflanzen, die in ihren Merkmalen weitgehend gleich sind und nach jeder Vermehrung oder jedem Vermehrungszyklus innerhalb bestimmter Toleranzgrenzen gleichbleiben.“*¹⁷³ Die Beschwerdekammer weist auch ausdrücklich darauf hin, dass davon ausgegangen werden muss, dass der Begriff „Pflanzensorte“ gleichzusetzen ist mit dem Begriff „Pflanzensorte“ innerhalb der Sortenschutzrechte. Denn aus der gesetzgeberischen Intention ergäbe sich, dass der Ausschluss gewählt wurde, um Konflikte durch Überschneidungen zu verhindern.¹⁷⁴ Nicht näher geht die TBK darauf ein, auf welches Sortenschutzrecht hier abgestellt wird. Einige der Vertragsstaaten des EPÜ — u. a. Deutschland — hatten nämlich vor Abschluss des EPÜ bereits nationale Sortenschutzrechte etabliert, die durch das neue Abkommen nicht berührt werden sollten.¹⁷⁵

Eine genauere Betrachtung der Definitionsmerkmale erfolgt in der Entscheidung nicht, stattdessen führt die Beschwerdekammer aus, dass der Ausschluss der Pflanzensorten auf den Kernbereich der Pflanzenzüchtung, also die genetische Veränderung der Pflanzen, beschränkt ist. Somit kann schlussendlich festgehalten werden, dass sich der Ausschluss auf ein marktfähiges äußeres Erscheinungsbild einer Pflanze ergibt.¹⁷⁶ Hiervon nicht erfasst ist eine anderweitige Behandlung der Pflanze, selbst wenn es sich um die Behandlung des Vermehrungsgutes handelt, solange das Endprodukt keinem dem Sortenschutz entsprechenden lebenden Organismus entspricht.¹⁷⁷ Die Beschwerdekammer begrenzt den Begriff „Pflanzensorte“ somit auf ein Erzeugnis, das aufgrund einer genetischen Veränderung

¹⁷¹ EPA, T 49/83.

¹⁷² EP 79103164.4.

¹⁷³ EPA T 49/83 EG 02.

¹⁷⁴ EPA T 49/83, EG 4.

¹⁷⁵ *Sterckx/Cockbain*, Exclusion from Patentability, S. 234; *Moufang*, in: MüGemKom, Art. 53 EPÜ Rn. 64.

¹⁷⁶ *Teschmacher*, in: FS Nirk 70. Geburtstag, S. 1005 (1010).

¹⁷⁷ EPA T 49/83 EG 4.

entstanden ist.

Als weiteres Kriterium dafür, dass im vorliegenden Fall keine Pflanzensorte angenommen werden kann, sieht die Kammer, dass durch die Behandlung nicht unterscheidbare Pflanzensorten entstehen können, sondern jegliche Art von Kulturpflanze.¹⁷⁸ Dies ist insofern konsequent, als dass dadurch keine Überschneidungen mit dem Sortenschutz entstehen können und die von der TBK angenommene Intention des Gesetzgebers — die Vermeidung von Wertungswidersprüchen mit den Sortenschutzrechten — so ausgeschlossen werden kann.

b. Anwendung für Hybridpflanzen

Eine weitere Kontroverse bildet die Patentfähigkeit von Hybridpflanzen, sowie deren Entwicklung und Herstellung. Es stellt sich hierbei die Frage, ob ein derartiges Erzeugnis als Pflanzensorte deklariert werden muss und somit dem Patentierungsausschluss unterliegt. Die Rechtsprechung begründet den Ausschluss mit der Schutzwürdigkeit der Pflanzenzüchter, deren Interessen für einige Vertragsstaaten ein individuell angepasstes Schutzrecht notwendig erscheinen lassen.¹⁷⁹ Die Kammer weist auch darauf hin, dass eine Definition der Pflanzensorte weder im EPÜ selbst noch im botanischen Fachjargon zu finden ist.¹⁸⁰

Anders als bei der bloßen Definition des Pflanzensortenbegriffs muss sich hier jedoch mit den Wirkungsmechanismen der Pflanzenzüchtung und dem Sortenschutzrecht genauer befasst werden, denn es handelt sich um gentechnisch entwickelte Pflanzen. Eingeschränkt ist der Begriff „Pflanzensorte“ in Anlehnung an die Sortenschutzrechte durch die Voraussetzungen der „Homogenität“ und „Stabilität“.¹⁸¹ Anders als der Erfindungsbegriff des Patentrechts wird der Sortenbegriff hierbei über seine Eintragungsvoraussetzungen bestimmt.¹⁸²

Für die Kammer lag hierin das Argument, wieso der Patentierungsausschluss nicht angenommen werden kann. Angemeldet wurde das Patent nämlich für eine Hybridpopulation. Als Hybridpflanze werden Pflanzen bezeichnet, die durch die Kreuzung von Inzuchtlinien entstanden sind. Diese Hybride bilden sehr starke Charakteristika (den

¹⁷⁸ *Herring*, Biopatentierung und Sortenschutz S. 96, *Kraßer/Ann*, Patentrecht, § 14 Rn. 93; unter „Kulturpflanze“ versteht man Pflanzen, die aus wild wachsenden Pflanzen durch den Menschen angepflanzt und weitergezüchtet wurden, in: *Becker*, Pflanzenzüchtung S. 261.

¹⁷⁹ EPA T 0320/87, EG 12.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ EPA T 0320/87, EG 13.

¹⁸² *Graaf*, in: GRUR Int. 1990, 629 (633).

sogenannten Heterosiseffekt) aus, die jedoch nur in der ersten Nachkommengeneration auftreten.¹⁸³ Eine weitere geschlechtliche Vermehrung mit den Hybridpflanzen würde nämlich entgegen den Voraussetzungen der Homogenität im Sortenschutzrecht nicht zu Pflanzen mit gleichen Merkmalen führen.¹⁸⁴ Eine stabile Pflanzenpopulation, die homogen ist, sei daher nicht gegeben und somit auch keine Pflanzensorte.¹⁸⁵

Bemerkenswert ist, dass die Rechtsprechung sich auf Voraussetzungen eines Schutzrechts stützt, auf die das EPA und die Vertragsstaaten des EPÜ keinerlei Einfluss haben. Zwar ist die Definition angelehnt an einen weitgehend gemeinsamen Kontext des UPOV, dem die meisten Vertragsstaaten angehören und der auch in den nationalen Sortenschutzgesetzen zu finden ist. Ungeachtet dessen sind die Voraussetzungen und die Ausgestaltung der Sortenschutzrechte nicht vereinheitlicht, sondern unterliegen nationalen und somit multiplen Schutzrechtssystemen.¹⁸⁶

In einer neueren Entscheidung jedoch kam die TBK zu dem Ergebnis, dass auch Hybridpflanzen von einer Patentierbarkeit ausgeschlossen werden können.¹⁸⁷ Dies kann nicht überzeugen, da Hybridpflanzen aufgrund der fehlenden Homogenität auch nicht sortenschutzrechtlich geschützt werden können und somit das Argument der widersprechenden Schutzsysteme nicht angebracht werden kann.¹⁸⁸ Allerdings ist auch zu beachten, dass die Entscheidung aus dem Jahr 2007 bisher weder bestätigt wurde noch durch die GBK eine einheitliche Rechtsprechungsänderung stattgefunden hat. Man kann daher die berechtigte Prognose stellen, dass diese Änderung nicht allgemein gültig ist und es sich vielmehr um eine Einzelfallabweichung handelt.

c. Ausdehnung des Patentierungsausschlusses auf im Wesentlichen abgeleitete Sorten

Zur Entscheidung stand ein Patent, das

„durch Gentechnologie erhaltene und gegen Glutaminsynthetase- Inhibitoren resistente

¹⁸³ Weiterführende Information zur Wirkungsweise der Hybridzüchtung: *Gentschew/Sagromsky*, Die Kulturpflanze 11, S. 507 f.

¹⁸⁴ EPA T 0320/87, EG 13.

¹⁸⁵ So etwa *Sterckx/Cockbain*, Exclusion from Patentability, S. 198; auch zu finden bei: *Moser*, GRUR Int. 1998, 209 (210); *Kraßer/Ann*, Patentrecht, § 14 Rn. 94.

¹⁸⁶ Daran ändert auch nicht die 1994 verabschiedete GemSort-VO, da nicht alle EPÜ-Vertragsstaaten Mitgliedstaaten der EU sind.

¹⁸⁷ EPA T 788/07.

¹⁸⁸ *Bostyn*, in: TJoWIP 2013, 105 (111).

*Pflanzenzellen [erzeugt.]*¹⁸⁹

Dabei wird in eine bereits vorhandene Pflanze ein Enzym eingesetzt, das in dieser Pflanze zu einer Herbizitresistenz führt.¹⁹⁰ Diese Eigenschaft wird durch natürliche Vermehrung auch auf die nachfolgenden Generationen übertragen.¹⁹¹ Das Patent unterstreicht die Funktionsweise und Reinerbigkeit anhand einer Tabakpflanze.¹⁹²

Zusätzlich sollten die Erzeugnisse dieses Verfahrens als Pflanze und Pflanzenzelle mit „*nichtsortenspezifische[r] enzymatischer Wirkung*“ zur Neutralisation des Glutaminsynthese-Inhibitor dienen.¹⁹³ Als „Glutaminsynthese“ wird ein enzymatischer Vorgang innerhalb einer Pflanze beschrieben, der für den Abbau von Glutaminsäure verantwortlich ist und für die Fortpflanzung einer Pflanze essenziell ist.¹⁹⁴

In diesem Rahmen stellte sich sodann die Frage, ob die durch das Patent beantragten Erzeugnisse, nämlich Pflanzenzellen, Pflanzenteile und Pflanzen an sich¹⁹⁵ als Pflanzensorte zu qualifizieren sind.

Bemerkenswert ist an dieser Stelle, dass das Argument des Doppelschutzverbots aus dem UPOV hier nicht mehr zu beachten war. Denn durch die Revision des UPOV im Jahre 1991 wurde das Doppelschutzverbot aufgehoben.¹⁹⁶ Das von den Vertragsstaaten angeführte Hauptargument für den Patentierungsausschluss ist somit entfallen. Die TBK beachtete die internationalen Entwicklungen allerdings nicht, sondern konterkarierte diese vielmehr durch ihre sehr strikte Auslegung.¹⁹⁷ Die erstaunlich defensive Haltung der Kammer kann insofern möglicherweise auf den Beschwerdeführer, die Umweltorganisation Greenpeace, zurückgeführt werden. Der Beschwerdeführer hatte eine starke moralische Komponente in die Entscheidung miteingebracht.¹⁹⁸ Dies ist zwar insofern nicht zu beanstanden, als dass

¹⁸⁹ EP 0242236 (urspr. EP 86400521), S. 1.

¹⁹⁰ EP 0242236 (urspr. EP 86400521), S. 15.

¹⁹¹ EP 0242236 (urspr. EP 86400521), S. 14.

¹⁹² EP 0242236 (urspr. EP 86400521), S. 41.

¹⁹³ EP 0242236 (urspr. EP 86400521), u. a. Patentanspruch Nr.: 14, 21.

¹⁹⁴ Näheres zur Wirkungsweise der Glutaminsynthese: *Klinkhammer*, in: *Archiv für Mikrobiologie* 33, S. 357 f.

¹⁹⁵ EP 0242236 (urspr. EP 86400521), S. 55 f., Patentanspruch: 16 f.

¹⁹⁶ *Moser*, in: *GRUR Int.* 1998, 209 (210).

¹⁹⁷ In Folge dessen legte der Präsident des EPA die Frage der GBK vor, da er eine Divergenz zu den Entscheidungen T 49/83 und EPA T 19/90 sah. Die GBK sah jedoch die Voraussetzungen zur Vorlage aus Art. 112 Abs. 1b EPÜ für nicht gegeben an und lehnte die Entscheidung ohne inhaltliche Prüfung ab, siehe: EPA G 03/95, EPA Abl. 1996, 169.

¹⁹⁸ *Biber-Klemm*, in: *Biber-Klemm/Cottier*, S. 93, siehe hierzu auch die eingereichten nicht patentrechtlichen Unterlagen durch Greenpeace in das Verfahren EPA T 0356/93 vom 9.7.1991, abrufbar unter: <https://register.epo.org/application?number=EP87400141undtab=doclist> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

Greenpeace auch einen Verstoß des Patents gegen die öffentliche Ordnung aus Art. 53 lit. a EPÜ geltend gemacht hat, aber doch ein wichtiger Indikator, welche Argumentationsschiene Greenpeace in dem Verfahren verfolgte. Und auch die TBK übernahm diese Argumentation in seiner Entscheidung.

Anders als die Einspruchsabteilung, die das Patent in vollem Umfang gewährte,¹⁹⁹ lehnte die TBK den Patentanspruch für Pflanzensamen deshalb ab,²⁰⁰ weil es sich bei den Erzeugnisansprüchen um Pflanzensorten handle.²⁰¹ Als Definition legte die Beschwerdekammer dabei den in der Revisionsakte von 1991 festgelegten Begriff zugrunde aus Art. 1 Abs. 1 vi UPOV, wonach eine Pflanzensorte eine „*pflanzliche Gesamtheit innerhalb eines einzigen botanischen Taxons der untersten Rangstufe, die unabhängig davon, ob sie nach dem UPOV-Übereinkommen schutzfähig wäre, durch mindestens ein übertragbares Merkmal, das sie von anderen pflanzlichen Gesamtheit unterscheidet, gekennzeichnet und in ihren maßgebenden Merkmalen hinreichend homogen und beständig ist.*“²⁰² Die Kammer stellt auf die Neuformulierung des UPOV ab, die eine Sorte unabhängig vom Vorliegen der vollen Erteilungsvoraussetzungen als Pflanzensorte ansieht.²⁰³ Das UPOV wollte damit jedoch nicht die Pflanzensorte definieren, sondern die Voraussetzungen, die eine Pflanzensorte erfüllen muss, um Schutzrechte zu erhalten. Veranschaulicht werden kann dies an folgendem Beispiel: Eine Sorte, die zuvor schon auf den Markt gebracht wurde, kann nicht eingetragen werden, da sie nicht neuartig ist. Einen Ausfluss auf die Sorteneigenschaft hat dies jedoch nicht.

Aus dieser Definition ergeben sich mehrere Besonderheiten:

Einerseits ist in der gesamten Entscheidung kein Hinweis darauf zu finden, dass die Definition der Pflanzensorte anders ausgelegt wird als in der bisherigen Rechtsprechungspraxis, die die Eintragungsfähigkeit zu Definitionszwecken ablehnte. Des Weiteren weicht die Entscheidung ohne weiteren Hinweis davon ab, dass der Begriffsbestimmung nun nicht mehr das Verständnis einer fachkundigen Person, sondern die Definition des UPOV zugrunde gelegt

¹⁹⁹ EPA AEbt. am 15.2.1993, EP 0242236, abgedr. in: GRUR Int. 1993, 865.

²⁰⁰ EP 0242236 (urspr. EP 86400521), S. 56, Patentanspruch 21: “Seeds according to claim 20, which -are 15 capable of germinating into a plant capable of producing seeds having a non-variety-specific enzymatic actvxvty capable of inactivating or neutralizing glutamxne synthetase inhibitors”.

²⁰¹ EPA T 0356/93, EG 40.5.

²⁰² EPA T 0356/93, EG 23.

²⁰³ EPA T 0356/93, EG 23, *Straus*, Rechtsgutachten, S. 27.

wird, dem das EPÜ nicht unterworfen ist. Jedoch wird diese Definition auch nicht in ihrer Gesamtheit, sondern nur teilweise – also unvollständig – wiedergegeben. Und zusätzlich wird der Begriff „Pflanzensorte“, der seit 1973 im EPÜ enthalten ist, nun ohne weitere Erläuterung durch einen Begriff ersetzt, der erst 1991, also nach Verabschiedung des EPÜ, eingebracht wurde.²⁰⁴

Der in den Patentansprüchen enthaltene Zusatz der nicht-sortenspezifischen Wirkung wurde von der Kammer so ausgelegt, dass der Anmelder die Wirkung als nicht-pflanzenspezifisches Kriterium ansieht, durch das eine neue eintragungsfähige – also unterscheidbare – Pflanzensorte entsteht.²⁰⁵ Dies sah jedoch die Kammer nicht als Argument für eine Patentierbarkeit an. Vielmehr argumentiert die Kammer im Folgenden, dass die neu entstandenen Pflanzen zwar nicht als neue Pflanzensorte, aber immerhin als *im Wesentlichen abgeleitete Sorten* gelten müssen und somit auch als Pflanzensorte zu bezeichnen sind.²⁰⁶ Die Beschreibung „*im Wesentlichen abgeleitete Sorte*“²⁰⁷ ist in der vorliegenden Entscheidung als Ergebnis eines (gentechnischen) Fortpflanzungsverfahrens mit bekannten Pflanzen Ausgangsmaterial, das ein neues, die Pflanze unterscheidbares, Merkmal aufweist. Der Begriff „*im Wesentlichen abgeleiteten Sorte*“ ist eine aus dem Sortenschutzrecht stammende Schutzbereichserweiterung.²⁰⁸ Damit erfasst werden Pflanzen, die zwar deutlich unterscheidbar zur Ausgangssorte sind, aber für ein eigenes Schutzrecht noch zu nahe an der verwendeten Ausgangssorte liegen.²⁰⁹ Die Kammer legt somit anders als in den zuvor ergangenen Entscheidungen den Begriff „Pflanzensorte“ weiter aus als der eigentliche Wortlaut dies suggeriert. Auch maßt sich die Kammer durch die Entscheidung an, dass sie eine im Sortenschutzrecht sehr differenziert ausgestaltete Definition „*im Wesentlichen abgeleiteten Sorte*“ selbst auslegen kann.

Die Vorgehensweise der Kammer ist in vielerlei Hinsicht problematisch. Zum einen geben die Auslegungsgrundsätze eine derartige Auslegung schlicht nicht her, weshalb man insofern von einer Kompetenzüberschreitung sprechen muss. Des Weiteren nimmt die Kammer rechtliche

²⁰⁴ Straus, Rechtsgutachten, S. 24.

²⁰⁵ EPA T 0356/93, EG 40.3.

²⁰⁶ EPA T 0356/93, EG 40.4.

²⁰⁷ In der englischen Originalfassung der Entscheidung wurde der Ausdruck „essentially derived varieties“ verwendet, siehe EPA T 0356/93 EG 40.4.

²⁰⁸ *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und europäisches Sortenschutzrecht, § 3 Rn. 20; kritisch dazu *Schrell*, in: GRUR Int. 1995, 978 (986).

²⁰⁹ *Godt*, in: Metzger/Zech, § 10 Rn. 43.

Bewertungen des Sortenschutzes vor, für dessen Auslegung es weder zuständig noch fachlich kompetent aufgestellt ist – nicht ohne Grund ist für den Sortenschutz eine eigene Unionsbehörde, das CPVO, als eigenständige Fachbehörde zuständig.

Des Weiteren argumentiert die TBK, dass durch den Prozess immer eine Pflanzensorte als Produkt des Prozesses entsteht, da anders als bei vorherigen Entscheidungen²¹⁰ die Merkmale in die nächste Generation durch geschlechtliche Vermehrung weitergegeben werden können.²¹¹ Dass dieses Merkmal laut Auffassung der Patentanmelder pflanzensortenunspezifisch zum Ausdruck kommt,²¹² lehnte die TBK mit dem Argument ab, dass durch diese Formulierung der Patentierungsausschluss nur umgangen werden soll.²¹³ Es ist aber zu bedenken, dass das Ergebnis des Verfahrens zwangsläufig immer eine Pflanzensorte ist, und daher keine Patentierung stattfinden könne.²¹⁴ Die Kammer entschied sich somit letztendlich gegen jegliche Patentierung von genveränderten Pflanzen, die in ihrer Population beständig sind.²¹⁵

Neben den weitreichenden rechtlichen Besonderheiten zeigt die Entscheidung die ethische und politische Brisanz des Themas einmal mehr durch den Kläger des Verfahrens. Dabei handelt es sich nicht, wie sonst üblich, um einen Konkurrenten des Anmelders (Plant Genetic Systems N.V. – das biotechnologische Unternehmen ist inzwischen Teil der Bayer-Gruppe),²¹⁶ sondern um die international tätige Umwelt- und Naturschutzorganisation Greenpeace. Diese begann bereits in den frühen 1990er-Jahren mit der Blockade gegen gentechnische Erfindungen, indem die Organisation gegen Patentanmeldungen vorging.

d. Verdeutlichung der Rechtsunsicherheiten Ende des 20. Jahrhunderts

Zur Veranschaulichung siehe die nachstehende Tabelle, die die bisherigen unterschiedlichen Definitionen der Pflanzensorte aufzeigt und einen Hinweis liefert, weshalb innerhalb des EPÜ derart große Rechtsunsicherheit bestand.

Art. 2 Abs. 2 UPOV sowie T49/83 und	Art. 1 vi UPOV von 1991 (Grundlage die	EPA T 0356/93
--	--	---------------

²¹⁰ EPA T 0320/87, EG 12.

²¹¹ EPA T 0356/93, EG 40.4.

²¹² EP 0242236 (urspr. EP 86400521), u. a. Patentanspruch 21 und S. 14, 43.

²¹³ Auch *Schatz* führt aus, dass das Patent wohl nur für Tabakpflanzen, die grds. in Form von Sorten angebaut werden, bestimmt war in: GRUR Int. 1997, 588 (592).

²¹⁴ EPA T 0356/93, EG 40.7, 42.

²¹⁵ *Straus*, Rechtsgutachten, S. 6.

²¹⁶ <https://pitchbook.com/profiles/company/61020-91#overview> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

EPA T 0320/87 (minimale Ergänzungen in Klammern)	Entscheidung EPA T 356/93 (erging)	
<p>eine Vielzahl von Pflanzen,</p> <p>die in ihren Merkmalen weitgehend gleich sind („Homogenität“)</p> <p>und nach jeder Vermehrung oder jedem Vermehrungszyklus innerhalb bestimmter Toleranzgrenzen gleichbleiben („Stabilität“)</p>	<p>eine pflanzliche Gesamtheit innerhalb eines einzigen botanischen Taxons der untersten bekannten Rangstufe,</p> <p>die, unabhängig davon, ob sie voll den Voraussetzungen für die Erteilung eines Züchterrechts entspricht,</p> <p>- durch die sich aus einem bestimmten Genotyp oder einer bestimmten Kombination von Genotypen ergebende Ausprägung der Merkmale definiert werden kann,</p> <p>- zumindest durch die Ausprägung eines der erwähnten Merkmale von jeder anderen pflanzlichen Gesamtheit unterschieden werden kann und</p> <p>- in Anbetracht ihrer Eignung, unverändert vermehrt zu werden, als Einheit angesehen werden kann</p>	<p>eine pflanzliche Gesamtheit innerhalb eines einzigen botanischen Taxons der untersten bekannten Rangstufe,</p> <p>die unabhängig davon, ob sie nach dem UPOV-Übereinkommen schutzfähig wäre,</p> <p>durch mindestens ein übertragbares Merkmal [gekennzeichnet],</p> <p>dass sie von anderen pflanzlichen Gesamtheiten unterscheidet,</p> <p>und in ihren maßgebenden Merkmalen hinreichend homogen und beständig ist.</p>

Um die nachfolgenden Auslegungsfragen nach Ende des 20. Jahrhunderts richtig einschätzen zu können, soll daher zuerst der status quo zum Zeitpunkt der Entscheidung zusammengefasst dargestellt werden. Hierbei wird nicht nur die Entwicklung innerhalb des EPÜ, sondern im gesamt europäischen (internationalen) Kontext beleuchtet.

Der ehemals undefinierte Begriff „Pflanzensorte“ wurde durch die Rechtsprechung der TBK entscheidend geprägt. Diese orientierte sich jedoch nicht nur an den EPÜ-immanenten Rechtsquellen, sondern auch sehr stark an internationalen Übereinkünften, insbesondere der UPOV.

Die offensichtlichste Entwicklung ist in der Einschränkung der Pflanzengruppe zu sehen. Das Merkmal der „Vielzahl von Pflanzen“²¹⁷ wurde durch die Einschränkung auf „eine pflanzliche Gesamtheit innerhalb eines einzigen botanischen Taxons der untersten bekannten Rangstufe“ eingeschränkt. Insbesondere die unterste bekannte Rangstufe kann als Einschränkung der

²¹⁷ EPA G 49/83, EG 02.

einheitlichen Erscheinungsform angesehen werden.²¹⁸ Diese Einschränkung ist nachweislich aufgrund der veränderten Definition innerhalb des UPOV entstanden.²¹⁹

Die zweite Änderung betrifft die Ausprägung der phänotypischen Merkmale. In T49/83 wird diese Voraussetzung durch die weitgehend gleiche Merkmalsausprägung gekennzeichnet. Hierin lässt sich ein Definitionsansatz auf Grundlage der Eintragungserfordernisse für ein Sortenschutzrecht erkennen, der von der Rechtsprechung früher verfolgt wurde. Einen anderweitigen Ansatz verfolgt die Entscheidung EPA T 0356/93 — 10 Jahre später —, die als Voraussetzung der Pflanzensorte die Kennzeichnung durch ein übertragenes Merkmal festsetzt. Dies wird — wie oben dargestellt — mit Verweis auf die Revision des UPOV begründet. Hierbei ist aber insbesondere festzustellen, dass innerhalb des UPOV dieses Merkmal sehr viel differenzierter ausformuliert ist, als es die TBK anwendet. Das UPOV schreibt nämlich vor, dass nicht die einzelnen Merkmale an sich für die Sorte ausreichen, sondern dass es sich um einen bestimmten Genotyp handeln muss — um die Kombination der Merkmale, die zu einem Gesamterscheinungsbild zusammenspielen. Die Dimension der Ausnahme ist durch die Entscheidung der TBK nicht nur in Bezug auf die vorangegangene Rechtsprechung, sondern vielmehr auch auf die zur Begründung herangeführte Änderung im UPOV enorm erweitert worden.²²⁰

Diese Unstimmigkeiten²²¹ zwischen der exzessiven Auslegung der TBK und der Entwicklung im internationalen Kontext zur Einschränkung des „Doppelschutzverbots“ führte zu einer zwingend erforderlichen Klarstellung durch die GBK.²²²

e. Anwendung auf Transgene Pflanzen

Erstmals 1998 hatte die GBK die Möglichkeit, eine einheitliche Rechtsprechungslinie für das Gesamte EPA vorzugeben. Dadurch sollte die Diskrepanz zwischen den unterschiedlichen TBK überwunden werden und höchstrichterlich geklärt werden, inwiefern gentechnologisch veränderte Pflanzen patentiert werden können.²²³

²¹⁸ *Teschemacher*, in: FS Nirk 70. Geburtstag, S. 1010.

²¹⁹ *Straus*, Rechtsgutachten, S. 33.

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ Dies zeigt auch die Vorlage des Präsidenten EPA G 03/95; siehe auch: *Lange*, in: GRUR Int. 1996, 586; *Straus*, Rechtsgutachten, S. 11.

²²² *Herring*, Biopatentierung und Sortenschutz S. 97; so auch *Schatz*, in: GRUR Int. 1997, 588 (592).

²²³ EPA T 1054/96, insb. Vorlagefrage: 1 und 4.

Zu beachten an dieser Entscheidung ist, dass diese am 6.12.1999²²⁴ erging und somit nach Erlass der BioTech-RL.²²⁵ Die RL ist zwar für das EPÜ nicht direkt anwendbar, aufgrund der hohen Anzahl der Unionsmitgliedstaaten²²⁶ im EPÜ dennoch nicht unbeachtlich, insbesondere da die BioTech-RL als erster Meilenstein der unionsrechtlichen Harmonisierung der Biopatent-Materie gesehen werden kann.²²⁷

Neben den Verfahrensbeteiligten (TBK und die Beschwerdeführerin Novartis AG) haben auch der Präsident des EPA²²⁸ und Prof. Dr. Joseph Straus²²⁹ als Rechtsgutachter ihre Ansichten in das Verfahren eingebracht. Dies zeigt umso mehr, welche Bedeutung der Entscheidung zugemessen wurde und dass durchaus große Rechtsunsicherheiten durch die nicht einheitliche Auslegung bestanden.²³⁰

Zur Entscheidung stand ein Patent, das eine

*„transgene Pflanzen und deren Samen mit rekombinanten DNA-Sequenzen, die codieren für [...]in einer synergistisch wirksamen Menge“*²³¹

enthält.

Bei der Anmeldung wurde nie auf das Merkmal der Pflanzensortenunabhängigkeit oder generell auf Pflanzensorten hingewiesen.²³² Die Anmelderin nannte als Beispiele für die Anwendung lediglich einzelne Pflanzenfamilien²³³ wie Getreide.²³⁴ Ungeachtet dessen verwies die Prüfungsabteilung mit Verweis auf die zuvor ergangene Entscheidung der TBK, dass unabhängig von der Sortenspezifität ein Anspruch auf Pflanzen nicht patentiert werden

²²⁴ EPAG 01/98, abgedr. in: EPA Abl. 2000, 111.

²²⁵ RL 98/44/EG wurde am 30.7.1998 erlassen.

²²⁶ Eine Liste der EPÜ Staaten, die an andere Rechtsakte (TRIPS, EU, UPOV und andere Übereinkommen gebunden sind zum Zeitpunkt des Verfahrens, siehe unter:

<https://register.epo.org/application?documentId=EICLA8LUZ9JVE02undnumber=EP91810144undlng=enundnpl=false> (zul. abgerufen am: 03.03.2021); an die RL gebunden waren alle Vertragsstaaten des EPÜ bis auf die Schweiz, Lichtenstein und Monaco, die sich jedoch freiwillig an die RL gebunden haben.

²²⁷ Kock/Zech, in: GRUR 2017, 1004 (1005).

²²⁸ Abrufbar unter:

<https://register.epo.org/application?documentId=EICLA8Z0Z9JVE02undnumber=EP91810144undlng=enundnpl=true> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

²²⁹ Prof. Dr. Joseph Straus ist emeritierter Direktor des Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, nähere Informationen: <https://www.ip.mpg.de/de/personen/prof-dr-dres-hc-joseph-straus.html> (zul. abgerufen am: 20.03.2021).

²³⁰ Thomsen, in: GRUR Int. 1998, 212 (212).

²³¹ EP 0448511, Patentanspruch 19, siehe deutsche Übersetzung: EPA Abl. 1998, 512.

²³² Sterckx/Cockbain, Exclusion from Patentability S. 209.

²³³ In der botanischen Nomenklatur ergibt sich folgendes Rangverhältnis: Pflanzengattung, Pflanzenfamilie, Pflanzenart.

²³⁴ Straus, Rechtsgutachten, S. 3.

kann, wenn es sich um genetisch veränderte Pflanzen handelt, die kein Ergebnis eines mikrobiologischen Verfahrens sind.²³⁵

In Bezug auf transgene Pflanzen stellten sich drei wesentliche Fragen zur Definition des Patentierungsausschlusses für Pflanzensorten: Erstens, woran das Merkmal Pflanzensorte anzuknüpfen ist, zweitens, wie die Pflanzensorte definiert wird und drittens, wie weitreichend der Ausschluss ist, falls Pflanzensorten mitbeansprucht werden.

i. Anknüpfung

Die GBK stellte ohne Zweifel fest, dass unter die Ausführungsarten der Patentansprüche auch Pflanzensorten fallen.²³⁶ Eindeutig aber lehnt die Kammer die Auslegung des Patentierungsausschlusses in der Art ab, dass ein Anspruch alleine danach beurteilt wird, dass der Begriff „Pflanzensorte“ in dem Anspruch enthalten ist.²³⁷ Dies würde unweigerlich zu einer reinen „Formulierungsschlacht“ führen und dem Sinn des Patentierungsausschlusses zuwiderlaufen.²³⁸ Sinn und Zweck des Patentrechts muss es sein, Erfindungen zu patentieren. Eine inhaltliche Prüfung der Patentansprüche ist somit zwingend erforderlich.²³⁹

Die Anknüpfung an das Wesen der Erfindung stellt sich jedoch sehr viel komplexer dar als die reine Wortlautauslegung. Das Dilemma des Patentierungsausschlusses wird in der Entscheidung sehr deutlich. Einerseits würde durch die Gewährung von Patentansprüchen auf Pflanzen zwangsläufig auch Sorten als deren kleinste taxonische Einheit mitumfasst und somit der Ausschluss des Patentrechts weitestgehend ausgehöhlt, andererseits würde ein Verbot der Patentierung von Pflanzensorten als Erzeugnisanspruch zu einem generellen Patentierungsverbot von Pflanzen führen, da jede Pflanze unausweichlich einer Sorte zugeordnet werden kann.²⁴⁰ An dieser Stelle zeigt sich eindeutig, dass das Problem des Patentierungsausschlusses nicht durch die erstrangigen Auslegungsmöglichkeiten der WVK gelöst werden kann. Dieser immanente Konflikt des Patentrechts tritt nämlich deshalb zutage, weil die Möglichkeit der gentechnisch erzeugten Pflanzen während der Entstehung des EPÜ nicht bedacht werden konnte und dieser Zwiespalt somit nicht durch den Wortlaut

²³⁵ EPA PAbt Bescheid vom 26.6.1996, EG 02f (abrufbar unter: <https://register.epo.org/application?documentId=EICK79OJZ9JVE02undnumber=EP91810144undlng=deundnpl=false>, (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

²³⁶ EPAG 01/98, EG 01.1.

²³⁷ EPAG 01/98, EG 01.8.

²³⁸ EPAG 01/98, EG 02.3.

²³⁹ Herring, Biopatentierung und Sortenschutz, S. 98.

²⁴⁰ EPAG 01/98, EG 03.9.

oder die historische Entstehung gelöst werden kann. So stellt auch die Rechtsprechung fest, dass der Ausschluss historisch durch das Doppelschutzverbot bedingt ist.²⁴¹

ii. Definition

Um den Patentierungsausschluss zu definieren, greift die GBK auch auf den historischen Entstehungskontext des EPÜ zurück. Insbesondere wird der Rückgriff auf die Travaux préparatoires angesprochen. Jedoch ist die GBK der Ansicht, dass diese Dokumente keinerlei Aufschluss zur konkreten Auslegung geben können.²⁴² Es sei aus den vorbereitenden Arbeiten lediglich zu erkennen, dass der Ausschluss eine Abgrenzung zwischen Sortenschutz und Patentrecht darstellen soll. Insoweit sei patentierbar, was nicht durch das Sortenschutzrecht geschützt werden kann.²⁴³ Deshalb sei es auch irrelevant, ob eine Pflanzensorte durch natürliche Vermehrung oder ein gentechnisches Verfahren entstanden ist. Ausschlaggebend sei das Ergebnis, sobald eine Pflanzensorte geschützt werden soll, sei dies nur durch das Sortenschutzrecht möglich.²⁴⁴ Die Definition des Begriffs „Pflanzensorte“ muss daher zur Vermeidung von Schutzlücken bzw. -überschneidungen in Zusammenspiel mit dem Sortenschutz getroffen werden. Die GBK greift bei der Definition daher auf den internationalen Rechtskontext zurück.

Hierzu ist einerseits zu erwähnen, dass innerhalb der EU kürzlich eine Verordnung²⁴⁵ erlassen wurde, die wortlautgleich in Reg. 23b Abs. 4 AOEPÜ²⁴⁶ enthalten war. Die Auslegungsfrage stellte sich daher für die GBK mit einer veränderten Grundlage im Vergleich zu den vorangegangenen Entscheidungen der TBK. Eine Pflanzensorte ist demnach:

"Pflanzensorte" ist jede pflanzliche Gesamtheit innerhalb eines einzigen botanischen Taxons der untersten bekannten Rangstufe, die unabhängig davon, ob die Bedingungen für die Erteilung des Sortenschutzes vollständig erfüllt sind,

a) durch die sich aus einem bestimmten Genotyp oder einer bestimmten Kombination von Genotypen ergebende Ausprägung der Merkmale definiert,

b) zumindest durch die Ausprägung eines der erwähnten Merkmale von jeder anderen

²⁴¹ EPAG 01/98, EG 03.8.

²⁴² EPAG 01/98, EG 03.7.

²⁴³ EPA G 01/98, EG 03.8.

²⁴⁴ EPA G 01/98, EG 03.1.

²⁴⁵ VO (EG) 2100/94.

²⁴⁶ In Kraft getreten am 1.9.1999; heute: wortlautgleich Reg. 26 Abs. 4 AOEPÜ, zur formellen Rechtmäßigkeit der Regelung sei auf die Ausführungen oben (I.3.b.) verwiesen.

pflanzlichen Gesamtheit unterschieden und

c) in Anbetracht ihrer Eignung, unverändert vermehrt zu werden, als Einheit angesehen werden kann.

Zwar spricht die Entscheidung auch die bis dahin geltende Definition der Rechtsprechung an, ohne jedoch explizit auf die Änderungen einzugehen, die nun in der AOEPÜ enthalten sind. Es lässt sich allerdings festhalten, dass die Bestimmung die differenzierte Ausgestaltung übernommen hat, die innerhalb des internationalen Rechtsverkehrs anerkannt wurde. Somit hat die GBK eine Rechtsprechungsänderung hin zu der Übernahme der Regelungen in der AOEPÜ und somit den Entwicklungen innerhalb des UPOV vorgenommen.

iii. Reichweite

Als Kern der Entscheidung muss die Bestimmung der Reichweite des Patentierungsausschlusses für Pflanzensorten gesehen werden. Hierbei stellte sich der Kammer vor allem die entscheidende Frage, inwieweit der Patentierungsausschluss anzuwenden ist, wenn nicht individuelle Pflanzensorten geschützt werden sollen, aber durch den Schutz von Pflanzen als höhere Definitionseinheit automatisch Pflanzensorten mitumfasst sind. Welche Tragweite diese Entscheidung mit sich bringt, wird deutlich, wenn man sich die Auswirkung der beiden Entscheidungsalternativen vor Augen hält:

Entscheidet die Kammer, dass ein Patent nicht erteilt werden kann, wenn Pflanzensorten von den Patentansprüchen mitumfasst sind, so ist es nicht mehr möglich, Patente auf Pflanzen zu erteilen.²⁴⁷ Denn eine Pflanze kann immer einer Pflanzensorte als unterste bekannte Rangstufe zugeordnet werden.

Andererseits würde der Patentierungsausschluss für Pflanzensorten weitestgehend leerlaufen, wenn die Kammer nur bei einer individualisierten Pflanzensorte den Ausschluss bejahen würde. Die Entscheidung hat insbesondere Auswirkungen auf die Patentierbarkeit von gentechnischen Verfahrenserzeugnissen. Die spezifische Veränderung von Genmaterial ist in den meisten Fällen nicht auf eine spezifische Pflanzensorte beschränkt. Die Entscheidung über die Reichweite hat somit generell die Fragstellung inne, ob Pflanzen, die aus einem gentechnischen Verfahren entstanden sind, patentiert werden können oder

²⁴⁷ Dies würde insbesondere dem allgemeinen Grundsatz innerhalb des EPÜ widersprechen, nachdem Pflanzen generell patentierbar sind, dazu u. a.: *Zech/Uhrich*, in: Metzger/Zech § 1PatG, Rn. 2; EPA T 0019/90, EG 4.8.; *Straus*, Rechtsgutachten, S. 17.

nicht.²⁴⁸ Welche Bedeutung dieser neuen Technologie zum Zeitpunkt der Entscheidung zugemessen wurde, zeigen einerseits die zahlreichen Rechtsanpassungen im Bereich des internationalen Rechtsverkehrs sowie die enormen Fortschritte im Bereich der Gentechnologie.²⁴⁹ Zwar erklärt die Kammer ausdrücklich, dass sie nicht dazu befugt ist, wirtschaftliche Erwägungen mit in ihre Entscheidung einfließen zu lassen,²⁵⁰ es kann aber davon ausgegangen werden, dass die Kammer diese weitreichende Entscheidung auch in Bezug auf die Entwicklung der Gentechnologie als Zukunftstechnologie mitbedacht hat.

Die Kammer kommt schlussendlich zu der Entscheidung, dass Patente, die Pflanzensorten mitumfassen, ohne konkret auf eine bestimmte Pflanzensorte gerichtet zu sein, erteilt werden können.²⁵¹ Damit widerspricht die GBK der vorlegenden Kammer und erweitert die Möglichkeiten zur Erlangung des Patentschutzes immens. Zur Begründung führt die Kammer an, dass Art. 53 lit. b EPÜ als Abgrenzungsnorm zum Sortenschutz gesehen werden muss. Dies führt die Kammer insbesondere auf den Zweck des Patentierungsausschlusses zurück.²⁵² Da im Sortenschutzrecht nur individuelle Pflanzensorten geschützt werden können, muss dementsprechend eine Erfindung, die nicht sortenspezifisch ist, gewährt werden. Genauere Erläuterungen wie die Kammer den Zweck der Norm bestimmen konnte, werden zwar nicht gegeben, aus dem zuvor gesagten ergibt sich jedoch, dass die vorbereitenden Arbeiten und die Entstehungsgeschichte wohl hauptursächlich für diese Auslegung waren.

f. Kritische Auseinandersetzung mit dem status quo

Es bleibt festzuhalten, dass der Begriff „Pflanzensorte“ innerhalb des EPÜ inzwischen weitestgehend einheitlich durch die verschiedenen Organe des EPA definiert ist. Ungeachtet dessen hält sich die Kritik am Patentierungsausschluss für Pflanzensorten hartnäckig.²⁵³

Der Wortlaut des Art. 53 lit. b EPÜ lässt einen sehr weiten Entscheidungsspielraum zu. Dies zeigt auch der Verlauf der Rechtsprechungspraxis. Die schlussendlich von der GBK gefällte Entscheidung, eine explizite Übernahme des Wortlautes aus dem UPOV zu übernehmen, hat

²⁴⁸ So auch *Bostyn*, in: TJoWIP 2013, 105 (108).

²⁴⁹ *Jorasch/Herrlinger*, in: 100 Jahre GFP, S. 534.

²⁵⁰ EPAG 01/98, EG 03.9.

²⁵¹ EPAG 01/98, EG 03.10.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ So bspw. auch: *Herring*, Biopatentierung und Sortenschutz, S. 101; *Hacker*, Die fehlende Legitimation der Patentierungsausschlüsse, S. 118; *Haedicke/Popp*, in: Mitt. 2018, 1 (2).

auch bei den Mitgliedsstaaten Anklang gefunden.²⁵⁴ Dies zeigt auch die Einführung von Reg. 26 Abs. 4 AOEPÜ. Dies verwundert jedoch nicht, wenn man bedenkt, dass ein Großteil der Mitgliedstaaten — im Gegensatz zum EPA — ohnehin an das UPOV gebunden ist. Des Weiteren hat die Auslegung auch den Vorteil, dass es im Bereich der Pflanzenzüchtungen zu einer weiteren internationalen Rechtsharmonisierung führt, was aufgrund der parallel existierenden Schutzrechte ohnehin zu einigen Schwierigkeiten führte und weiterhin führt.²⁵⁵

Es bleibt zu bedenken, dass die von der Rechtsprechung gewählte Auslegung nicht mit der Entstehungsgeschichte des EPÜ begründet werden kann, da die Definition erst nach Entstehung des EPÜ entstanden ist. Streng genommen kann das UPOV nicht als spätere Übung ins Feld geführt werden, da nicht alle Mitgliedstaaten dem UPOV angehören und somit keine übereinstimmende spätere Praxis vorliegt. Allerdings wurde durch die Überführung der Definition in die AOEPÜ allgemein anerkannt, dass die Definition des UPOV auch für das EPÜ gelten soll.²⁵⁶

Umzusetzen ist die Entscheidung der Rechtsprechung insbesondere auch durch die Erteilungsabteilung innerhalb des EPA. Um einen gleichwertigen Prüfungsablauf zu gewähren, wird in regelmäßigen Abständen die EPA PrüfungsRL durch den Präsidenten, gem. Art. Abs. 2 a EPÜ, erlassen.²⁵⁷ Diese Richtlinien sind nach ständiger Rechtsprechung nicht bindend,²⁵⁸ werden aber weitüberwiegend von den Prüfern angewandt.²⁵⁹ Sie geben einen Einblick, wie das Amt die Auslegung der Rechtsprechung versteht und seine Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Beachtung umzusetzen versucht.²⁶⁰

In der aktuellen EPA PrüfungsRL wird erläutert, dass ein Patent nicht erteilt wird, „*wenn der beanspruchte Gegenstand auf eine oder mehrere bestimmte Pflanzensorten gerichtet ist.*“²⁶¹ Weiter heißt es, dass auch dann eine Erteilung nicht gewährt wird, wenn die Ausführungsform eine große Zahl von Pflanzensorten umfasst. Erforderlich für die Erteilung

²⁵⁴ Bostyn, in: TJoWIP 2013, 105 (108).

²⁵⁵ Straus, GRUR 1993, 794 (798).

²⁵⁶ Der Verwaltungsrat und die GBK haben sich insofern die Definition zu eigen gemacht. Von einer Angleichung des EPÜ und UPOV kann jedoch nur aufgrund des *status quo* gesprochen werden, da keinerlei Regelungen oder Vorgehensweise für den Fall der Änderung des UPOV getroffen wurde.

²⁵⁷ Irmischer, in: Benkard EPÜ, Art. 10 Rn. 28.

²⁵⁸ u. a.: EPA T 0937/97; EPA T 0042/84; EPA T 0051/94.

²⁵⁹ Dies ist vor allem auf die Disziplinargewalt und das Weisungsrecht des Präsidenten gegenüber den Mitarbeitern des EPA zurückzuführen, Kraßer/Ann, Patentrecht, § 27 Rn. 4.

²⁶⁰ Feldhues, in: BeckOK Patentrecht, Art. 10 Rn. 2.

²⁶¹ EPA PrüfungsRL, GII-5.4.1.

sei es, dass „das Patent mindestens eine Ausführungsform umfasst, die nicht in einer Sorte besteht“.²⁶² Diese Anweisungen sind in Hinblick auf die Rechtsprechung der GBK nur sehr schwer nachvollziehbar und missverständlich. In der Entscheidung EPA G 1/98 hatte die Beschwerdekammer ausdrücklich formuliert, dass ein Patent erteilt werden kann, wenn die Ausführungsform nicht auf **eine** bestimmte Pflanzensorte beschränkt ist.²⁶³ Die EPA PrüfungsRL hingegen suggerieren, dass mindestens eine Ausführungsform der Erfindung keine Pflanzensorte ist.

Dies ist aus mehreren Gründen nicht zutreffend: durch den Patentierungsausschluss ausgeschlossen sein sollen Erfindungen, die auf eine einzige Pflanzensorte gerichtet sind, denn für eine individuelle Pflanzensorte kann der Züchter bzw. Erfinder ein Sortenschutzrecht erlangen. Des Weiteren ist der Hinweis, dass mindestens eine Ausführungsform keine Pflanzensorte sein darf, missverständlich. Wie oben bereits dargelegt, ist jede Pflanze der kleinsten taxonischen Einheit zuzuordnen. Eine Pflanze, die keiner Pflanzensorte entspricht, ist somit nicht vorstellbar. Dies ist nicht nur für eine Fehlbeurteilung der Prüfungsabteilung ausschlaggebend, sondern in erster Linie schon für potenzielle Patentanmelder. Die EPA PrüfungsRL werden nämlich insbesondere auch deshalb veröffentlicht, um Anmeldern im Vorfeld die Möglichkeit zu geben, ihre Anmeldechancen und mögliche Risiken abzuschätzen.²⁶⁴ Für jene Anmelder birgt die missverständliche Formulierung das Risiko, dass sie eine Anmeldung ohne rechtlichen Grund unterlassen und kommt so einer Schutzrechtsverweigerung nahe.

Ausschlaggebend für die sehr restriktive Formulierung dürfte die defensive Haltung des Verwaltungsrats des EPÜ sein,²⁶⁵ demgegenüber der Präsident seine Handlungen zu vertreten hat, gem. Art. Abs. 1 EPÜ.²⁶⁶ Ungeachtet dessen haben die EPA PrüfungsRL keine rechtliche Bindung und werden daher auch im Streitfall von den Beschwerdekammern nicht angewandt oder überprüft. Eine einheitliche Formulierung und Anpassung der EPA PrüfungsRL wäre wünschenswert, um Missverständnisse und Schutzlücken zu vermeiden.

Somit lässt sich abschließend festhalten, dass die Entwicklungen der Rechtsprechung, die

²⁶² Ibid.

²⁶³ EPAG 01/98, EG 03.10.

²⁶⁴ *Irmscher*, in: Benkard EPÜ, Art.10 Rn. 28.

²⁶⁵ Dies zeigt sich vor allem durch die sehr weite Auslegung des Patentierungsausschlusses und die dahingehenden Änderungen der AOEPÜ, s. Beschluss Verwaltungsrat CA/D 6/17, abgedr. in: EPA Abl. 2017, A56.

²⁶⁶ *Feldhues*, in: BeckOK Patentrecht, Art. 10 Rn. 1.

insbesondere durch die Entscheidung EPA G 1/98 herbeigeführt wurden, den allgemeinen Auslegungsmethoden entsprechen. Verbesserungsbedarf besteht aber innerhalb des EPA weiterhin bei den verwaltungsinternen EPA PrüfungsRL, die nicht den Stand der Rechtsprechung wiedergeben.

5. Unterschiede zum Sortenschutzrecht

Zum Abschluss der Betrachtung soll nun noch der intendierte Zweck des Patentierungsausschlusses näher betrachtet werden. Wie oben bereits erwähnt, wurde der Patentierungsausschluss aufgrund des „Doppelschutzverbots“ eingeführt, welches inzwischen aus dem UPOV gestrichen wurde.²⁶⁷ Diese Änderung eröffnet den Vertragsstaaten des UPOV somit die Möglichkeit Pflanzensorten sowohl Sortenschutzrechte als auch Patentrechte zu erteilen. Grund der Abschaffung war damals, dass dem Doppelschutzverbot keine sachliche Berechtigung zugeschrieben wurde.²⁶⁸ Das Argument der widersprechenden Schutzsysteme konnte in Hinblick auf die Vereinigten Staaten, die seit einem grundlegenden Urteil des Supreme Courts²⁶⁹ sowohl den Patentschutz als auch den Sortenschutz für Pflanzensorten ermöglichen, teilweise widerlegt werden.²⁷⁰

Die Vertragsstaaten des EPÜ haben sich bis heute jedoch nicht auf eine Änderung des Ausschlusses geeinigt. Dies liegt vor allem an der weiterhin sehr stark vertretenen Auffassung, dass Pflanzenzüchter aufgrund ihrer Rolle für die Landwirtschaft und Lebensmittelsicherung eine herausragende Schutzposition innehaben müssen, die durch das Patentrecht nicht erfüllt werden kann. Hierbei wird insbesondere das „Züchterprivileg“²⁷¹ hervorgehoben. Des Weiteren ist das Sortenschutzrecht durch das „Landwirteprivileg“²⁷² gekennzeichnet. Diese Schranke der Wirkung hat jedoch inzwischen auch Einzug in einige nationale Patentgesetze und das EPGÜ gefunden,²⁷³ in Deutschland beispielsweise geregelt

²⁶⁷ Art. 2 UPOV von 1961, in: der revidierten Fassung von 1991 wurde die Bestimmung gestrichen: Metzger, in: Metzger/Zech, Einf C., Rn. 4.

²⁶⁸ Straus, in: GRUR 1993, 794.

²⁶⁹ *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 206 USPQ 193 (1980), abr. unter:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/447/303/> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

²⁷⁰ Goldstein, in: GRUR Int. 1987, 310 (314); differenziert hierzu: Straus, in: GRUR 1990, 913 (925).

²⁷¹ Das Züchterprivileg ermöglicht Züchtern einen Rückgriff auf bereits bestehende sortenschutzrechtlich geschützte Pflanzen zur freien Weiterzüchtung, Metzger/Zech, in: Metzger/Zech, Einf. A Rn. 9.

²⁷² Das Landwirteprivileg ermöglicht, dass ein Landwirt nach Kauf des geschützten Saatgutes auch das entstandene Erntegut im eigenen Betrieb weiterverwenden darf, insb. zur Gewinnung neuen Saatgutes; Mes, PatG, § 9c Rn. 2.

²⁷³ Das Landwirteprivileg ist innerhalb der EU durch Art. 11 Abs. 1 BioTech-RL verpflichtend für alle Mitgliedstaaten in einer nationalen Bestimmung festzuhalten.

in § 9c PatG.²⁷⁴ Diese Implementierung lässt somit zu Recht zweifeln, ob den Besonderheiten der Pflanzensorten nicht auch im Patentrecht Genüge getan ist. Im Folgenden soll daher explizit darauf eingegangen werden, welche Unterschiede sich aus den beiden Rechtsregimen ergeben. Ein besonderes Augenmerk soll hierbei nicht nur auf der rechtlichen Ausgestaltung, sondern auch auf den wirtschaftlichen und politischen Zielen liegen.

a. Grundlage für die Rechtfertigung des Patentierungsausschlusses

In internationalen und nationalen Diskussionen werden die Besonderheiten des Sortenschutzrechts als Argument herangezogen, weshalb eine Implementierung in das Patentrecht nicht möglich sei.²⁷⁵ Daher sollen die Unterschiedlichkeiten im europäischen Sortenschutz- und Patentrecht näher betrachtet werden. Der Sortenschutz ist innerhalb der EU durch ein duales Schutzsystem gekennzeichnet. Zwar ist es den Mitgliedstaaten weiterhin erlaubt, nationale Sortenschutzrechte zu erteilen (gem. Art. 3 GemSort-VO), in Art. 92 GemSort-VO wird allerdings ein sortenschutzrechtliches Doppelschutzverbot festgelegt, das eine parallele Erteilung von nationalem und gemeinschaftlichem Sortenschutz ausschließt. Die nationalen Sortenschutzrechte haben daher weitestgehend an Bedeutung verloren,²⁷⁶ weshalb zur Gegenüberstellung die Normen der GemSort-VO herangezogen werden.

b. Erteilungsvoraussetzungen

Die materiellen Voraussetzungen des Patentschutzes beruhen auf dem Versuch, einen gerechten Ausgleich zwischen dem Interesse der Allgemeinheit, unbeschränkter Zugang zu technischem Fortschritt zu ermöglichen und den Interessen des Erfinders, für seine Arbeit und Investitionen belohnt zu werden, zu schaffen.²⁷⁷ Das Patentrecht bewegt sich somit im Spannungsfeld zwischen freier Wirtschaft und Innovationsförderung. Um diesem Dilemma gerecht zu werden, wird der Patentschutz nur zeitlich begrenzt und bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen gewährt. Die Innovation muss neu sein, gewerblich anwendbar sein und auf

²⁷⁴ Innerhalb des EPÜ ist hierzu keine Regelung zu finden, da sich die Vorschrift nicht auf die Erteilung, sondern die Wirkung eines Patents richtet und dies weiterhin durch nationale Vorschriften geregelt ist, vgl. Präambel EPÜ Abs. 2.

²⁷⁵ So auch in: *Information Sortenschutz European IPR Helpdesk*, abrufbar unter: <http://www.iprhelpdesk.eu/sites/default/files/newsdocuments/Fact-Sheet-Plant-variety-protection-DE.pdf> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

²⁷⁶ Metzger/Zech, in: Metzger/Zech, Einf. A Rn. 8.

²⁷⁷ Kraßer/Ann, Patentrecht, § 10 Rn. 1.

einer erfinderischen Tätigkeit beruhen.

Auch das Sortenschutzrecht erteilt dem Inhaber ein gewisses Ausschließlichkeitsrecht. Geschützt werden kann im Unterschied zum Patentrecht nicht ein besonders innovatives Verfahren, sondern nur das Ergebnis der Bemühungen, nämlich eine Pflanzensorte.²⁷⁸ Diese muss unterscheidbar, homogen, beständig und neu sein. Dies beruht insbesondere auf dem historischen Gedanken, dass das Züchtungsverfahren an sich immer nach den gleichen Mustern, nämlich Selektion und Kreuzung, abläuft und der Prozess an sich daher keinem Schutzrecht bedarf.

Wie oben gezeigt, hat sich aber die Pflanzenzüchtung in erheblichem Maße durch die Anwendung von gentechnischen Verfahren weiterentwickelt. Es ist daher nachvollziehbar, dass auch Pflanzenzüchter, die neuartige Verfahren zur Züchtung erfinden, diese schützen wollen.²⁷⁹ Hierbei kann aber nicht nur ein Verfahrensschutz, sondern auch ein Erzeugnisschutz für den Züchter interessant werden.²⁸⁰ Im Folgenden sollen daher die patentrechtlichen Voraussetzungen in Bezug auf pflanzenspezifische Erzeugnisse betrachtet werden. Hierbei muss speziell die Besonderheit der natürlichen Begebenheiten berücksichtigt werden. Denn Pflanzen an sich bilden die Grundlage jeglichen Lebens und bedürfen daher im Interesse der Allgemeinheit einer anderen Gewichtung als rein technische Erfindungen, die das Leben nur vereinfachen, aber nicht bedingen. Die aufgestellten Schutzrechtsvoraussetzungen versuchen hierbei, diesen Ausgleich zu schaffen.

Betrachtet man die Vorschriften zu den Erteilungsvoraussetzungen rein von ihrem Wortlaut, so könnte man zu dem Schluss kommen, dass die Erteilungsvoraussetzungen keinerlei Berührungspunkte aufweisen. Betrachtet man jedoch die dahinterstehenden Funktionen der Voraussetzungen, ergibt sich ein sehr viel differenziertes Bild. Zur Veranschaulichung sollen im Folgenden die Erteilungsvorschriften gegenübergestellt werden.

i. Schutzgegenstand: Erfindung vs. Pflanzensorte

Gegenstand der Schutzrechte ist einerseits eine Erfindung und andererseits eine Pflanzensorte.

²⁷⁸ Sabellek, in: Metzger/Zech, § 2 SortG Rn. 17.

²⁷⁹ Eine parallele Diskussion ergibt sich im Bereich der Tierzüchtung, hier jedoch nochmals verschärft durch den Umstand, dass es kein Schutzrecht für Tierassen gibt, siehe dazu: *Schreider*, Patentierung in der Tierzucht, S. 3.

²⁸⁰ Zu der Frage der Schutzfähigkeit von Züchtungsverfahren i. S. e. *im Wesentlichen biologischen Verfahren* und die daraus entstehenden Erzeugnisse, s. u. II.4.

Der Begriff der Erfindung ist im EPÜ nicht positiv definiert. In ständiger Rechtsprechung des EPA wird er als „*Lehre mit technischem Charakter*“ umschrieben.²⁸¹ Diese muss zusätzlich eine konkrete Handlungsanweisung für ein technisches Problem geben, sodass sie auch wiederholt werden kann und einen praktischen Nutzen hat.²⁸²

Als zentrales Merkmal kann der technische Charakter angesehen werden.²⁸³ Dass auch biologische Erfindungen technischen Charakter haben können, hat der BGH bereits im Jahre 1969 in seinem vielseitig bekannten „Rote Taube“-Urteil anerkannt.²⁸⁴ Auf dieser Grundlage konnten sich auch der Begriff und das Forschungsfeld der Biotechnologie rechtlich entwickeln.²⁸⁵ Dieser überzeugenden Auffassung hat sich auch das EPA mit Verweis auf die Rechtsprechung des BGH angeschlossen.²⁸⁶ Für den Bereich der Biotechnologie wird eine Erfindung daher angenommen, wenn die „*technische Lehre einen kausal übersehbaren Erfolg unter Einsetzung beherrschbarer Naturkräfte und planmäßigen Handelns mit sich bringt*“²⁸⁷. Die Erteilungsvoraussetzung der Technizität kann daher auch bei Pflanzensorten gegeben sein.

Es bleibt jedoch zu bedenken, ob eine Pflanzensorte eine konkrete Erfindung sein kann oder ob eine Erfindung nicht meistens in einer Vielzahl von Pflanzensorten besteht.²⁸⁸ Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass das Patentrecht für den Anmelder nicht passend zugeschnitten ist, da der Anmelder durch neue Pflanzensorten nur konkrete Erzeugnisse schützen kann, obwohl seine Erfindung möglicherweise auch auf andere Sorten anwendbar ist. Dieses Argument könnte man auch aus der Rechtsprechung des EPA ableiten, die Erfindungen nur dann zulässt, wenn sich die Erfindung nicht auf eine konkrete Sorte begrenzen lässt.²⁸⁹ Allerdings ist der Auslegungsgrund des EPA nicht die Erwägung, dass dies für den Anmelder nachteilhaft wäre, sondern die rechtsgeschichtliche Entstehungsgeschichte, die einen Doppelschutz verhindern will. Dass ein Anmelder durch die Einschränkung auf eine Pflanzensorte in seinem Schutzbereich eingeschränkt ist, obwohl

²⁸¹ S. u. a.: EPA T 0930/05, EG 2.

²⁸² *Kraßer/Ann*, Patentrecht, § 10 Rn. 5.

²⁸³ *Zech/Uhrich*, in: Metzger/Zech, § 1 PatG/Art. 52 EPÜ Rn. 8.

²⁸⁴ BGH X ZB 15/67 = GRUR 1969, 672; die weitreichende und grundlegende Bedeutung dieses Urteils zeigt sich auch an der bis heute andauernde Bezugnahme in Literatur und Rechtsprechung, z. B. *Kock/Zech*, in: GRUR 2017, 1004; sowie BPatG 012 W 37/14.

²⁸⁵ *Kraßer*, in: GRUR 2018, 1138.

²⁸⁶ EPA G 02/07 EG 6.4.2.1.; EPA G 01/08 EG 6.4.2.1.

²⁸⁷ *Zech/Uhrich*, in: Metzger/Zech, § 1 PatG/Art. 52 EPÜ, Rn. 8.

²⁸⁸ So etwa *Moufang*, in: Schulte PatG, § 2a/Art. 53 b/Reg. 26/27 EPÜ Rn. 15.

²⁸⁹ EPA G 02/07.

seine Erfindung möglicherweise auch in anderen Pflanzen zum Tragen kommen kann, ist kein Grund, weshalb das Patentrecht bei pflanzentechnischen Erfindungen nicht anwendbar sein kann. Vielmehr liegt die Formulierung des Patents und die Eingrenzung auf den Schutzgegenstand im Gefahrenbereich des Anmelders.²⁹⁰ Allerdings ist auch zu bedenken, dass der Erfinder auch durch das Sortenschutzrecht nur konkrete Pflanzensorten anmelden kann – bzw. zwingend muss. Es kann daher von Vorteil für den Anmelder sein, wenn seine Erfindung nicht nur in einer spezifischen Pflanzensorte, sondern möglicherweise in einer höheren taxonischen Einheit erfolgreich verwendet werden kann. Dies ermöglichte beispielsweise dem Erfinder des Patents in der Entscheidung um transgene Pflanzen²⁹¹, durch eine Patentanmeldung mehrere Pflanzensorten abzudecken, da die Erfindung innerhalb der Gattung Getreide unabhängig von der spezifischen Sorte anwendbar war. Ungeachtet dessen hätte der Erfinder sein Patent auch auf eine spezielle Getreidesorte eingrenzen können.

Unbestritten bleibt, dass die Ergebnisse aus konventionellen Züchtungsverfahren der Pflanzensorte schwer unter das Patentrecht zu fassen sind. Denn charakteristisch für das Sortenschutzrecht ist, dass ein phänotypisches Merkmal, das bisher noch nicht (beständig) aufgetreten ist, nun geschützt wird. Gänzlich unabhängig davon muss aber beachtet werden, ob die Eigenschaften, die die neue Pflanzensorte in ihrem Phänotyp enthält, auch den patentrechtlichen Erfordernissen genügt.²⁹² Bei den klassischen Zierpflanzenzüchtungen wird dies oft nicht der Fall sein. Denn ob eine Tulpe nun blaue oder weiße Blütenblätter hat oder ob diese möglicherweise gestreift sind, hat keinerlei Auswirkung darauf, dass diese Farbänderung die technische Lösung eines Problems ist. Die bloße Optik einer Pflanzensorte ist daher zu Recht nicht schützenswert — und zwar gemessen an den allgemein gültigen Regeln des Patentrechts und ohne den insofern überflüssigen Patentierungsausschluss.

Etwas anderes kann sich aber für Pflanzensorten ergeben, wenn der neue Phänotyp auch eine erfinderische und neue Komponente enthält. Man kann sich hier beispielweise vorstellen, dass die Form der Blütenblätter, die auch ein phänotypisches Merkmal ist,

²⁹⁰ Hierbei ergibt sich zusätzlich noch das Problem der Nacharbeitbarkeit. Für die Funktionsweise von pflanzentechnischen Patenten ist insbesondere auch das Ausgangsmaterial ausschlaggebend auf dessen Grundlage das Patent entwickelt wird. Da es sich hierbei meist um bereits vorhandenes Pflanzengut und somit lebende Organismen handelt, können hierbei Schwierigkeiten der Beschreibung auftreten.

²⁹¹ EPA G 01/98.

²⁹² *Straus*, in: GRUR 1993, 794 (795).

zusätzlich zu ihrem Aussehen eine Wirkung, beispielweise geringeren Wasserbedarf oder erhöhte Wasseraufnahmefähigkeit, entfaltet. Wenn diese Wirkung die patentrechtliche Erfindungshöhe überschreiten, ist nicht verständlich, weshalb den Züchtern ein Patentschutz verwehrt werden sollte.²⁹³

Eindeutig auch nicht unter den Begriff der Erfindung subsumierbar ist die Entdeckung, also die reine Beschreibung bzw. Aufdeckung natürlich vorkommender Vorgänge oder Erzeugnisse.²⁹⁴ Anders stellt sich dies bei der Pflanzensorte im Sortenschutzrecht dar.²⁹⁵ Ausreichend ist, dass eine neue Sorte beschrieben wird, die in der Natur vorhanden ist — man nennt dies eine Auffindung.²⁹⁶ Dies ist im Patentrecht nicht möglich. Denn hier fehlt das essenzielle Merkmal der erfinderischen Tätigkeit, also der Kernbereich des Patentschutzes — nämlich das menschliche Ausnutzen der Naturkräfte. Man kann aber auch hier die Frage stellen, ob eine derartige Entdeckung tatsächlich schützenswert sein soll. Dies wird verdeutlicht, wenn man sich vor Augen hält, dass auch das Sortenschutzrecht ein geistiges Eigentumsrecht ist, das andere von der Benutzung ausschließt. Da ein Entdecker aber keine eigene Leistung zu der Entstehung der Pflanzensorte geleistet hat, stellt sich die berechnigte Frage, ob auch eine Entdeckung die freie Verfügbarkeit einschränken sollte.²⁹⁷ Man kann die Schutzwürdigkeit der Entdeckung hier nur aus praktischer Sicht begrüßen, denn in vielen Fällen wird es schlicht nicht nachweisbar sein, ob eine neue Pflanzensorte durch Züchtung oder durch Entdeckung hervorgebracht wurde. Insofern ist durch die Tatsache, dass sich Entdeckungen durch das Patentrecht nicht schützen lassen, keine Schutzlücke gegeben.

Auch wenn die Schutzgegenstände somit unterschiedlich sind, ist tatbestandsvoraussetzend kein Grund ersichtlich, dass eine Pflanzensorte nicht als Erfindung definiert werden kann. Das Merkmal der Erfindung schließt den Patentschutz für Pflanzensorten somit nicht aus.

ii. Neuheit

Beiden Vorschriften ist die Voraussetzung der Neuheit gemein. Die Begriffe werden in beiden Systemen durch eine eigene Vorschrift definiert und sind unterschiedlich ausgestaltet.²⁹⁸

²⁹³ *Straus*, in: GRUR 1993, 794 (796).

²⁹⁴ *Melliss*, in: Benkard EPÜ, Art. 52 Rn. 79.

²⁹⁵ *Lange*, in: GRUR Int. 1985, 88 (89).

²⁹⁶ *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und europäisches Sortenschutzrecht, § 2 Rn. 6.

²⁹⁷ Kritisch dazu auch: *Würtenberger*, in: GRUR 2009, 378 (379).

²⁹⁸ *Moufang*, in: Schulte PatG, § 2a/Art. 53 b/Reg. 26,27 EPÜ Rn. 15.

Durch das Erfordernis der Neuheit soll sowohl im Patentrecht als auch im Sortenschutzrecht sichergestellt werden, dass der Anmelder nur für eine Leistung belohnt wird, die einen Fortschritt darstellt.²⁹⁹ Unterschiedlich ausgestaltet sind die Fristen für das Neuheitserfordernis. Während im Patentrecht jegliche Vorveröffentlichung und Nutzung der Erfindung neuheitsschädlich ist,³⁰⁰ kann eine Pflanzensorte schon zuvor in den Verkehr gebracht worden sein.³⁰¹ Dieser Unterschied basiert auf der biologischen Besonderheit, dass erst durch Verwendung und Anpflanzung eine Verwertbarkeit sichergestellt werden kann.³⁰² Allerdings ist dieses Argument nicht zwingend nur im Sortenschutzrecht anwendbar. Es ist zwar nachvollziehbar, dass einem Züchter die Möglichkeit gegeben werden soll, dass seine Kunden oder andere Dritte die Pflanzen anbauen, um herauszufinden, ob die Pflanzensorte nach den gezüchteten Vorstellungen tatsächlich verwendet werden kann. Hierbei ist entscheidend, dass das Sortenschutzrecht zwar eine neue genetische Kombination schützt, für den Verkehr diese Kombination³⁰³ allerdings nur verwertbar ist, wenn dadurch bestimmte Merkmale ausgebildet werden. Diese Merkmale bilden sich aber naturgemäß nicht selbstständig aus, sondern es bedarf einer gewissen Pflege und Aufzucht, durch die die "Früchte" der Pflanzensorte geerntet werden können. Allerdings haben nicht nur Pflanzenzüchter, sondern auch Patenterfinder das Risiko der Amortisierung ihrer Mühen und dessen Tauglichkeit in der Praxis.³⁰⁴ Auch ein Erfinder kann im Vorhinein nur abschätzen, ob und inwiefern seine Erfindung wirtschaftlich verwertbar ist.

Man kann insofern von einer gewissen Privilegierung des Sortenschutzanmelders gegenüber Patentanmeldern sprechen. Diese Privilegierung schließt keinesfalls die Anwendung des Patentrechts für Pflanzensorten aus, denn beide Voraussetzungen haben dieselbe Intention, nämlich nur das zu belohnen, was für die Allgemeinheit zuvor Unbekanntes zur Verfügung stellt. Die einjährige Neuheitsschonfrist im Sortenschutzrecht widerspricht demnach nicht dem patentrechtlichen Neuheitserfordernis. Auch ist zu bedenken, dass durch den Patentierungsausschluss ein größerer Eingriff in die Eigentumsfreiheit vorgenommen wird als

²⁹⁹ *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und europäisches Sortenschutzrecht, § 2 Rn. 129.

³⁰⁰ *Melullis*, in: Benkard EPÜ, Art. 54, Rn. 1.

³⁰¹ *Leßmann*, in: GRUR 1986, 279 (281).

³⁰² *Osterrieth*, Patentrecht, Rn. 463.

³⁰³ *Lange*, in: GRUR 1993, 801 (802).

³⁰⁴ Auch im Patentrecht wird die Wiedereinführung einer Schonfrist im europäischen Patentrecht diskutiert, siehe: becklink 48500; beispielsweise in den USA ist eine einjährige Schonfrist im Patentrecht normiert, s. *Neumeier*, Sortenschutz und/oder Patentschutz für Pflanzenzüchtungen S. 79.

durch strengere Voraussetzungen der Neuheit.

Auch diskutiert wird, ob eine Pflanzensorte als Naturprodukt das Erfordernis der Neuheit tatsächlich verwirklichen kann. Kritiker wenden dabei ein, dass Pflanzensorten in der Natur vorgefunden werden können und daher nicht als Erfindung, sondern vielmehr grundsätzlich als Entdeckung angesehen werden müssen. Schließlich sind die Merkmale, die die Pflanzensorte spezifizieren auf ihre Genetik und somit auf natürlich vorhandene Erbsequenzen zurückzuführen, das menschliche Zutun besteht oft nur in der Auswahl und Kombination dieser bereits vorhandenen Ressourcen.³⁰⁵ Jedoch ist anerkannt, dass nur die Entdeckung an sich nicht patentfähig ist. Schutzfähig ist hingegen jede Nutzungsanwendung der Entdeckung.³⁰⁶ Die Erfindung kann sich insofern auch daraus ergeben, dass die Wirkungsweise und der Nutzen der Entdeckung beschrieben wird.³⁰⁷ Dies ist auch insofern verständlich, dass auch Erfinder aus anderen Bereichen auf schon Vorhandenes aufbauen. Nahezu jede Erfindung verwendet ein Produkt oder einen Prozess und optimiert diesen, ohne dabei grundlegend alles neu zu erfinden.

Eine Schwierigkeit der Patentierbarkeit von Pflanzensorten stellt allerdings die praktische Prüfung der Neuheit dar. Diese wird innerhalb des Sortenschutzrechts durch eine Anbauprüfung (Registerprüfung) sichergestellt.³⁰⁸ Die Besonderheit war für die Verfasser des EPÜ ein Grund Pflanzensorten auszuschließen, da Zweifel bestanden, ob das EPA fachlich und personell in der Lage ist, diese Prüfungen durchzuführen.³⁰⁹ Diese Bedenken sind jedoch nicht mehr zeitgemäß. Einerseits kann die Prüfung durch anderweitige technische Untersuchungen ersetzt werden³¹⁰ und andererseits wird diese Aufgabe auch heute schon auf außerstaatliche Stellen wie Fachinstitute ausgelagert.³¹¹ Eine Durchführbarkeit durch das EPA kann daher nicht in Frage gestellt werden, auch wenn man in personeller Hinsicht eine Erweiterung der Sachverständigen einführen müsste.

³⁰⁵ *Neumeier*, Sortenschutz und/oder Patentschutz für Pflanzenzüchtungen S. 75.

³⁰⁶ *Melullis*, in: Benkard EPÜ, Art. 52 Rn. 228.

³⁰⁷ *Melullis*, in: Benkard EPÜ, Art. 52 Rn. 229; EPA PrüfungsRL Teil G, Kapitel II, 3.1; ähnliche Diskussionen sind auch im Bereich der chemischen Stoffe zu finden, *Sellnick*, in: GRUR 2002, 121.

³⁰⁸ *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und europäisches Sortenschutzrecht, § 5 Rn. 237.

³⁰⁹ *Haertel*, Haertel-Studie, S. 14.

³¹⁰ Dt. BT-Drs. 10/816, S. 23.

³¹¹ *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und europäisches Sortenschutzrecht, § 5 Rn. 240.

iii. Eintragungsfähige Bezeichnung

Eine Besonderheit des Sortenschutzes³¹² liegt darin, dass jede Sorte nur dann geschützt werden kann, wenn eine eintragungsfähige Sortenbezeichnung vorliegt, gem. Art. 6 Abs. 2, 63 GemSort-VO.³¹³ Diese Sortenbezeichnung soll bei der systematischen Zuordnung der Pflanze im internationalen Verkehr helfen.³¹⁴ Zu den wohl bekanntesten Sortenbezeichnungen gehört beispielsweise die „*Cripps Pink*“³¹⁵, hinter der die bekannte Marke „*Pink Lady*“ steckt. Züchter und deren Kunden können durch die Sortenbezeichnung in vereinfachter Weise über die Züchtungsergebnisse sprechen und die Merkmale von anderen Pflanzen derselben Gattung und Art unterscheiden.³¹⁶ Meistens werden im Geschäftsverkehr, also insbesondere in der Vermarktung zu Endverbraucher, zusätzlich Markennamen verwendet, die von der Sortenbezeichnung abweichen — siehe Beispiel oben — wodurch teils erhebliche Konflikte entstehen.³¹⁷ Die Benennung einer Sorte und deren Hindernisse sind ähnlich denen der Markenrechte aufgebaut und dürfen u. a. keine Verwechslungs- oder Irreführungsfahr unterliegen. Allerdings sind die Anforderungen geringer, da der Sortenbezeichnung im Gegensatz zur Marke keine Wettbewerbsfunktion zukommt.³¹⁸ Aus dem Register des CPVO sind ähnlich einem Patentregister die angemeldeten Sorten erkennbar. Jedoch werden hierbei keine Ausführungen zu den Eigenschaften der Sorte gemacht, sondern lediglich die formellen Anmeldedaten (u. a. Anmelder, Datum, Anmelde-land) wiedergeben und die botanische Klassifizierung durch das übergeordnete Taxon der Gattung und Art bzw. Spezies.³¹⁹

Da Sortenbezeichnungen keinerlei materielle Voraussetzungen haben und rein formeller Natur sind,³²⁰ wäre es denkbar, diese Voraussetzung durch die patentrechtlichen Beschreibungsvoraussetzungen zu ersetzen. Dies würde voraussetzen, dass die Sorten in

³¹² Auch *Fitzner* sieht in der Sortenbezeichnung ein Alleinstellungsmerkmal des Sortenschutzrechts in den technischen gewerblichen Schutzrechten, in: BeckOK Patentrecht, § 2a Rn. 57.

³¹³ https://www.ble.de/SharedDocs/Downloads/DE/BZL/Daten-Berichte/ObstGemuese/2020/Wochenbericht_2020_07.pdf?__blob=publicationFileundv=3 (zul. abgerufen am 03.03.2021).

³¹⁴ *Wuesthoff/Reda*, in: GRUR 1973, 633 (634).

³¹⁵ <https://cpvoextranet.cpvo.europa.eu/mypvr/#!/en/registers/19951039> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

³¹⁶ *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und europäisches Sortenschutzrecht, § 2 Rn. 161.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und europäisches Sortenschutzrecht, § 2 Rn. 204.

³¹⁹ Bei der beispielhaft genannten Sorte „*Cripps Pink*“ ist die Spezies *Malus domestica* mitangegeben, wodurch sich auf die Familie der Rosen zurückschließen lässt.

³²⁰ *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und europäisches Sortenschutzrecht, § 2 Rn. 157.

ihren äußerlichen Unterscheidungsmerkmalen beschrieben werden.³²¹ Bei Pflanzensorten, die durch eine Beschreibung der phänotypischen Merkmale nicht geschützt werden können, könnte alternativ die Beschreibung der Eigenschaften oder eine „product-by-process“-Beschreibung herangeführt werden.³²² Eine derartige Ergänzung scheint auch für das Sortenschutzregister sinnvoll, da auf diese Weise Züchter bzw. Anbauer Pflanzen nach den gewünschten Kriterien einfacher finden könnten. Das Erfordernis der Sortenbezeichnung kann jedenfalls nicht der Integrierung von Pflanzensorten in das Patentrecht entgegenstehen.

Allerdings wäre es an dieser Stelle überlegenswert, ob nicht ein gemeinsames Patent- und Sortenregister für Pflanzen erstellt werden sollte. So könnten die Verwender von Pflanzen auf relativ übersichtliche Weise herausfinden, ob die von ihnen angebaute oder zur Züchtung verwendete Pflanze von Schutzrechten Dritter umfasst ist. Dafür spricht auch, dass vor allem die gentechnischen Entwicklungen oftmals nicht durch äußerlich auftretende Eigenschaften erkennbar sind, sondern sich durch pflanzenimmanente Eigenschaften wie der Pestizidresistenz auszeichnen. Nicht nur kann ein Verwender dies von außen nicht erkennen, ohne ein solches Register hat ein Verwender auch erschwerte Startvoraussetzungen, um auf bereits entwickelte positive Pflanzeigenschaften aufzubauen. Ein gemeinsames Register könnte daher dazu dienen, dass im Bereich der Pflanzenzucht eine Basis geschaffen wird, aufgrund derer Weiterentwicklungen stattfinden können. Das wäre auch ohne die Möglichkeit der Patentierung von Pflanzensorten zu erwägen, da schon heute Patente auf Pflanzen erteilt werden, die nicht auf Pflanzensorten beschränkt sind, aber doch in diesen enthalten sein können.

Durch die Besonderheit der belebten Natur kann es daher dazu kommen, dass sich geschützte Pflanzensorten oder Pflanzen mit Patenten vermehren und ausbreiten, ohne dass der Züchter und Schutzrechtinhaber dies erfahren. Dies kann ohne menschlichen Einfluss, beispielsweise durch das Bestäuben von Bienen, oder durch gezielte Nutzung der in der freizugänglichen Natur angebauten Pflanzen geschehen. Durch ein gemeinsames Register könnten Verwender einfacher erkennen, ob die gefundene Pflanzengrundlage von Rechten Dritter umfasst ist oder nicht.

³²¹ *Osterrieth*, Patentrecht, Rn. 361.

³²² *Straus*, in: GRUR 1993, 794 (795).

c. Wirkung der Schutzrechte

Das Patentrecht unterscheidet sich auch in seinem Schutzzumfang von den Regelungen des Sortenschutzrechts. Das EPÜ selbst hat keine Vorschrift über die Wirkung bzw. die Beschränkung des patentrechtlichen Schutzes. Vielmehr verweist Art. 64 Abs. 1, 66 Abs. 1 EPÜ auf die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen. Welche Handlungen somit durch das Patentrecht geschützt sind, ist im Rahmen von nationalen Verletzungsverfahren nach nationalem Recht zu bestimmen.³²³ Dies hat zur Folge, dass die Anmelder zwar mit den nationalen Anmeldern gleichgestellt werden, sich aber ungeachtet dessen bei der Geltendmachung von Verletzungen an verschiedene materielle Voraussetzung und Verfahrensregeln halten müssen, da das EPÜ hierfür keine Harmonisierung schafft.³²⁴ Dieses gravierende Defizit soll durch das EPGÜ teilweise überwunden werden, bis dahin müssen sich Patentrechtsinhaber mit den unterschiedlichen nationalen Wirkungen auseinandersetzen.³²⁵ Insofern kann bei der vorliegenden Wirkung nicht auf eine Betrachtung der Vorschriften im EPÜ zurückgegriffen werden. Da der Wirkung des Sortenschutzes aber eine besondere Bedeutung zukommt, soll die Vorschrift mit den beschlossenen Regelungen des zukünftigen EPGÜ verglichen werden. Auch wenn diese Vorschrift noch nicht in Kraft gesetzt wurde, so zeigt sie sehr deutlich den Meinungsstand der meisten europäischen Mitgliedsstaaten auf.

i. Allgemeine Wirkung

Beide Schutzrechte bieten den Inhabern als geistige Eigentumsrechte ein zeitlich begrenztes Ausschließlichkeitsrecht.³²⁶ Die Reichweite der Normen unterscheidet sich zwar nicht wesentlich, aber doch an gewissen Stellen. Hierbei erkennt man auch den engen Zusammenhang von Patentrecht und Sortenschutzrecht.³²⁷ Die Betrachtung begrenzt sich im Vorliegenden auf die Schutzwirkung von Erzeugnispatenten, da diese den Pflanzensorten am ähnlichsten ist.³²⁸

Die beiden Schutzrechte haben eine nahezu identische Formulierung und damit auch einen nahezu identischen Wirkungsbereich. Auffällig an dieser Stelle ist allerdings ist

³²³ *Cimniak*, in: BeckOK PatR, Art. 64 Rn. 23.

³²⁴ Kritisch dazu auch: *Luginbühl*, in: GRUR Int. 2010, 97 (101).

³²⁵ *Luginbühl*, in: GRUR Int. 2010, 97.

³²⁶ *Götting*, in: GRUR 2006, 353 (354).

³²⁷ *Straus*, in: GRUR 1993, 794 (795).

³²⁸ *Lange*, in: GRUR Int. 1985, 88 (91).

Art. 13 Abs. 2b GemSort-VO: Die Aufbereitung zu Vermehrungszwecken ist im Patentrecht nicht zu finden. Unter Aufbereitung versteht man die Gewinnung von fortpflanzungsfähigem Material aus an sich nicht fortpflanzungsfähigen Pflanzenteilen. Also beispielsweise die Gewinnung neuer Pflanzensamen aus den geernteten Früchten.³²⁹ Hierbei zeigt sich eine Besonderheit der lebenden Materie: Die Möglichkeit der vegetativen und generativen Fortpflanzung kann nicht dadurch verhindert werden, dass ein Züchter nur die Erntegüter vermarktet. Vielmehr kann durch Aufbereitungstechniken, die eine Vorbereitung für die Vermehrung darstellen, aus allen Pflanzenbestandteilen auch vermehrungsfähiges Material hergestellt werden.³³⁰ Man kann aber in diesem Fall nicht von einer Abweichung oder Ausdehnung des Sortenschutzes gegenüber dem Patentrecht sprechen, da das Sortenschutzrecht hier nur den biologischen Eigenheiten explizit Ausdruck verleiht. Vielmehr könnte man das Aufbereiten sowohl im Patentrecht als auch im Sortenschutzrecht als Gebrauch oder als Vorbereitung zur Erzeugung subsumieren. Das namentliche Aufzählen hat wohl eher klarstellenden Charakter und ist aufgrund der Praxisrelevanz eingeführt worden.

Insofern sind die allgemeinen Wirkungsbereiche des Patents und Sortenschutzes identisch. Dies ist gem. Art. 13 Abs. 3 GemSort-VO allerdings nur dann der Fall, wenn der Verkauf des Erntegutes nicht zur Vermehrung bestimmt wurde. Auch dies ist eine Besonderheit des Sortenschutzes, die den Grundsatz der Erschöpfung für biologisches Material speziell ausgestaltet.³³¹

ii. Abhängigkeit vs. Ableitung

Eine Besonderheit der Schutzwirkung ergibt sich jedoch im Sortenschutz aus der Erstreckung des Schutzes auf *im Wesentlichen abgeleitete Sorten* und sonstige abgeleitete Sorten. Das Sortenschutzrecht schützt also nicht nur die spezifisch eingetragene Sorte, sondern auch solche Pflanzensorten, die in ihren Phänotypen nahezu der eingetragenen Sorte entsprechen.

Grundlage jeder züchterischen Leistung ist bereits vorhandenes biologisches Material (Ursprungsorte). Durch züchterische Leistungen wird das vorhandene biologische Material

³²⁹ Würtenberger, in: GRUR 2003, 838 (839).

³³⁰ Godt, in: Metzger/Zech, § 10 Rn. 25.

³³¹ Osterrieth, Patentrecht, Rn. 460.

weiterentwickelt.³³² Ein veränderter Phänotyp mit unterscheidbaren Merkmalen – also die Erfüllung der Voraussetzung für die Eintragung einer neuen Pflanzensorte – kann aber auch durch sehr geringe bzw. ohne gezielte Eingriffe entstehen, man spricht in diesem Fall von spontanen Mutationen.³³³ Die Erweiterung des Schutzrechts trägt diesem natürlich vorhandenen Phänomen Rechnung, indem es die Leistung des Ursprungszüchters schützt, sofern es sich hierbei um eine Ursprungssorte handelt – also um eine züchterische Originärleistung.³³⁴ Nur für den Fall, dass die Weiterzüchtung einen eigenen Züchtungsbeitrag geleistet hat, entfällt der erstreckte Sortenschutz.³³⁵ Die Abgrenzung erfolgt hierbei nicht anhand des für das Sortenschutzrecht maßgeblichen Phänotyps, sondern durch die Bestimmung, ob die neue Pflanzensorte genetisch unterscheidbar ist – dies wird jedoch nicht durch eine genetische Analyse, sondern durch phänotypische Indikatoren festgelegt, die artenspezifisch von Berufsverbänden festgelegt werden.³³⁶

Anders ist dies im Patentrecht geregelt. Eine zumindest teilweise Nutzung eines bereits vorhandenen Patents ist nicht schädlich für eine neue Erfindung, solange dieses die Erteilungsvoraussetzung erfüllt.³³⁷ Somit ist hier vor allem der Stand der Technik die Grenze des Patentschutzes. Sobald eine neue Erfindung aber über die von einer fachkundigen Person anerkannten technischen Standard hinausgeht, kann die Weiterentwicklung patentiert werden.³³⁸ Ob die im deutschen Patentrecht aufgestellte Äquivalenzlehre auch im EPGÜ Anwendung finden wird und so eine ähnliche Regelung wie Art. 13 GemSort-VO im patentrechtlichen Kontext eingeführt wird, ist noch nicht absehbar.

Eine weitere Besonderheit des phänotypischen Schutzbereiches ergibt sich für Hybrid-sorten. Diese erfüllen in der Vermehrung nicht das sortenschutzrechtliche Erfordernis der Stabilität. Dies bedeutet, dass die phänotypischen Merkmale nicht verlässlich in den Folgegenerationen auftreten können, sondern nur in den Elternpflanzen, die homozygote Gensequenzen enthalten. Da die Elternpflanzen als solche stabil gezüchtet werden, können diese

³³² *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und europäisches Sortenschutzrecht § 3 Rn. 21.

³³³ In der Botanik gelten alle Mutationen, die ohne erkennbare äußere Ursachen auftreten als spontane Mutationen, so: *Winkler*, in: Fortschritte der Botanik Band 28, S. 171.

³³⁴ *Godt*, in: Metzger/Zech, § 10 SortG Rn. 44.

³³⁵ *Lange*, in: GRUR Int. 1993, 137 (139); zu den hierfür zwangsläufig auftretenden Problemen der Beweisbarkeit, siehe: *Würtenberger*, in: GRUR 2004, 566 ff.

³³⁶ *Godt*, in: Metzger/Zech § 10 SortG Rn. 47.

³³⁷ *Osterrieth*, Patentrecht, Rn. 652.

³³⁸ *Mes*, PatG, § 14 PatG Rn. 100.

Sortenschutz erlangen.³³⁹ Die instabile Folgegeneration ist aber durch die Erstreckung auf *Sorten, deren Erzeugung die fortlaufende Verwendung der geschützten Sorte erfordert*, gem. Art. 15 c GemSort-VO, geschützt.

Diese zunächst gravierend wirkenden Unterschiede in beiden Systemen sind jedoch auf einen zweiten Blick nicht nur der Natur, sondern den unterschiedlichen Schutzgegenständen geschuldet. Während im Sortenschutzrecht allein das Vorhandensein einer Pflanzensorte geschützt wird, selbst ohne jegliches menschliche Zutun — wie die Entdeckung zeigt — ist im Patentrecht immer eine erfinderische Tätigkeit, also eine menschliche Beeinflussung³⁴⁰ erforderlich. Für die Patentierungsmöglichkeit von Pflanzensorten wäre insofern keine Ergänzung erforderlich, da Pflanzensorten ohne züchterische Leistung nach den allgemeinen Patentierungsregelungen nicht schutzfähig sind.

iii. Einschränkung der Wirkung

Beide Schutzrechtssysteme sehen bestimmte Handlungen vor, die nicht durch das Schutzrecht monopolisiert werden können. Für das neue EPGÜ wurde die Einschränkung in Bezug auf biologisches Material sehr stark erweitert und an das Sortenschutzrecht angeglichen. Hierbei sind insbesondere zwei Einschränkungen beachtlich: Das Züchterprivileg und das Landwirteprivileg. Die Einschränkungen im Patentrecht sind dabei nicht allgemein anerkannt, sondern sind bisher nur in vereinzelt europäischen Ländern in nationalen Patentvorschriften zu finden.³⁴¹

Das Züchterprivileg wurde im Sortenschutzrecht vor allem aufgrund der Erweiterung des Schutzes auf *im Wesentlichen abgeleitete Sorten* erforderlich: Da neue Pflanzen nur auf Grundlage bereits vorhandenen biologischen Materials und somit auch ausgehend von vorhandenen Pflanzensorten entwickelt werden können, muss es Züchtern erlaubt sein, auch geschützte Sorten als Grundlage zu verwenden.³⁴² Das Züchterprivileg schützt daher die (Versuchs-)Handlung der Neuzüchtung und beschreibt nicht, was der Weiterzüchter schützen

³³⁹ Kock/Porzig/Willnegger, in: GRUR Int. 2005, 183 (186).

³⁴⁰ Zu einem möglichen Erfordernis der Neujustierung des Erfinderbegriffs aufgrund künstlicher Intelligenz, siehe: Ann, in: FS Huber, S. 19.

³⁴¹ Seitz/Kock, in: GRUR Int. 2012, 869 (877).

³⁴² Metzger, in: Metzger/Zech, § 10a SortG Rn. 17.

kann.³⁴³

Trotz der nahezu identischen Wortlaute ist das Züchterprivileg in seiner Reichweite teilweise unterschiedlich. Während im Sortenschutzrecht jegliche züchterische Tätigkeit privilegiert ist, angefangen von der züchterischen Tätigkeit bis hin zur Vermarktung und Verwertung der neuen züchterischen Sorten, ist im Patentrecht nur die Züchtung an sich privilegiert.³⁴⁴ Das patentrechtliche Züchterprivileg umfasst daher nicht die Verwertung, sofern das neue biologische Material den Schutzbereich des Patents verletzt.³⁴⁵ Diese Regelung bringt im Gegensatz zu der sortenschutzrechtlichen „Gesamtprivilegierung“ einen entscheidenden Vorteil: Sie wahrt die Interessenlage zwischen Innovationsanreiz einerseits und Zugang zu biologischen Ressourcen andererseits.³⁴⁶ Anders als bei der sortenschutzrechtlichen Regelung, erhält der Patentrechtsinhaber eine stärkere Position.³⁴⁷ Das EPGÜ enthält aber überraschenderweise keine einheitliche Regelung zur Erteilung von Zwangslizenzen, die im Gegenzug die Regelungen abrunden würden.³⁴⁸ Daher kommt man nach den Vorschriften des EPGÜ zu dem Ergebnis, dass Züchtungen mit patentrechtlich geschütztem Material zwar möglich sind, deren kommerzielle Verwertung aber durch die Zustimmung des Patentrechtsinhabers freigegeben werden muss — es sei denn, dass der Patentschutz in den Mitgliedsstaaten durch Zwangslizenzen eingeschränkt ist.³⁴⁹ Dadurch würde das Ziel des freien Zugangs zu biologischen Ressourcen innovationsfördernd gesichert werden.³⁵⁰

Eine weitere Besonderheit, die nach dem Vorbild des Sortenschutzes auch in das Patentrecht Einzug gefunden hat, ist das Landwirteprivileg. Hierunter versteht man ein Nachbaurecht, das dem Landwirt nach einmaligem Erwerb des Saatgutes auch die Nutzung in der nächsten Generation(en) gewährt.³⁵¹ Das Landwirteprivileg ist in der EU zusätzlich durch eine eigenständige Verordnung ausgestaltet, die einen angemessenen Ausgleich des Landwirtes

³⁴³ Dies ist wie oben dargestellt anhand der Frage zu beantworten, ob eine *im Wesentlichen abgeleitete Sorte* vorliegt oder eine schützbar neue Sorte vorliegt.

³⁴⁴ *Zech/Uhrich*, in: Metzger/Zech, § 11 PatG, Rn. 18; sowie *Scharen*, in: Benkard EPÜ, § 11 PatG Rn. 18; *Rinken*, in: Schulte § 11 PatG, Rn. 17: mit dem Hinweis, dass im Falle des parallelen Auftretens von sortenschutzrechtlichen und patentrechtlichen Züchterprivileg das sortenschutzrechtliche Züchterprivileg durchsetzt.

³⁴⁵ *Kock/Porzig/Willnegger*, in: GRUR Int. 2005, 183 (190).

³⁴⁶ So bereits *Straus*, in: GRUR Int. 1990, 617 (619).

³⁴⁷ *Haedicke*, in: Mitt. 2005, 241 (246).

³⁴⁸ *Zech/Uhrich*, in: Metzger/Zech, § 24 PatG Rn. 52; Hinweis nur in ErWG 10, dass Zwangslizenzen den nationalen Regelungen unterfallen.

³⁴⁹ Möglicherweise geht der Gesetzgeber davon aus, dass dies aufgrund von Art. 12 BioTech-RL in den meisten Mitgliedsstaaten erfolgt ist, *Bostyn*, in: TJoWIP 2013, 105 (135).

³⁵⁰ *Bostyn*, in: ToJWIP 2013, 105 (132); in ähnlicher Weise: *Pechmann*, in: GRUR 1985, 717.

³⁵¹ *Kock/Porzig/Willnegger*, in: GRUR Int. 2005, 183 (187).

an den Sortenschutzinhaber regelt.³⁵² Die Privilegierung ist aber nur dann gegeben, wenn der Landwirt das Saatgut für seinen eigenen Betrieb nutzt.³⁵³ Die Ausnahme ist deshalb erforderlich, weil ein Landwirt auch in seinem eigenen Betrieb kommerzielle Ziele verfolgt und insofern eine Verwertung des Schutzrechts vornimmt. Es wäre sowohl ökologisch als auch ökonomisch nicht sinnvoll, wenn der Landwirt das Saatgut nur einmalig verwenden dürfte und die biologische Ressource so nicht voll ausschöpfen könnte. Das Landwirteprivileg ist daher eine sinnvolle Einschränkung des Sortenschutzes, wodurch für die natürlichen Selbstvervielfältigung ein gerechter Ausgleich geschaffen wird.

Patentrechtlich gesehen kann das Landwirteprivileg als Anpassung des Erschöpfungsgrundsatzes gesehen werden: Anders als bei anderen Erfindungen kann im Bereich der lebendigen Natur die einmalige Abgabe des Patents durch natürliche Vermehrungsmechanismen unendlich genutzt werden. Der Schutz des Patents erstreckt sich aber auch auf die durch Vermehrung erzeugten Pflanzen, da diese das Patent in gleicher Weise erfassen. Der Erfinder kann dies meist nicht verhindern, da er für die Verwertung seines Patents das biologische Material weitergeben muss und die natürliche Vermehrung als bestimmungsmäßiger Gebrauch anzusehen ist.³⁵⁴ Die Regelungen sind daher auch im Patentrecht in gleicher Weise anwendbar wie im Sortenschutzrecht. Der Verweis in Art. 27 i EPGÜ zeigt, dass auch hier ein gerechter Ausgleich durch angemessene Zahlungen erfolgen soll. Dies ist durch den expliziten Verweis auf die Modalitäten des Art. 14 GemSort-VO sichergestellt.

Die Züchter- und Landwirteprivilege werden größtenteils auch auf das Patentrecht übertragen. Teilweise wird der Schutz sogar ohne weitere Überlegung angewandt, was zu einem Vorteil der Züchter von patentrechtlich geschützten Pflanzen führt. Dies hat zur Folge, dass die Wirkungsunterschiede nicht mehr als überzeugender Grund für einen Ausschluss von Pflanzensorten im Patentrecht herangezogen werden können.³⁵⁵

³⁵² Siehe hierzu EU VO 1768/95, geregelt sind hier insbesondere die Höhe der Entschädigung und Informations- und Auskunftspflichten des Landwirtes.

³⁵³ Metzger, in: GRUR 2016, 549 (554).

³⁵⁴ Scharen, in: Benkard PatG, § 9 Rn. 16.

³⁵⁵ Zustimmend auch: Bostyn, in: ToWIP 2013, 105 (134); dieses Argument für den Patentierungsausschluss bringt auch: Gersteuer, in: NVwZ 2008, 370 (372).

d. Schutzdauer

Die Schutzdauer der beiden Systeme ist begrenzt. Jedoch unterscheidet sich die Dauer der beiden Schutzrechte. Die allgemeine Schutzdauer eines Patents ist damit fünf Jahre kürzer als die des Sortenschutzes. Dies hat der GemSort-VO Gesetzgeber 1994 festgesetzt. Die Dauer eines Schutzrechts ist aber nicht universell gegeben, sondern ist Entscheidung des Gesetzgebers, der versucht, die Interessen des Schutzrechtsinhabers auf wirtschaftliche Verwertung und die Interessen der Allgemeinheit auf Wettbewerbsförderung zu vereinen. Dies wird durch eine Interessenabwägung abgestimmt.³⁵⁶ Der deutsche Gesetzgeber hatte zuvor beispielsweise eine Schutzdauer von 20 Jahren auch auf den Sortenschutz festgelegt.³⁵⁷ Die Anhebung auf 25 bzw. 30 Jahre wurde im Jahre 1986 auf Druck verschiedener Pflanzenzüchter, die keine Amortisierungsmöglichkeit ihrer Züchtungsbemühungen durch eine 20-jährige Laufzeit sahen, vorgenommen. Bei der Betrachtung der Schutzdauer ist zu bedenken, dass die ehemals sehr aufwendigen Züchtungszyklen zur Erforschung der homogenen und heterogenen Pflanzen Gene, die hauptsächlich für eine stabile Pflanzenpopulation auch nach Vermehrung sind, durch technische Hilfsmittel wie Gen-Marker inzwischen sehr viel kürzer und effizienter gestaltet werden können. Insofern sind auch die Züchtungsprozesse inzwischen kürzer und dadurch auch die Investitionskosten nicht mit den Kosten im letzten Jahrtausend vergleichbar. Insofern wäre es empfehlenswert, wenn die Gesetzgeber eine erneute Interessenabwägung vornehmen würden und über eine Verkürzung der Schutzrechtsdauer nachdenken würden. Insofern ist auch die patentrechtliche Schutzdauer von 20 Jahren als Orientierung heranzuziehen.

Zu beachten ist, dass die Schutzdauer des Patents mit dem Anmeldetag beginnt, wohingegen die Laufzeit des Sortenschutzes erst ab dem Erteilungstag beginnend gerechnet wird.³⁵⁸ Der Anmelder von Sortenschutzrechten hat damit einen erheblichen Vorteil, da die Dauer der Prüfung nicht angerechnet wird.

Die Unterschiede in der Schutzdauer sind auf eine Interessenabwägung des letzten Jahrtausends und der damaligen Amortisierungsinteressen abgestimmt. Die Aufwendungen haben sich in den letzten Jahren durch die Technisierung der Pflanzenzucht verringert.

³⁵⁶ *Leßmann*, in: GRUR 1986, 279 (282).

³⁵⁷ Neufassung von § 13 SortSchG, siehe: Dt. BGBl. 1985, Teil I, 2170.

³⁵⁸ *Pechmann*, in: GRUR 1985, 717 (721).

Insofern kann die unterschiedliche Schutzdauer nicht als ausschlaggebendes Kriterium herangezogen werden, weshalb eine Implementierung nicht möglich ist.

e. Abschließende Bewertung der Unterschiede

Den größten Unterschied zwischen Patentrecht und Sortenschutzrecht stellt der Schutzgegenstand dar. Eine neue Pflanzensorte kann daher nicht ohne Weiteres als patentrechtliche Erfindung definiert werden. Insofern ist das Sortenschutzrecht für die konventionelle Züchtung von essenzieller Bedeutung.

Der Patentierungsausschluss für Pflanzensorten ist ungeachtet dessen aufgrund der rechtlichen Überschneidungen nicht verständlich. Das Patentrecht und insbesondere das EPGÜ als zukünftiges Patentrechtssystem in den Mitgliedstaaten der EU trägt den Besonderheiten der lebenden Materie ausreichend Rechnung. Die diversen Privilegierungen und Sonderregelungen schützen Züchter und Landwirte in adäquater Weise. Es sind daher keine weitreichenden Unterschiede mehr erkennbar zwischen Sortenschutzrecht und Patentrecht, die einen Patentierungsausschluss rechtfertigen würden.³⁵⁹ Die unterschiedliche Schutzdauer der verschiedenen Systeme kann des Weiteren nicht als Ausschlusskriterium für das Patentrecht dienen.

Für das Patentrecht und das Sortenschutzrecht wäre von Vorteil, wenn eine gemeinsame Datenbank für pflanzenbasierte Schutzrechte, ähnlich dem Sortenschutzregister, angelegt werden würde. Dadurch könnte verhindert werden, dass Unklarheiten bezüglich möglicher Schutzrechte an dem verwendeten biologischen Material entstehen. Dieser Vorschlag ist aber unabhängig von der Frage der Patentierbarkeit von Pflanzensorten zu sehen, da auch heute schon Unklarheiten durch die Möglichkeit der Patentierung von Genen entstehen.

Die Streichung des Patentierungsausschlusses für Pflanzensorten würde zu einer Stärkung der Biotechnologie führen und dafür sorgen, dass auch Erfindungen, die nicht den Phänotyp einer Pflanze betreffen adäquaten Schutz genießen können. Die rechtlichen Vorbehalte können durch die bereits eingeführten Neuerungen nicht mehr aufrechterhalten werden.

6. Zusammenfassung

Der generelle Patentierungsausschluss für Pflanzensorten kann mit den wesentlichen

³⁵⁹ *Godt*, in: Biopatente, S. 21.

Bestimmungen des Patentrechts nicht vereinbart werden.³⁶⁰ Eine Abwägung der Interessen zeigt, dass Züchter durch den Patentierungsausschluss über die Maße benachteiligt werden. Es lässt sich nur aus den historischen Erwägungen ableiten, weshalb Pflanzensorten nicht geschützt werden können. Diese historische Erwägung ist aber seit der Streichung des „Doppelschutzverbots“ im UPOV nicht mehr überzeugend.

Erfreulich ist, dass das EPÜ inzwischen zwischen pflanzenbasierten Erfindungen und Pflanzensorten unterscheidet. Während Pflanzensorten einen einheitlichen Phänotyp schützen und durch die Erlangung von Sortenschutzrechten zumindest teilweise abgesichert sind, handelt es sich bei lediglich pflanzenbasierten Erfindungen um Innovationen, die dem Sortenschutz nicht genügend zugänglich sind — dies überrascht nicht, wenn man bedenkt, dass der Sortenschutz dafür auch nicht konzipiert wurde.

Ein sehr einleuchtendes Beispiel lässt sich anhand des sogenannten „Anti-Blattläuse-Patent“ aufzeigen.³⁶¹ Das Patent schützte eine genetische Veränderung, durch die die Pflanze, in die das Patent „eingebaut“ wurde, nicht von Läusen befallen wird. Diese Erfindung konnte nicht durch Sortenschutz geschützt werden, da der Phänotyp der Pflanzen durch den Einbau nicht verändert wurde. Auch wäre der Schutz nicht ausreichend gewesen, da sich die genetische Information in verschiedene Pflanzen einbauen lässt und gerade nicht durch äußere Merkmale, die eine individuelle Sorte darstellen, gekennzeichnet ist. Es ist daher sehr zu begrüßen, dass das EPA eine Unterscheidung zwischen Pflanzen und Pflanzensorten trifft, wenn es um die Frage des Patentierungsausschlusses geht.

Zusätzlich können die erhobenen Einwendungen, die aus der Zeit der Entstehung des EPÜ herrühren — insbesondere die fehlende Nacharbeitbarkeit — auf Grundlage des heutigen Technikstandards nicht mehr zum Tragen kommen. Für eine Innovationsförderung der Biotechnologie innerhalb Europas wäre es daher wünschenswert, wenn auch für Pflanzensorten ein patentrechtliches Schutzrecht gewährt werden würde.³⁶² Allerdings sind auch die Besonderheiten des Pflanzenschutzes zu beachten und sollten bei der Implementierung in das Patentrecht mitübernommen werden. Dies wurde bei der Verabschiedung des EPGÜ bereits beachtet, auch wenn die EU weiterhin auf dem Standpunkt des Patentierungsausschlusses für Pflanzensorten beharrt.

³⁶⁰ Haedicke, in: Mitt. 2018, 1.

³⁶¹ EP 2525658B1, der Schutz des Patents lief im Jahr 2017 aus.

³⁶² Auch Kock/Porzig/Willnegger sprechen von einem Standortnachteil in Europa, in: GRUR Int. 2005, 183 (192).

Um auch weiterhin die konventionelle Pflanzenzucht zu unterstützen, sollte das Sortenschutzrecht entweder als eigenständiges Schutzrecht weiterbestehen oder als Sonderkategorie in das Patentrecht aufgenommen werden. Der Schutz von phänotypischen Merkmalen wird insbesondere in der Zierpflanzenzucht auch weiterhin von Bedeutung sein. Neue Sorten werden dabei regelmäßig nicht die Hürde der erfinderischen Leistung überschreiten können, denn die reine Optik einer Pflanze, die durch konventionelle Züchtung hervorgerufen wird, enthält keinerlei neuheitliche Erfindung, sondern ist Ergebnis eines lang bekannten Prozesses. Für eine Sonderkategorie im Patentrecht könnte allerdings sprechen, dass die verschiedenen Erteilungsstellen in diesem Schritt zusammengefasst werden. Das Zusammenarbeiten der fachkundigen Prüfer im Sortenamtsamt und in den Patentämtern könnte zu einem lückenlosen und widerspruchsfreien Schutzrechtssystem mit gemeinsamer Rechtspraxis werden.

Als optimales Szenario wäre daher wünschenswert, wenn Pflanzensorten je nach ihrer Ausgestaltung entweder durch ein Sortenschutzrecht oder durch ein Patentrecht geschützt werden könnten. Liegt die Neuheit nur in einer phänotypischen Veränderung, die rein optischer Natur ist, so empfiehlt sich weiterhin die Prüfung eines Schutzrechts anhand der sortenschutzrechtlichen Erteilungsvoraussetzungen. Weist eine Pflanzensorte hingegen ein erfinderisches Element auf, also ein phänotypisches Merkmal, dem neben der optischen Neuerung auch ein funktionaler Wert zukommt, so sollte hierfür ein Patent erteilt werden.

II. Im Wesentlichen biologische Verfahren

Ein weiterer Ausschlussgrund in Bezug auf pflanzentechnischen Erfindungen ist das *im Wesentlichen biologische Verfahren*.³⁶³ Innerhalb des EPÜ führte die Auslegung zu einem Jahre andauernden Streit.³⁶⁴ Dies lag insbesondere an den diversen politischen Interessen, die der Patentierungsausschluss mit sich brachte. Diese Interessen mussten vereinbart werden mit dem Vertragstext des EPÜ, insbesondere Art. 53 lit. b EPÜ, der trotz fortlaufender technischer Veränderungen weiter in seiner Ursprungsform von 1973 besteht.

Im Folgenden wird der Patentierungsausschluss für „*im Wesentlichen biologische Verfahren zur Züchtung von Pflanzen [und Tieren]*“ näher betrachtet. Zur Analyse werden wiederum die im ersten Teil angesprochenen Regelungen angewandt. Ein besonderes Augenmerk liegt auf dem Verhältnis der verschiedenen Rechtstexte des EPÜ, insbesondere in Bezug auf die Ergänzungen der AOEPÜ, sowie die Schranken des Interpretationsspielraums durch den Verwaltungsrat. Ein weiterer Fokus liegt auf den Schwierigkeiten der Vereinbarkeit von unterschiedlichen nationalen Bestrebungen in einem internationalen Kontext. Diese Problematik wird im vorliegenden Fall nicht nur durch nationale Interessen, sondern auch durch die Verflechtungen mit einer weiteren supranationalen Gemeinschaft, nämlich der EU, verstärkt.

1. Begriff des *im Wesentlichen biologischen Verfahrens*

Als Ausgangspunkt für die Auslegung des Patentierungsausschlusses dient auch im Folgenden der Wortlaut, der im Sinne der „ordinary meaning rule“ objektiv beurteilt wird.

Art. 53 lit. b EPÜ liest sich in den drei Amtssprachen des EPÜ wie folgt:

- In der englischen Fassung: „*essentially biological processes for the production of plants [or animals]*“
- In der deutschen Fassung: „*im Wesentlichen biologische Verfahren zur Züchtung von Pflanzen [oder Tieren]*“

³⁶³ Der Ausschluss wird im allgemeinen Sprachgebrauch oftmals verkürzt als „Pflanzen-/Tierzüchtungsausschluss“ bezeichnet: *Hacker*, Die fehlende Legitimation der Patentierungsausschlüsse, S. 104; *Kraßer/Ann*, Patentrecht, § 14 Rn. 45.

³⁶⁴ *Hüttermann*, in: Mitt. 2020, 255.

- In der französischen Fassung: „*que les procédés essenzielleren biologiques d'obtention de végétaux [ou d'animaux]*“³⁶⁵

In allen drei Sprachfassungen kann der Ausschluss in fünf verschiedene Definitionsmerkmale unterteilt werden:

- Im Wesentlichen/essentially/essenzielleren
- Biologisch/biological/biologiques
- Verfahren/processes/que les procédés
- [Zur] Züchtung /[for] the production/[d'] obtention
- [von] Pflanzen [oder Tieren] /[of] plants [or animals] /[de] végétaux [ou d'animaux]

Die Bestandteile sollen im Folgenden zunächst einzeln und dann in Ihrer Gesamtzusammensetzung betrachtet werden.

a. Im Wesentlichen/essentially/essenzielleren

Der Ausdruck „im Wesentlichen“ hat im deutschen Sprachgebrauch vor allem die Bedeutung auf die Hauptsache bzw. den Kern einer Sache hinzuweisen.³⁶⁶ Auch im Englischen ist die Umschreibung des Ausdruckes ähnlich: „*when you think about the true, important or basic nature of somebody/something*“.³⁶⁷ Dies ergibt sich auch für die französische Definition: „*Qui est indispensable pour que quelque chose existe*“.³⁶⁸

In allen Sprachen besteht somit eine Übereinstimmung des Wortlauts. Als alternative Fassung wurde in den Vorbereitungen zum EPÜ die Begriffe „vorwiegend“³⁶⁹ und „rein“³⁷⁰ im

³⁶⁵ Die vorliegende Arbeit befasst sich schwerpunktmäßig mit dem Züchtungsausschluss von Pflanzen. Der in der Vorschrift mitumfasste Ausschluss für Tiere wird daher nur am Rande und insbesondere als Auslegungshilfe mit herangezogen.

³⁶⁶ Dudenredaktion (o.J.) „im Wesentlichen“, https://www.duden.de/rechtschreibung/im_Wesentlichen (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

³⁶⁷ Oxford Learner's Dictionariesredaktion „essentially“, <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/essentially> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

³⁶⁸ Larousseredaktion (o.J.) „essentiel, essenzielle“, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/essentiel/31103> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

³⁶⁹ Aus den Travaux Préparatoires EPÜ 1973, Art. 53 D, S. 44/49, abrufbar unter: [http://webserv.epo.org/projects/babylon/tpepc73.nsf/0/27A1A8E9B04F2802C1257435003FADCA/\\$File/Art53dPCTBE1973.pdf](http://webserv.epo.org/projects/babylon/tpepc73.nsf/0/27A1A8E9B04F2802C1257435003FADCA/$File/Art53dPCTBE1973.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

³⁷⁰ Aus den Travaux Préparatoires EPÜ 1973, Art. 53 D, S. 54/56, abrufbar unter: [http://webserv.epo.org/projects/babylon/tpepc73.nsf/0/27A1A8E9B04F2802C1257435003FADCA/\\$File/Art53dPCTBE1973.pdf](http://webserv.epo.org/projects/babylon/tpepc73.nsf/0/27A1A8E9B04F2802C1257435003FADCA/$File/Art53dPCTBE1973.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

Deutschen diskutiert, sowie im Englischen der Begriff „purely“³⁷¹ und im Französischen der Begriff „uniquement“.³⁷² Letztendlich hatten sich die Vertragsstaaten in allen drei Sprachen auf die auslegungsbedürftigste Variante geeinigt.³⁷³ Insofern kommt den Gerichten ein weiter Auslegungsspielraum zu, inwiefern sie das Merkmal der Wesentlichkeit verstehen.

Der Wortlautteil „im Wesentlichen“ kann auf mehrere Arten verstanden werden: Einerseits als quantitatives Element, das den Anteil bzw. das Ausmaß des biologischen Teils an dem Verfahren beschreibt, danach wäre jedes Verfahren von der Patentierung ausgeschlossen, das einen gewissen Anteil an biologischen Verfahrensschritten beinhalten. Auslegungsbedürftig insofern wäre aber weiterhin, wie groß dieser nicht-biologische Anteil sein darf.³⁷⁴ Andererseits könnte „im Wesentlichen“ auch auf „das Wesen“ des Verfahrens abstellen.³⁷⁵ Die Unterscheidung würde insofern nicht an den quantitativen Anteilen, sondern anhand einer qualitativen Einordnung in biologisches oder nicht-biologisches Gesamtverfahren erfolgen. Im Vergleich der offiziellen Textsprachen weist insbesondere die englische Bedeutung eher auf eine qualitative Unterscheidung hin. Demnach wäre ein biologischer Anteil am Verfahren für den Patentierungsausschluss unerheblich, solange das Gesamtbild des Verfahrens als nicht biologisch qualifiziert werden kann. Die englische und französische Definition deuten aber eher auf das Wesen an sich und somit auf eine qualitative Auslegungsweise hin.

b. Biologisch/biological/biologiques

Das Merkmal „biologisch“ wurde zur Abgrenzung von technischen Verfahren eingeführt.³⁷⁶ In seinem ursprünglichen Wortsinn ergeben sich für die drei Vertragssprachen folgende Bedeutungen:

- Deutsche Fassung: „biologisch“: *„Wissenschaft von der belebten Natur und den*

³⁷¹ Aus den Travaux préparatoires EPÜ 1973, Art. 53 E, S. 7, abrufbar unter: [http://webserv.epo.org/projects/babylon/tpepc73.nsf/0/A79664CCCE197AC1C12574270049F447/\\$File/Art53eTPEPC1973.pdf](http://webserv.epo.org/projects/babylon/tpepc73.nsf/0/A79664CCCE197AC1C12574270049F447/$File/Art53eTPEPC1973.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021); Travaux préparatoires Document IV/2767/61E, abrufbar unter: [http://webserv.epo.org/projects/babylon/tpepc73.nsf/0/CAC686E59EC0F5F3C12578B00039485F/\\$File/IV2767-61E%20parEPA T 1.pdf](http://webserv.epo.org/projects/babylon/tpepc73.nsf/0/CAC686E59EC0F5F3C12578B00039485F/$File/IV2767-61E%20parEPA%20T1.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

³⁷² Aus den Travaux préparatoires EPÜ 1973, Art. 53 F, S. 7, abrufbar unter: [http://webserv.epo.org/projects/babylon/tpepc73.nsf/0/9CBAA0255AAC71EAC12574270045224D/\\$File/Art53fPCTBE1973.pdf](http://webserv.epo.org/projects/babylon/tpepc73.nsf/0/9CBAA0255AAC71EAC12574270045224D/$File/Art53fPCTBE1973.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

³⁷³ Tilmann, in: GRUR 2009, 361, (363).

³⁷⁴ Tilmann, in: GRUR 2009, 361, (362).

³⁷⁵ Dudenredaktion (o.J.) „Wesen“:

<https://www.duden.de/rechtschreibung/Wesen> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

³⁷⁶ Haertel, Haertel-Studie, S. 14.

*Gesetzmäßigkeiten im Ablauf des Lebens von Pflanze, Tier und Mensch*³⁷⁷ bzw. „*naturbedingt; aus natürlichen Stoffen hergestellt, naturbelassen*“³⁷⁸

- Englische Fassung: „biological“: „*connected with the processes that take place within living things*“³⁷⁹
- Französische Fassung: „biologiques“: „*Ensemble de toutes les sciences qui étudient les espèces vivantes et les lois de la vie. Plus particulièrement, étude scientifique du cycle reproductif des espèces animales et végétales, du déroulement de la vie individuelle, par opposition à la physiologie, qui étudie les lois constantes du fonctionnement des êtres.*“³⁸⁰

Aus den drei Originalsprachen ergibt sich somit auch, dass es sich um in der Natur vorkommende Verfahren handeln muss. In Bezug auf Pflanzen sind biologische Verfahren insbesondere Fortpflanzungsverfahren, etwa die Kreuzung. Diese natürlich vorkommenden Mechanismen werden bei der Züchtung zwar durch das Eingreifen des Menschen bewusst ausgenutzt, Kern der Funktionsfähigkeit bleibt aber die natürlich stattfindende Reproduktion der Pflanzen durch Kreuzung und Selektion.³⁸¹

Wenn man also den Begriff „biologisch/biological/biologiques“ als Gegenbegriff zu „technisch/technical/techniques“ sieht, so lohnt sich zur Begriffsbestimmung auch hierauf ein Blick, vor allem da dies an anderer Stelle im EPÜ definiert wird. Gem. Art. 52 Abs. 1 EPÜ zählen zur Technik alle technischen Gebiete, insbesondere der Physik und Chemie.

Als technisch wurde sehr früh durch den BGH im nationalen deutschen Recht „*die Lehre zum planmäßigen Handeln unter Einsatz der beherrschbaren Naturkräfte zur Erreichung eines*

³⁷⁷ Dudenredaktion (o.J.) „Biologie“: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Biologie#Bedeutung-1> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

³⁷⁸ Brockhaus Redaktion, Brockhaus Enzyklopädie Online „biologisch (allgemein)“: <https://brockhaus.de/ecs/enzy/article/biologisch-allgemein> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

³⁷⁹ Oxford Learner's Dictionariesredaktion (o.J.) „biologie“: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/biological?q=biological> (zul. abgerufen am: 03.03.2021), dt. Übersetzung: „mit den Prozessen, die innerhalb von Lebewesen ablaufen, Verbundenes“.

³⁸⁰ Larousseredaktion (o.J.) „biologie“: <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/biologie/9430> (zul. abgerufen am: 03.03.2021), dt. Übersetzung: „*Alle Wissenschaften, die sich mit lebenden Arten und den Gesetzen des Lebens befassen. Genauer gesagt, die wissenschaftliche Untersuchung des Reproduktionszyklus von Tier- und Pflanzenarten, des Verlaufs des individuellen Lebens, im Gegensatz zur Physiologie, die die konstanten Gesetze der Funktionsweise von Lebewesen untersucht.*“.

³⁸¹ Melullis, in: Benkard EPÜ, Art. 53 Rn. 105.

*kausal übersehbaren Erfolges*³⁸² definiert. Der Einsatz von lebender Materie, auch bekannt als belebte Natur, schließt den technischen Charakter nicht prinzipiell aus, solange ein planmäßiges Eingreifen des Menschen Teil des Prozesses ist.³⁸³ Dabei zeigt die Abgrenzung zum Technikbegriff, dass das Eingreifen des Menschen über die bloße Nachahmung der biologischen Kreuzungsvorgänge hinausgehen muss.³⁸⁴ Vorgänge die auch in der Natur in gleicher Weise vorkommen können und durch menschliches Eingreifen nur sichergestellt bzw. beschleunigt werden, indem die Wirkungsweise vollständig natürlichen Vorgängen entspricht, kann nicht als technisch angesehen werden. Die gezielte Bestäubung von Blüten mit anderen Blüten, beispielsweise durch Pinsel, wäre demnach trotz menschlicher Tätigkeit ein biologisches Verfahren. Der Eingriff des Menschen reduziert sich hier auf den Transport des Blütenstaubes zwischen den Blüten untereinander, der in der Natur sonst von Bienen oder Windbewegungen ausgeführt wird. Demnach ist der Eingriff auf das Verfahren nur die bewusste Bestäubung, die weiterhin rein biologisch abläuft. Dasselbe gilt auch dann, wenn vorher eine Auswahl der zu bestäubenden Blüten stattgefunden hat, denn auch hierdurch wird nur der natürlich vorkommende Bestäubungsprozess nachgeahmt.

Für den Patentierungsausschluss an sich ergibt sich somit, dass biologisch seinem Wortlaut nach als natürlich vorkommend in Abgrenzung zu technisch, also durch menschliche Vorrichtung, die die Natur nicht leisten kann, beeinflusst, verstanden werden muss.

c. Verfahren/processes/que les procédés

Als weiterer Wortlautbestandteil wird im Folgenden der Begriff „*Verfahren/processes/[que les] procédés*“ näher betrachtet.

In den offiziellen Vertragssprachen hat der Begriff jeweils folgende Bedeutung:

- Deutsche Fassung „Verfahren“: *„Art und Weise der Durch-, Ausführung von etwas, [bzw.] Methode“*³⁸⁵
- Englische Fassung „process[es]“: *„a series of things that are done in order to achieve a*

³⁸² BGH 27.03.1969 X ZB 15/67 "Rote Taube"; diese Formel wurde auch durch das EPA anerkannt, siehe dazu II.4. Rechtsprechung.

³⁸³ *Melullis*, in: Benkard PatG, § 2a Rn. 5.

³⁸⁴ Andere Ansicht dazu *Tilmann*, der aber übersieht, dass natürliche Phänomene durch menschliches Einwirken auch eine schlichte Unterstützung des natürlichen Prozesses sein kann in: GRUR 2009, 361.

³⁸⁵ *Dudenredaktion* (o.J.) „Verfahren“: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Verfahren> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

particular result“ bzw. „a method of doing or making something, especially one that is used in industry“³⁸⁶

- Französische Fassung „[que les] procédé[s]“: *Manière de s'y prendre, méthode pratique pour faire quelque chose: Un nouveau procédé de fabrication.*³⁸⁷

Übereinstimmend handelt es sich somit um eine Methode, um etwas herzustellen. Der Begriff des „Verfahrens“ ist auch an anderen Stellen des Patentrechts sehr präsent. Man kann im Zuge der „ordinary meaning rule“ davon ausgehen, dass der Gesetzgeber eine einheitliche Auslegung des Begriffes im gesamten EPÜ angestrebt hat.³⁸⁸

Der Begriff „Verfahren“ ist innerhalb des materiell rechtlichen Teils als eine Kategorie des Patentschutzes zu verstehen. Dem Patentschutz zugänglich sind demnach technische Lehren entweder als Erzeugnis oder Verfahren.³⁸⁹ Bei einem Verfahrenspatent handelt es sich um eine bestimmte technische Anweisung, wohingegen bei einem Erzeugnispatent das Produkt an sich im Mittelpunkt steht.³⁹⁰ Unter Verfahren können entweder Herstellungsverfahren, Arbeitsverfahren oder Anwendungen bzw. Verwendungen verstanden werden.³⁹¹

d. Zur Züchtung/for the production/d'obtention

Der Patentierungsausschluss enthält als weiteres phonetisches Element den Begriff „zur Züchtung/for the production/d'obtention“

In den offiziellen Vertragssprachen hat der Begriff jeweils folgende Bedeutung:

- Deutsche Fassung „[zur] Züchtung“: „Die Beeinflussung von Populationen, Linien, Rassen und Sorten durch vom Menschen herbeigeführte Selektionen, gelenkte

³⁸⁶Oxford Learner's Dictionariesredaktion (o.J.) „process“:

https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/process1_1?q=process (zul. abgerufen am: 03.03.2021), dt. Übersetzung: „eine Reihe von Dingen, die getan werden, um ein bestimmtes Ergebnis zu erzielen“ bzw. „eine Methode, etwas zu tun oder herzustellen, insbesondere in der Industrie“.

³⁸⁷Larousseredaktion (o.J.) „procédé“: dt. Übersetzung: „die Art und Weise, wie man es macht, die praktische Methode, etwas zu tun: Ein neues Herstellungsverfahren.“

³⁸⁸Außer Betracht bleiben Vorschriften, die das Verfahren als Patentverfahren beschreiben. Dies ergibt sich aus der Trennung zwischen materiellen und formellen Vorschriften und dem Umstand, dass es sich bei den Begriffen des formellen Verfahrens und des materiellen Verfahrens schlicht um ein Homonym handelt, das zwar nicht phonetisch aber semantisch als zwei unterschiedliche Worte behandelt werden kann.

³⁸⁹Osterrieth, Patentrecht, Rn. 356.

³⁹⁰Osterrieth, Patentrecht, Rn. 366.

³⁹¹Osterrieth, Patentrecht, Rn. 367-370.

Kreuzungen und künstlich erzeugte Mutationen (Pflanzenzucht, Tierzucht).³⁹²

- Englische Fassung „[for] the production“: *„the process of growing or making [food,] goods or materials, especially large quantities“*³⁹³
- Französische Fassung „[d']obtention“: *„Fait de produire quelque chose à la suite de recherches.“*³⁹⁴

Das Merkmal weist im Gegensatz zu den zuvor geprüften Merkmalen keine vollständige Übereinstimmung auf. Während in der deutschen Fassung das Wort „Züchtung“ verwendet wird, das einen sehr engen Bezug zur Vermehrung biologischen Materials aufweist, ist sowohl durch das englische Wort „production“ als auch das französische Wort „obtention“, kein biologischer Bezug erkennbar. In beiden Sprachen würde es einen Begriff geben, der einer Übersetzung des Begriffs „Züchtung“ näherkommt. Die englische Variante wäre „breeding“³⁹⁵, die französische Variante wäre „elevage“.³⁹⁶ Würde man die Übereinstimmung der englischen und französischen Version als Grundlage verwenden, so wäre es korrekt in der deutschen Version den Begriff „Produktion“ zu verwenden.

Aus den Travaux Préparatoires ergeben sich aber eindeutige Hinweise, dass die Verfasser als Bedeutung die Züchtung/breeding/elevage vor Augen hatten.³⁹⁷ Aus den bisherigen Entscheidungen ergibt sich auch des Öfteren der Hinweis, dass es sich bei den strittigen Patenten um „breeding“ Verfahren und Techniken handelt.³⁹⁸ Dies ist auch indiziert durch die Revision des EPÜ im Jahre 2000. Die Diplomatische Konferenz hatte innerhalb des Art. 53 lit. b EPÜ den Begriff „Tierart“ durch „Tierrasse“ ersetzt, um die deutsche Sprachversion in Übereinstimmung mit der englischen Version „animal varieties“ und der

³⁹² Brockhaus Redaktion, Brockhaus Enzyklopädie Online „Züchtung (Tier- und Pflanzenzucht“:

<https://brockhaus.de/ecs/enzy/article/zuchtung-tier-und-pflanzenzucht> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

³⁹³ Oxford Learner's Dictionariesredaktion (o.J.) „production“:

<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/production?q=production> (zul. abgerufen am: 03.03.2021), dt. Übersetzung: *„der Prozess des Anbaus oder der Herstellung von [Lebensmitteln,] Gütern oder Materialien, insbesondere großer Mengen.“*

³⁹⁴ Larousseredaktion (o.J.) „obtention“:

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/obtention/55457?q=obtention#55079> (zul. abgerufen am: 03.03.2021), dt. Übersetzung: *„Etwas produzieren als Ergebnis von Forschung.“*

³⁹⁵ Oxford Learner's Dictionariesredaktion (o.J.) „breeding“

<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/breeding?q=breeding> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

³⁹⁶ Larousseredaktion (o.J.) „elevage“ <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-anglais/%C3%A9levage/28251> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

³⁹⁷ Aus den Travaux préparatoires EPÜ 1973, Art. 53 E, S. 20, abrufbar unter:

[http://webserv.epo.org/projects/babylon/tpepc73.nsf/0/A79664CCCE197AC1C12574270049F447/\\$File/Art53eTPEPC1973.pdf](http://webserv.epo.org/projects/babylon/tpepc73.nsf/0/A79664CCCE197AC1C12574270049F447/$File/Art53eTPEPC1973.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

³⁹⁸ Godt, in: IIC 2018, 512 (519); sowie: EPA T 0320/87, EG 012.

französischen Version „races animales“ zu bringen.³⁹⁹ Die Begriffe „Züchtung/production/obtention“ hingegen wurden weder als nicht übereinstimmend diskutiert noch verändert. Es ist also anzunehmen, dass der Gesetzgeber keine unterschiedliche Bedeutung in den Sprachfassungen gesehen hat.

Aus den oben angeführten Erläuterungen ergibt sich auch, dass der deutsche Begriff „Züchtung“ auf die Beeinflussung der Population einer Pflanze gerichtet ist. Ziel dieser Beeinflussung ist aber auch in der Züchtung die Schaffung neuer Pflanzen und somit in Übereinstimmung mit den anderen Sprachversionen, die „production“ bzw. „obtention“.⁴⁰⁰ Der sprachliche Unterschied könnte jedoch dann ausschlaggebend werden, wenn ein Verfahren zur Produktion einer Pflanze nicht mehr unter den Begriff der „Züchtung“ zu subsumieren ist. Dies ist jedoch bis zum heutigen Tag nicht vorgekommen und es sind aus heutiger Sicht auch keine Verfahren zur Produktion von Pflanzen ersichtlich, die nicht unter den Begriff der „Züchtung“ gefasst werden können. Insbesondere da durch das Element „biologisch“ die züchtungsrelevanten Aspekte der Produktion mitumfasst werden. Insofern ist nach der „ordinary meaning rule“ der Begriff in Übereinstimmung der drei Sprachversionen als Gewinnung bzw. Produktion von Pflanzen zu verstehen.

e. Von Pflanzen [oder Tieren]/of plants [or animals]/ de végétaux [ou d'animaux]

Als letzten relevanten Wortbestandteil enthält der Patentierungsausschluss den Begriff „Pflanzen“.⁴⁰¹ Dieser hat in den Amtssprachen jeweils folgende Bedeutung:

- Deutsche Fassung „Pflanze[n]“: *„Bezeichnung für eine formenreiche, rund 360 000 Arten umfassende Gruppe von Organismen, die sich im Gegensatz zu den Tieren im Allgemeinen mithilfe der Fotosynthese ganz von anorganischen Stoffen (autotroph) ernähren.“*⁴⁰² *„[Zur]Organismengruppe der Eukaryoten“*⁴⁰³ *[gehörend].“*⁴⁰⁴
- Englische Fassung „plant“: *„multicellular organisms in the kingdom Plantae that use*

³⁹⁹ *Lai*, in: Visser's EPC, Art. 53, Rn. 2.1.

⁴⁰⁰ *Jung*, in: Journal für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit 03/2008, S. 83.

⁴⁰¹ Der Patentierungsausschluss ist in gleicher Weise auch auf „Tiere“ anwendbar, diese bleiben in der vorliegenden Arbeit außer Betracht.

⁴⁰² *Brockhaus Redaktion*, Brockhaus Jugendlexikon Online „Pflanzen“: <https://brockhaus.de/ecs/julex/article/pflanzen-20> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁴⁰³ Als Eukaryoten werden Organismen mit echtem Zellkern bezeichnet, siehe: *Wehner/Gehring*, Zoologie, S. 17.

⁴⁰⁴ *Brockhaus Redaktion*, Brockhaus Enzyklopädie Online „Pflanzen“: <https://brockhaus.de/ecs/enzy/article/pflanzen-20> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

*photosynthesis to make their own food[...].*⁴⁰⁵

- Französische Fassung „végétaux“ : „Être vivant généralement chlorophyllien et fixé au sol, doué d'une sensibilité et d'une mobilité extrêmement discrètes, capable de se nourrir principalement ou exclusivement de sels minéraux et de gaz carbonique, et dont les cellules sont habituellement limitées par des membranes squelettiques de nature cellulosique.“⁴⁰⁶

Auch hier sind die Amtssprachen übereinstimmend. Pflanzen stellen Organismen dar, die sich auf Grundlage von Fotosynthese fortpflanzen und einen festen Zellkern besitzen.

f. Gesamtbetrachtung des Wortlauts

In Anbetracht der voranstehenden Ausführungen folgt nun die Gesamtbetrachtung anhand der „ordinary meaning rule“. Die Wortbestandteile sind in allen Vertragssprachen weitestgehend übereinstimmend. Die unterschiedliche Bedeutung der Worte „Züchtung/production/obtention“ sind marginal und können daher vernachlässigt werden. Ausgehend vom Wortlaut ist der Patentierungsausschluss somit für Verfahren gedacht, die zur Züchtung von Pflanzen angewandt werden und die auf Grundlage von natürlich vorkommenden Prozessen zu einer Reproduktion der Ausgangsmaterialien führen. Aus dem Wortlaut nicht eindeutig abzulesen ist die Frage, ab wann die Beeinflussung des Menschen ein Verfahren als nicht mehr biologisch, sondern technisch qualifizieren lässt. Ausgehend vom Wortlaut sind auch nur die Verfahren an sich von der Patentierbarkeit ausgenommen, jedoch nicht die Erzeugnisse — solange sie nicht unter den Patentierungsausschluss von Pflanzensorten gefasst werden können.

2. Historische Entwicklung

Der Patentierungsausschluss wurde bereits in der ersten Fassung des EPÜ im Jahre 1973 verabschiedet und blieb in Hinblick auf *im Wesentlichen biologische Verfahren* seither

⁴⁰⁵ *BD Editors*, biology dictionary Online „plant“: <https://biologydictionary.net/plant/> (zul. abgerufen am: 03.03.2021), dt. Übersetzung: „Pflanzen sind mehrzellige Organismen im Königreich Plantae, die die Photosynthese zur Herstellung ihrer eigenen Nahrung nutzen“.

⁴⁰⁶ *Larousseredaktion* (o.J.) „végétaux“

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/v%c3%a9g%c3%a9taux/81252?q=vegetaux#80305> (zul. abgerufen am: 03.03.2021), dt. Übersetzung: „Ein im Allgemeinen chlorophyllhaltiges, bodengebundenen Lebewesen mit extrem geringer Empfindlichkeit und Mobilität, das sich hauptsächlich oder ausschließlich von Mineralsalzen und Kohlendioxid ernähren kann und dessen Zellen in der Regel durch Skelettmembranen zelluloseartiger Art begrenzt sind.“.

unverändert.⁴⁰⁷

Zum Zeitpunkt der Beratungen über das EPÜ und die Verabschiedung gab es in den nationalen Schutzrechten der Mitgliedstaaten unterschiedliche Ansichten und verschiedene Rechtsschutzregime für den gewerblichen Rechtsschutz von Verfahren zur Züchtung von Pflanzen.⁴⁰⁸ In Deutschland beispielsweise wurde bereits im Jahre 1953 ein Sortenschutzgesetz etabliert⁴⁰⁹, das 1968 auf Grundlage des UPOV überarbeitet wurde.⁴¹⁰ Um Streitigkeiten und Unstimmigkeiten zu vermeiden, wurde daher der Patentierungsausschluss nicht nur für Pflanzensorten, sondern auch für Verfahren zu deren Gewinnung eingeführt.⁴¹¹ Ziel der Vertragsstaaten war es, biologische Verfahren aus dem Anwendungsbereich auszuschließen. Jedoch war auch zu diesem Zeitpunkt bereits bekannt, dass gemischt Verfahren angewandt werden können, die sowohl technische als auch biologische Verfahrensschritte aufweisen.⁴¹² Insofern wurde bereits bei der Einführung des EPÜ nicht mehr auf den historischen Ansatz zurückgegriffen, der eine Patentierbarkeit jeglicher lebender Materie ausschloss.⁴¹³ Allerdings waren die technischen Fortschritte noch nicht derart ausgereift bzw. bekannt, dass die Vertragsstaaten sicher gehen konnten — oder wollten —, dass biotechnologische Verfahren das Erfordernis der Wiederholbarkeit überwinden können.⁴¹⁴ Der Patentierungsausschluss ist daher sowohl auf diplomatische Erwägungen als auch auf technische Überlegungen zurückzuführen. Es bleibt aber festzuhalten, dass der Patentierungsausschluss seit 1973 nicht geändert wurde, obwohl sich durch die Revision des EPÜ im Jahre 2000 eine Möglichkeit dafür gezeigt hätte.

⁴⁰⁷ Siehe hierzu die Revisionsakte von 2000 ohne Änderungen bei Art. 53 lit. b EPÜ bzgl. des Patentierungsausschlusses für *im Wesentlichen biologische Verfahren* zur Züchtung von Pflanzen: http://archive.epo.org/epo/pubs/oj001/02_01/se_2001.pdf (zul. abgerufen am: 03.03.2021); sowie EPA G 02/07, EG 03.3 sowie 6.4.2.2.

⁴⁰⁸ *Haertel*, Haertel-Studie, S. 14.

⁴⁰⁹ Gesetz über Sortenschutz und Saatgut von Kulturpflanzen (Saatgutgesetz) in der Fassung vom 27. Juni 1953, abgedr. in: Dt. BGBL. 1953, Teil I, S. 450.

⁴¹⁰ Gesetz über den Schutz von Pflanzensorten (Sortenschutzgesetz) in der Fassung vom 20. Mai 1968, abgedr. in Dt. BGBL. 1968, Teil Abs. 1 S, 429.

⁴¹¹ EPA G 02/07, IV.3.

⁴¹² Travaux préparatoires EPÜ 1973, Art. 53 E S. 5, 57; abrufbar unter: [http://webserv.epo.org/projects/babylon/tpepc73.nsf/0/A79664CCCE197AC1C12574270049F447/\\$File/Art53eTPEPC1973.pdf](http://webserv.epo.org/projects/babylon/tpepc73.nsf/0/A79664CCCE197AC1C12574270049F447/$File/Art53eTPEPC1973.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021); sowie *Pfanner*, in: GRUR Int. 1962, 545 (547).

⁴¹³ Zu den historischen Argumenten, die einen pauschalen Patentierungsausschluss der belebten Natur vorsah, *Beier/Straus*, in: Bitburger Gespräche, S. 128 (132).

⁴¹⁴ *Beier/Straus*, in: Bitburger Gespräche, S. 128 (137).

3. Systematische Stellung

Innerhalb des EPÜ gibt es an mehreren Stellen Vorschriften für biologische und biotechnologische Verfahren. Der Patentierungsausschluss ist daher umso mehr im Gesamtzusammenhang des EPÜ zu betrachten.⁴¹⁵ Um den Patentierungsausschluss der *im Wesentlichen biologischen Verfahren* systematisch einzuordnen, wird die Vorschrift zunächst in ihrer Stellung im EPÜ an sich betrachtet und im Anschluss im Zusammenspiel mit der AOEPÜ. Dabei wird nicht nur die Vorschrift an sich betrachtet, sondern auch weitere Regelungen im Bereich der Biotechnologie, die dem Patentierungsausschluss des *im Wesentlichen biologischen Verfahrens* kontextual nahestehen.

a. Innerhalb des EPÜ

Zum allgemeinen systematischen Kontext kann auf die Ausführungen zu der systematischen Betrachtung des Patentierungsausschlusses für Pflanzensorten verwiesen werden. Auch hier ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber systematisch nicht an das patentrechtliche Erfordernis der Erfindung anknüpft. Wie auch schon aus den historischen Erläuterungen ersichtlich wird, sollte daher nicht der gesamte Bereich der belebten Natur und insbesondere in diesem Kontext Verfahren betreffend die lebende Materie (Pflanzen, Pflanzenteile) ausgenommen werden, sondern Verfahren die keinem Patentschutz unterstehen sollen, obwohl es sich um Erfindungen im herkömmlichen Sinn handelt.⁴¹⁶

Auch für den Patentierungsausschluss des *im Wesentlichen biologischen Verfahrens* wird nun der Gesamtkontext genauer betrachtet. Auch hierfür sind die oben angeführten Erläuterungen analog anwendbar, weshalb sich die Betrachtung auf den systematischen Kontext des Patentierungsausschlusses innerhalb der Norm konzentriert.

Für biologische Verfahren ergibt sich zusätzlich der systematische Zusammenhang zu den Patentierungsausschlüssen in Art. 53 lit. c EPÜ, der den Begriff des ausgenommenen Verfahrens spezifiziert. Demnach sind chirurgische und therapeutische Verfahren nur für menschliche und tierische Körper ausgenommen. Durch den Ausschluss sollen ärztliche Untersuchungen und Behandlungen ausgeschlossen werden.⁴¹⁷ Für Pflanzen steht die

⁴¹⁵ Bruchhausen, in: GRUR Int. 1983, 205 (210).

⁴¹⁶ Kraßer/Ann, Patentrecht, § 14 Rn. 53.

⁴¹⁷ Fitzner, BeckOK PatenR, Art. 53 Rn. 109.

Patentierung dahingehend offen.⁴¹⁸ Dies ist insbesondere damit zu begründen, dass Sinn des Patentierungsausschlusses ist, das gemeinschaftliche Ziel der Gesundheit nicht zu monopolisieren.⁴¹⁹ Diesen moralischen Ausschluss sah man bei Pflanzen nicht gegeben, auch wenn diese, ähnlich wie Mensch und Tier, an Krankheiten leiden können.⁴²⁰ Insofern ist auch nochmal systematisch untermauert, dass Verfahren, die die pflanzliche Materie betreffen, nicht generell von der Möglichkeit der Patentierung ausgeschlossen sind.

Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den Patentierungsausschluss für *im Wesentlichen biologische Verfahren* zur Züchtung von Pflanzen bewusst zusammengefasst hat. Ungeachtet dessen verwendet der Gesetzgeber innerhalb des Art. 53 lit. b EPÜ verschiedene Terminologien:

Es müssen die Begrifflichkeiten „Pflanze“ und „Pflanzensorte“ voneinander abgegrenzt werden. Durch die parallele Nutzung innerhalb einer einzigen Vorschrift ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber diese Unterscheidung bewusst eingegangen ist. In den vorbereitenden Arbeiten ist hierzu keine Erklärung zu erkennen. Es ist aber festzustellen, dass der Patentierungsausschluss für *im Wesentlichen biologische Verfahren* nicht auf die, durch Sortenschutzgesetze schutzwürdigen Pflanzensorten, sondern für alle Pflanzen ausgelegt ist, unabhängig ob ein konkurrierendes Schutzrecht eingetragen werden kann oder nicht. Insofern ist die historische Begründung des „Doppelschutzverbots“ nicht nachvollziehbar.

b. In Zusammenhang mit der AOEPÜ

Der im EPÜ ziemlich vage ausgestaltete Teil des Patentierungsausschlusses wird in der AOEPÜ näher spezifiziert. Innerhalb der AOEPÜ findet sich ein eigenes Kapitel zu biotechnologischen Erfindungen. Insofern lässt sich auch festhalten, dass der Gesetzgeber einen Unterschied zwischen biologischen Erfindungen bzw. Verfahren und biotechnologischen Erfindungen gesehen hat. Die AOEPÜ ist zwar Teil des Vertragstexts aber in Konfliktfällen als nachrangig anzusehen, gem. Art. 164 Abs. 1, 2 EPÜ. Die AOEPÜ soll jedoch durch das vereinfachte Beschlussverfahren im Verwaltungsrat eine flexible Konkretisierung innerhalb des Vertragstexts ermöglichen und neue Entwicklungen mit einfließen lassen.⁴²¹ Diese

⁴¹⁸ *Lai*, in: Visser's EPC, Art. 53 Rn. 2.1.

⁴¹⁹ *Melullis*, in: Benkard EPÜ, Art. 53 Rn. 141.

⁴²⁰ Siehe dazu bspw. *Iljin* über die Kalkchlorose der Weinrebe, in: *Planta* 35, 701- 749 oder *Jaag*, in: Verhandlungen der Schweizerischen Naturforschenden Gesellschaft, Band 123, S. 53.

⁴²¹ *Schäfers/Henke*, Benkard EPÜ, Art. 164 Rn. 8.

Kompetenz steht dem Verwaltungsrat sowohl bei formellen als auch dem ohnehin sehr knapp gehaltenen materiellen Teil des EPÜ zu⁴²² und somit auch in Bezug auf die Patentierungsausschlüsse des Art. 53 lit. b EPÜ. In Reg. 26 Abs. 2-6 AOEPÜ sind zunächst die wichtigsten Begriffe legaldefiniert. Für die Auslegung des Patentierungsausschlusses für *im Wesentlichen biologische Verfahren* sind folgende Definitionen relevant: Durch die Definition des biotechnologischen Verfahrens in Abs. 2 lässt sich zunächst feststellen, dass der Gesetzgeber einen Unterschied zwischen rein biologischen und biotechnologischen Verfahren erkannt hat und diese für den Patentierungsausschluss zu unterscheiden sind. Insofern spiegelt sich auch hier die historische Entstehung des Patentierungsausschlusses wider. Anders als noch einige Jahre zuvor waren sich die Vertragsstaaten einig, dass nicht jede Erfindung in Bezug auf biologisches Material — im Kontext dieser Arbeit dementsprechend nicht jede Erfindung, die mit Pflanzen oder Pflanzenmaterial zusammenhängt — grundsätzlich von der Patentierung ausgeschlossen werden soll. Auch wird deutlich, dass ein Verfahren zur Herstellung einer Pflanze und somit das Ziel der Pflanzenzüchtung patentiert werden kann. Die Definition gibt jedoch keinerlei Aufschluss, inwiefern ein biologisches von einem biotechnologischen Verfahren zu unterscheiden ist. Auch ist kein Hinweis erkennbar, ob dies aufgrund qualitativer oder quantitativer Merkmale vorzunehmen ist.

Für die Qualifizierung als biologisches Verfahren wurde zusätzlich Reg. 26 Abs. 5 AOEPÜ eingeführt. Insofern hat sich der Gesetzgeber darauf festgelegt, dass eine Quantifizierung nicht durch die Rechtsprechung erfolgen muss, sondern dass das Merkmal „im Wesentlichen“ dann erfüllt ist, wenn das Verfahren vollständig biologisch ist. Demnach ist jedes Verfahren patentierbar, das mindestens einen nicht-biologischen Schritt enthält.⁴²³ Auch in Bezug auf die Qualifizierung des biologischen Verfahrens versucht Abs. 5 eine Klassifizierung zu treffen. Demnach ist „biologisch“ als auf natürlichen Phänomenen wie Kreuzung und Selektion beruhend zu verstehen. Kreuzung und Selektion sind in diesem Falle natürlich nur beispielhaft und nicht abschließend angeführt. Insofern treffen sich auch die oben angeführten Erläuterungen zur Abgrenzung des biologischen Verfahrens von einem technischen Verfahren. Denn eine reine Nachahmung der natürlichen Phänomene lässt ein Verfahren weiterhin auf deren Grundlage beruhen. Somit bleibt bemerkenswert, dass der

⁴²² Schäfers/Henke, Benkard EPÜ, Art. 164 Rn. 11.

⁴²³ Tilmann, in: GRUR 2009, 361 (362).

Gesetzgeber *im Wesentlichen* so gesehen hat, wie es ursprünglich in das EPÜ hätte einfließen sollen, nämlich als reines biologisches Verfahren.⁴²⁴

c. Gesamtbetrachtung

Es ist festzustellen, dass der Patentierungsausschluss des *im Wesentlichen biologischen Verfahrens* durch das EPÜ sehr vage gehalten ist. Der große Interpretationsspielraum wurde durch die Ergänzungen im Rahmen der AOEPÜ teilweise genutzt. So ergeben sich für den Anwender des EPÜ eindeutige Erklärungen und Unterscheidungen der Begriffe „Pflanzen“ und „Pflanzensorte“, sowie Anhaltspunkte der Unterscheidung zwischen biotechnischen und biologischen Verfahren.

Es bleiben aber auch im Zusammenspiel des EPÜ mit der AOEPÜ Rechtsfragen offen, die der Klärung durch die Rechtsprechung bedürfen.

Es stellt sich dabei insbesondere die Frage, welche Elemente eines gemischt biologisch/technischen Verfahrens patentierbar sein sollen. Hierbei bleibt zu bedenken, dass für biologische Verfahrensschritte an sich kein Schutz entstehen soll. Dies ist aus dem Patentierungsausschluss deutlich und wird durch das Patentrecht als Schutz für technische Neuerfindungen unterstrichen.⁴²⁵ Jedoch sind die biologischen Verfahrensschritte in Kombination mit den technischen Schritten oft essenziell, um das gewünschte Ergebnis zu erreichen. Die technischen Verfahrensschritte können dabei abhängig von biologischen Vorgängen sein, beispielsweise einer Selektion des biologischen Materials und deren Kreuzung. Insofern ergibt sich für Züchtungsverfahren die spezielle Frage, ob die Patentansprüche abweichend von den Patentverfahrensschritten bewertet werden müssen.

4. Praxisrelevante Auslegungsfragen

Wie bereits oben erwähnt, lässt der primäre Vertragstext des EPÜ einen weiten Auslegungsspielraum des Patentierungsausschlusses für *im Wesentlichen biologische Verfahren* zur Züchtung von Pflanzen. Die Interpretation der Rechtsprechung ist daher von essenzieller Bedeutung. Jedoch hatten in Folge der Entscheidungspraxis des EPA nicht nur die Beschwerdekammern, sondern auch andere Institutionen wie der Präsident des EPA und der

⁴²⁴ Tilmann, in: GRUR 2009, 361 (363).

⁴²⁵ Kraßner/Ann, Patentrecht, § 1 Rn. 1.

Verwaltungsrat einen erheblichen Einfluss auf die Konkretisierung. Um die Entwicklung nachvollziehbar darstellen zu können, werden daher im Folgenden die Entwicklungen innerhalb des EPA zusammengefasst und kritisch analysiert. Die enge Verbindung mit dem Patentierungsausschluss von Pflanzensorten zeigt sich auch daran, dass einige Verfahren bereits in der Rechtsprechungspraxis für den Patentierungsausschluss von Pflanzensorten behandelt wurden. Ungeachtet dessen sind die Verfahren hier abermals zu betrachten, da durchaus unterschiedliche Erwägungen in die Entscheidungen miteinfließen.

a. Qualifikation des erforderlichen technischen Anteils

Neben den oben angesprochenen Hybridpflanzen beanspruchte das Patent auch das Verfahren zur Herstellung dieser Pflanzen.

Im Zentrum stand die Frage, ob die Verfahrensschritte patentiert werden können oder ob es sich bei den beschriebenen Verfahrensschritten um ein rein biologisches Verfahren handelt. Die Kammer weist ausdrücklich darauf hin, dass der Patentierungsausschluss eng ausgelegt werden muss, da es sich um die Ausnahme des Patentierungsgrundsatzes handelt.⁴²⁶ Die Differenzierung eines technischen Verfahrens von einem biologischen Verfahren hat auf Grundlage der Eingriffe und ihrer Auswirkungen auf das Ergebnis zu erfolgen.⁴²⁷ Insofern stellt die Kammer darauf ab, ob das Ergebnis auf diese Weise auch in der Natur auftreten hätte können. Wenn man die einzelnen Verfahrensschritte näher betrachtet, so ist das Verfahren durch drei verschiedene Verfahrensschritte gekennzeichnet: Selektion, Kreuzung und Klonen.

Die Selektion der einzelnen Pflanzen, die für das Verfahren verwendet werden, ist durch eine menschliche Selektion, also ein menschliches Eingreifen, gekennzeichnet. Allerdings ist hierbei zu bedenken, dass die menschliche Auswahl der meist geeigneten Pflanzen das gewünschte Ergebnis nur sicherstellt. Dies könnte jedoch auch in der Natur vorkommen, in der natürliche Selektionsmechanismen – wie das Prinzip des „survival of the fittest“ – nicht unüblich sind. Insofern ist der menschliche Einfluss hier nicht essenziell für das Verfahren, sondern nur eine Sicherstellung des gewünschten Ergebnisses.

Ähnlich verhält es sich auch mit der Kreuzung. Ziel ist es hierbei, vorteilhafte Gene der

⁴²⁶ EPA T 0320/87, EG 6; kritisch hierzu: *Lange*, in: GRUR Int. 1995, 586 (588).

⁴²⁷ *Ibid.*

Pflanzen miteinander zu verbinden.⁴²⁸ Durch das menschliche Eingreifen wird hierbei sichergestellt, dass eine Kreuzung tatsächlich und zwischen den gewünschten Pflanzen erfolgt. Das Kreuzungsverfahren an sich kommt jedoch auch in der Natur vor, der menschliche Eingriff beschränkt sich auf die Sicherstellung des gewünschten Ergebnisses. Denn durch gezielte Kreuzung ist es möglich, homozygote und heterozygote Merkmale⁴²⁹ zuverlässig zu bestimmen.⁴³⁰ Dieses Verfahren ist nicht nur sehr arbeitsaufwändig, sondern mit herkömmlichen Züchtungsmethoden auch sehr zeitintensiv, da mehrere Vermehrungszyklen stattfinden müssen, um die Gensequenzen eindeutig zuordnen zu können.⁴³¹ Diese Wiederholungen sind unerlässlich, um das Ziel der Pflanzenzüchtung, nämlich eine Population mit stabilem Phänotyp,⁴³² zu erhalten.

Zusätzlich ist aus der Patentanmeldung explizit abzulesen: Die Schritte a und b werden durchgeführt, „to obtain original-parent-derived hybrids that are phenotypically uniform“. Insofern sind die ersten Schritte im Grunde für das Endergebnis nur insofern relevant, als durch die Kreuzungen der gewünschte Genotyp sichergestellt wird. Dadurch wird die „try and error“-Kontrolle, die erst zu einem späteren Zeitpunkt im Verfahren durchführbar ist, ersetzt.⁴³³

Der menschliche Eingriff in die Kreuzung ist daher nur zur Sicherstellung des gewünschten natürlich vorkommenden Ergebnisses erforderlich.⁴³⁴ Als letzten eigenständigen Schritt enthält das Verfahren das Klonen. Dieses ist in der Natur nicht vorhanden, war aber auch zum damaligen Zeitpunkt schon bekannt und gehörte somit zum Stand der Technik.⁴³⁵ Bei Klonzüchtungen wird das Ausgangsmaterial mithilfe von Gewebekulturen anstelle von anderen Pflanzenmaterial vegetativ vermehrt.⁴³⁶ Es entstehen somit Pflanzen, die den gleichen Genotyp aufweisen wie das Ausgangsmaterial. Dieses Verfahren wird verwendet,

⁴²⁸ Schenk, Untersuchung zur Exzision und zielgerichteten Integration, S. 1.

⁴²⁹ Homozygote Merkmale sind durch übereinstimmende Gene auf beiden Allelen der Pflanze kodiert. Heterozygote Merkmale sind hingegen nur auf einem Allel kodiert. Bei der Kreuzung mit heterozygoten Merkmalen kann es vorkommen, dass diese nicht auf die nächste Generation weitergegeben werden, da die Kreuzung der Elternpflanze nur mit einem der beiden Allele erfolgt, Heberer, in: Grüne Gentechnik, S. 2.

⁴³⁰ EPA T 0320/87, EG 7.

⁴³¹ Ernährungsdienst, in: Saatgutmagazin Nr. 086, S. 003(III).

⁴³² Der Phänotyp beschreibt das Erscheinungsbild der Pflanze, das durch den Genotyp kodiert wird, Heberer, in: Grüne Gentechnik, S. 2.

⁴³³ EPA T 0320/87, EG 7.

⁴³⁴ Auch Szabo beschreibt die Neuheit des Verfahrens als „crossing test“, in: IIC 1990, 468.

⁴³⁵ EPA T 0320/87, EG 7.

⁴³⁶ Heberer, in: Grüne Gentechnik, S. 7.

um das gewünschte Ausgangsmaterial einfach vervielfältigen zu können, wodurch die Ausbeute der vorherigen Verfahrensschritte gesteigert wird.

Die Neuheit dieses Erfahrens lag in der Anordnung der Verfahrensschritte. Diese können zwar wie gezeigt einzeln in der Natur vorkommen, die Kombination der Schritte kann jedoch in der Natur nur sehr unwahrscheinlich – auf jeden Fall nicht in vorhersehbare Art – in dieser Weise ablaufen und unterschied sich von der zum damaligen Zeitpunkt gängigen Züchtungspraxis.⁴³⁷ Denn anders als zu diesem Zeitpunkt üblich, wurden die Elternpflanzen selbst geklont und die Klone untereinander gekreuzt.⁴³⁸ Durch dieses Verfahren wird sichergestellt, dass der Phänotyp in der Folgegeneration stabil bleibt, obwohl die Merkmale sowohl homozygot als auch heterozygot kodiert sind.⁴³⁹ Das Gericht kommt daher zu dem Ergebnis, dass das Eingreifen des Menschen in die biologischen Abläufe eine „essential modification of known biological and classical breeders processes“ ist.⁴⁴⁰ Der Leitsatz in Abs. 1 der Entscheidung, der als Kernaussage angesehen werden kann, lautet dementsprechend:

„Für den Patentierungsausschluss sei es erforderlich, ausgehend vom Wesen der Erfindung unter Berücksichtigung des Gesamtanteils der menschlichen Mitwirkung und deren Auswirkung auf das erzielte Ergebnis [zu beurteilen].“⁴⁴¹

Ausschlaggebend für eine Patentierbarkeit von Züchtungsverfahren ist somit, dass das Verfahren nur durch menschliche Intervention stattfinden kann und dass die Ergebnisse vorhersehbar eintreten. Diese Auslegung ist angelehnt an die Rechtsprechung des BGH in der Entscheidung „Rote-Taube“⁴⁴², der die technischen Erfordernisse für ein Züchtungsverfahren sehr verständlich durch „planmäßiges Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur Erreichung eines kausal übersehbaren Erfolgs“⁴⁴³ umschrieben hat. Diese Formel eignet sich auch das EPA in seiner Entscheidung sinngemäß an.

b. Unerlässlichkeit menschlicher Einwirkung

Das Patent wurde für Pflanzen beansprucht, die resistent gegen

⁴³⁷ EPA T 0320/87, EG 8.

⁴³⁸ EPA T 0320/87, EG 9.

⁴³⁹ Ibid.

⁴⁴⁰ Ibid.

⁴⁴¹ EPA T 0320/87, EG 6 = GRUR Int. 1990, 629 (630).

⁴⁴² So auch, *Graaf*, in: GRUR Int. 1990, 629 (633).

⁴⁴³ BGH vom 27.3.1967 X ZB 15/67 „Rote Taube“.

Glutaminsynthetaseinhibitoren sind.⁴⁴⁴ Neben den Pflanzen wurde auch das Verfahren zur Herstellung beansprucht.

Das Verfahren wird in Patentanspruch 7 beschrieben als Verfahren zur

„Herstellung der Pflanzenzellen oder des Pflanzengewebes [...] mit einer rekombinanten DNA umfassen, die eine Nukleotidsequenz enthält.“⁴⁴⁵

In Hinblick auf das *im Wesentlichen biologische Verfahren* stand die Frage im Fokus, ob das angegebene Verfahren patentiert werden kann. Auch in diesem Verfahren stellt das Gericht das biologische Verfahren in Abgrenzung zu einem technischen gegenüber. Für ein besseres Verständnis ist in der Entscheidung ein Beispiel für ein technisches Verfahren genannt, das in den Travaux préparatoires zu finden ist, nämlich die Bestrahlung von Pflanzen mit Isotopen.⁴⁴⁶ Das EPA schließt daraus, dass technische Verfahren in Zusammenhang mit Pflanzenmaterial patentierbar sind, selbst wenn es ein Verfahren zur Herstellung von Pflanzen ist.⁴⁴⁷

Das Verfahren beinhaltet in Anspruch 7 das Einfügen einer rekombinierten DNA, die in die Pflanzenzelle durch Promoter und fremde Nucleotidsequenz⁴⁴⁸ eingesetzt wird. Diese werden von der Pflanze „akzeptiert“ und werden dementsprechend auch an die Folgegenerationen weitergegeben. Das Verfahren bedient sich dem natürlich vorkommenden Fortpflanzungsmechanismus⁴⁴⁹ sowie den pflanzenimmanenten Enzymen zur Aktivierung der Nucleotidsequenz. Das Verfahren hat somit eindeutig einen biologischen Bezug, kann jedoch nicht als rein biologisches Verfahren klassifiziert werden.⁴⁵⁰ Denn nur durch das menschliche Einwirken wird eine Resistenz hervorrufbar, die von Natur aus nicht besteht. Insofern nutzt das Patent die bestehenden Naturkräfte mit absehbarem Erfolg aus, wobei die Nutzung über die bloße Nachahmung der natürlichen Prozesse hinausgeht.⁴⁵¹

Diese Entscheidung ist sehr zu begrüßen. Die entstehenden Pflanzen können nicht auf natürliche Weise entstehen. Sie können daher nicht als Ergebnis eines biologischen Prozesses

⁴⁴⁴ Zur Frage der Patentierbarkeit der erzeugten Pflanzen, s. o. I.4.b.

⁴⁴⁵ EP 0044723, Patentanspruch 7 S. 54.

⁴⁴⁶ EPA T 0356/93, EG 025.

⁴⁴⁷ EPA T 0356/93, EG 026.

⁴⁴⁸ EPA G 01/98, Summary III.

⁴⁴⁹ *Melullis*, in: Benkard EPÜ, Art.53 Rn. 107.

⁴⁵⁰ *Busche*, in: GRUR Int. 1999, 299 (301).

⁴⁵¹ *Gruber*, in: Gruber Europäisches und internationales Patentrecht, Rn. 12.25.

angesehen werden, weshalb auch das Verfahren nicht als *im Wesentlichen biologisch* qualifizierbar ist. Dies muss unabhängig davon betrachtet werden, ob die Folgegenerationen sich natürlich vermehren oder nicht. Denn würde man die Einsetzung der Nucleotidsequenz unterlassen, so hätten auch die Folgegenerationen nicht die Eigenschaft der Resistenz. Diese Frage muss weniger eine Frage der Patentierbarkeit als eine Frage der Erschöpfung sein.

c. Auswirkung der Implementierung der BioTech-RL

Die BioTech-RL wurde durch die EU im Jahre 1998 verabschiedet. Trotz der formellen Unabhängigkeit des EPÜ gibt die RL in ihren Erwägungsgründen an, dass aufgrund von Unstimmigkeiten der Patentierungsvorschriften in internationalen Übereinkommen zum Patent- und Sortenschutz eine Harmonisierung wünschenswert ist.⁴⁵²

Durch Reg. 26 Abs. 1 EPÜ⁴⁵³ wird zur Auslegung des EPÜ auf die BioTech-RL verwiesen. Speziell für den Patentierungsausschluss des *im Wesentlichen biologischen Verfahrens* wurde Art. 26 Abs. 5 EPÜ⁴⁵⁴ eingeführt.

In der BioTech-RL ist ein wortlautgleicher Patentierungsausschluss für Züchtungsverfahren von Pflanzen enthalten, gem. Art. 2 Abs. 2 BioTech-RL⁴⁵⁵, der ebenfalls in die AOEPÜ übernommen wurde:

„Ein Verfahren zur Züchtung von Pflanzen oder Tieren ist im Wesentlichen biologisch, wenn es vollständig auf natürlichen Phänomenen wie Kreuzung oder Selektion beruht.“

Diese Definition weist darauf hin, dass der Hauptcharakter eines Verfahrens bestimmt werden muss und es ausreichend ist, wenn ein Verfahrensschritt nicht auf natürlich vorkommende Abläufe beruht, unabhängig von seiner Auswirkung auf das Endergebnis.⁴⁵⁶

Die daraus intendierte Auslegung ist somit sehr eng. Insoweit wird auch die Auffassung der TBK gestützt, die den Patentierungsausschluss als Ausnahme zur Regel der grundsätzlichen Patentierbarkeit streng auslegt. Die bisherige Rechtsprechungspraxis des EPÜ umfasst den strengen Wortlaut der RL. Ob der RL-Gesetzgeber aber tatsächlich nur diesen strengen

⁴⁵² BioTech-RL, EG 9.

⁴⁵³ Eingefügt als Reg. 23 b Abs. 1 AOEPÜ, geändert durch EPÜ 2000; die Befugnis des Verwaltungsrats zur Änderung des EPÜ an sich um internationale Rechtsharmonisierung zu erreichen (gem. Art. 33 Abs. 1b EPÜ) wurde erst nach Implementierung der BioTech-RL erlassen.

⁴⁵⁴ Ehemals Reg. 23b Abs. 5 EPÜ, heute: Reg. 26 Abs. 5 EPÜ.

⁴⁵⁵ Es ergeben sich auch keine weiteren Erläuterungen aus EG 31, 32 BioTech-RL.

⁴⁵⁶ So auch die TBK in Ihrer Vorlagefrage EPA T 1054/96, die den wortlautidentischen Entwurf der später verabschiedeten RL analysiert hat, siehe: EPA G 01/98, Summary III.

Maßstab zur Auslegung des Patentierungsausschlusses anwenden wollte, war zum damaligen Zeitpunkt nicht abschließend zu klären. Insoweit ergeben sich aber auch die oben angesprochenen Probleme: Die Vorschriften sind innerhalb des EPÜ anwendbar und werden daher von den Stellen des EPA angewandt, ohne eine kompetente Klärung bei Auslegungsfragen erreichen zu können.

Es bleibt zu sagen, dass auch nach der Implementierung der RL ein Auslegungsspielraum innerhalb des EPÜ über die Definition des Patentierungsausschlusses bleibt, der auch innerhalb der EU besteht, insofern konnte die bloße Implementierung in diesem Bezug keine Rechtsvereinheitlichung schaffen.

Die formellen Änderungen, die die AOEPÜ durch die Revision EPÜ 2000 erfahren hat, waren im Bereich der Biotechnologie rein redaktioneller Art und hatten keinerlei inhaltliche Gründe.⁴⁵⁷

d. Gentechnisch-modifizierende Verfahren

Die Entscheidung vom 9. Dezember 2010 war die erste Entscheidung der GBK⁴⁵⁸ zu der Auslegungs- und Definitionsfrage des *im Wesentlichen biologischen Verfahrens*.

Neben den materiell-rechtlichen Auslegungsfragen stellte sich in diesem Verfahren erstmals die Frage der Konkretisierungsbefugnis des Verwaltungsrats durch Bestimmungen innerhalb des EPÜ.⁴⁵⁹ Insofern stellte die Beschwerdekammer fest, dass der Verwaltungsrat nicht auf den Erlass von formell-rechtlichen Regelungen begrenzt ist.

Im Hinblick auf die materielle Fragestellung waren folgende Patente Gegenstand des Verfahrens:

"Verfahren zur Herstellung von Brassica oleracea mit erhöhten Mengen an [...] Methylsulfinylpropylglucosinolaten[...], bei dem man

a) wilde Brassica-oleracea-Spezies aus der Gruppe der Brassica villosa und Brassica drepanensis mit doppelt haploiden Broccoli-Zuchtlinien kreuzt und

b) Hybride [...] auswählt, [...]

⁴⁵⁷ EPA G 02/07 und EPA G 01/08, EG 4.

⁴⁵⁸ Zum Verfahrensgang siehe Fn. 307.

⁴⁵⁹ Siehe dazu EPA G 02/07 und EPA G 01/08, EG 2.2.; kritisch zur Kompetenzverteilung der GBK innerhalb des EPA: Koch, in: GRUR Int. 2020, 1027 (1028).

c) Pflanzen [...] codiert, rückkreuzt und auswählt und

d) eine Broccoli-Linie [...] auswählt, [...], wobei in den Schritten b und c molekulare Marker dazu verwendet werden, Hybride mit einer genetischen Kombination auszuwählen [...].⁴⁶⁰

Schon die Formulierung der beiden Patentansprüche zeigt, dass in beiden Verfahren Pflanzen hergestellt werden sollen. Auch zeigt die Beschreibung eindeutig, dass konservative Züchtungstechniken wie Selektion und Kreuzung verwendet werden.⁴⁶¹ Insofern stellte sich in dem Verfahren das erste Mal die Frage für die GBK, inwiefern biologische Fortpflanzungsschritte für eine Patentierung „schädlich“ sind. Beide Verfahren beinhalten jeweils einen Schritt, der nicht der natürlichen Fortpflanzung entspricht. Einerseits sollen molekulare Marker⁴⁶² eingesetzt werden und andererseits soll das Verfahren durch ein Screening erfolgen.

Die Beschwerdekammer nimmt eine Auslegung einerseits in Hinblick auf den Art. 53 lit. b EPÜ vor und andererseits aus Reg. 26 Abs. 5 EPÜ, die auf Grundlage der BioTech-RL erlassen wurde. Wie sich aus Art. 164 Abs. 2 EPÜ ergibt, ist für die Auslegung des EPÜ der Vertragstext vorrangig. Demnach ist im Zweifelsfall die Regelung des Art. 53 lit. b EPÜ maßgebend. Einerseits hinsichtlich des Gestaltungsspielraums, den der Verwaltungsrat zum Erlass der Regelungen der AOEPÜ hat⁴⁶³ und andererseits auch hinsichtlich eines Anwendungsvorranges vor den Regelungen der AOEPÜ.⁴⁶⁴ Anders als in der Entscheidung der GBK wird daher in der vorliegenden Arbeit erst die Auslegungsfrage des Vertragstexts an sich dargestellt, um sodann einordnen zu können ob die nachrangigen Regelungen der AOEPÜ kompetent gerecht zur weiteren Auslegung herangezogen werden können.

i. Auslegung anhand Art. 53 lit. b EPÜ

Die Kammer stellt für die Auslegung des Patentierungsausschlusses klar, dass der Artikel in seiner Ursprungsform aus dem Jahre 1973 erhalten blieb.⁴⁶⁵

⁴⁶⁰ EP 1069819, Patentanspruch 1.

⁴⁶¹ EPA G 02/07 und EPA G 02/08, Sachverhalt und Anträge, II.3.1.

⁴⁶² Eine nähere Erläuterung der Funktionsweise der molekularen Marker erfolgt unter Erster Teil.II.1.

⁴⁶³ *Teschemacher* hinsichtlich der Zuständigkeit des Verwaltungsrats, in: GRUR Int. 1979, 444 (449).

⁴⁶⁴ EPA G 03/92, EG 5.7.

⁴⁶⁵ EPA G 02/07, EG 03.3 sowie 6.4.2.2.

(1). [Im] Wesentlichen biologisch

Kernfrage der Entscheidung war, wie schon in den zuvor behandelnden Entscheidungen, der TBK die Definition der Terminologie *im Wesentlichen biologisch*. Die Feststellung, dass ein einziger biologischer Verfahrensschritt nicht ausreichend ist, ergibt sich aus allen möglichen Interpretationsmöglichkeiten der Formulierung „im Wesentlichen“.⁴⁶⁶

Auch das gegenteilige Extrem, dass ein beliebiger technischer Verfahrensschritt jedes Verfahren von der Klassifizierung als *im Wesentlichen biologisch* ausschließt, sieht die GBK als nicht zielführend an. Dieser Ansatz — sog. „Beitragsansatz“ oder „contribution approach“ — wird bei der Unterscheidung von technischen und nicht-technischen Verfahren im Rahmen des Art. 52 EPÜ verwendet. Dabei hat sich innerhalb des EPA die Rechtsprechung dahingegen entwickelt, dass bereits ein technischer Schritt ausreichend ist, um als technisches Verfahren angesehen zu werden.⁴⁶⁷ Dies begründet die Kammer insbesondere durch die unterschiedlichen Formulierungen in Art. 53 lit. b EPÜ und Art. 52 Abs. 2 EPÜ und die unterschiedlichen Zwecke der Vorschriften: Während Art. 52 Abs. 2 EPÜ definiert was eine Erfindung darstellt, sind in Art. 53 lit. b EPÜ Gegenstände und Verfahren aufgeführt, deren das EPÜ den Erfindungscharakter nicht abspricht, aber ungeachtet dessen eine Patentierbarkeit in gleicher Weise ausschließt.⁴⁶⁸ Insofern ist der Anknüpfungspunkt der Ausschlussstatbestände nicht vergleichbar, weshalb der Beitragsansatz nicht übertragen werden kann. Verstärkt wird diese Ansicht durch die bereits erwähnte Entscheidung anstatt des ursprünglich geplanten Wortes „rein“ die Terminologie „im Wesentlichen“ zu verwenden.⁴⁶⁹ Demnach kommt es also nicht auf das reine Vorhandensein eines technischen Schrittes an, sondern auf den qualitativen Anteil und die Auswirkungen.

Dazu führt die GBK an, dass ein Schritt, der nicht durch geschlechtliche Kreuzung und Selektion ersetzt werden kann, ein Verfahren insgesamt als technisch qualifiziert, auch wenn zusätzlich biologische Schritte enthalten sind. Als Beispiel hierfür wird die Modifizierung der Gene angeführt⁴⁷⁰, also u. a. die oben angeführte „Genom-Editierung“.⁴⁷¹ Um eine Umgehung dieser Vorschrift zu verhindern, stellt die GBK eine zusätzliche Voraussetzung auf:

⁴⁶⁶ EPA G 02/07, EG 6.2.

⁴⁶⁷ Ausgangspunkt der Rechtsprechungslinie war EPA T 0258/08, EG 4.3; siehe dazu auch: *Lai*, in: Visser's EPC, Art. 52 Rn. 1; sowie kritisch hierzu: *von Hellfeld*, in: GRUR Int. 2008, 1007 (1008).

⁴⁶⁸ EPA G 02/07, EG 6.4.2.1.

⁴⁶⁹ EPA G 02/07, EG 6.4.2.3.

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ Siehe oben Erster Teil II.1.

der enthaltene technische Schritt muss in den Selektions- und Kreuzungsschritten integriert sein und darf diese nicht nur vorbereiten oder ihnen nachfolgen.⁴⁷²

Als wichtiger weiterer Definitionspunkt bleibt die Frage, inwiefern technische Hilfestellungen, die den Züchtungsprozess unterstützen, ein Verfahren von der Patentierung ausschließen. Die Kammer stellt hierzu fest, dass technische Hilfen an sich genommen sehr wohl patentierbar sind. Allerdings wird durch eine Zuhilfenahme solcher technischen Instrumente, wie beispielsweise molekularen Marker,⁴⁷³ das gesamte Verfahren weiterhin als *im Wesentlichen biologisch* eingestuft. Die Unterscheidung hierzu ist vorzunehmen an der Frage, ob durch den technischen Verfahrensschritt das Verfahren nur effizienter gestaltet wird, oder ob der technische Schritt unerlässlich ist für das Gelingen des Verfahrens.⁴⁷⁴

(2). [Zur] Züchtung

Die Kammer führt aus, dass das Merkmal zur Züchtung von Pflanzen die Verfahren ausnehmen sollte, die zum Zeitpunkt der Verabschiedung des EPÜ als „klassische Züchtungsverfahren“ bekannt waren. Darunter zählen insbesondere die Selektion der geeignetsten Pflanzen und deren Kreuzung.⁴⁷⁵ Diese sind zwar abgeleitet aus der Biologie und finden in gewissen Rahmen auch in der Natur statt,⁴⁷⁶ werden aber durch das menschliche Eingreifen in einer Art und Weise begünstigt, dass das Merkmal „biologisch“ nicht mehr zutreffend ist. Denn die Kreuzung von verschiedenen Pflanzenarten kommt in dieser Weise nicht in der Natur vor. Auch ist ohne das züchterische Zutun die Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der gewünschten Merkmale nahezu ausgeschlossen, beziehungsweise rein zufällig, wohingegen die Züchtung auf diese Optimierung gerichtet ist und durch gezieltes Eingreifen die Natur überlistet.

(3). [Von] Pflanzen

Die GBK wiederholt ausdrücklich die Rechtsprechung aus EPA G 01/08 und stellt fest, dass der Begriff „Pflanze“ nicht mit dem Begriff „Pflanzensorte“ gleichgesetzt werden kann. Insofern ist die bereits oben dargestellte Differenzierung der Begriffe für die Auslegung des

⁴⁷² EPA G 02/07, EG 6.4.2.3.

⁴⁷³ Zur Erläuterung der molekularen Marker, siehe oben, Erster Teil II. 1.

⁴⁷⁴ EPA G 02/07, EG 6.4.2.2.

⁴⁷⁵ EPA G 02/07, EG 6.4.2.3.

⁴⁷⁶ Siehe hierzu oben, I.5.

Patentierungsausschlusses bedeutsam.⁴⁷⁷

Diese Differenzierung ist insbesondere für die Entstehungsgeschichte und die gesetzgeberische Intention interessant. Der oftmals intendierte gesetzgeberische Wille der Beachtung des Doppelschutzgebotes kann insofern nicht mehr für den Patentierungsausschluss herangezogen werden. Denn durch den Sortenschutz kann ein Züchter nur spezifische Pflanzensorten schützen lassen und eben nicht unspezifische Pflanzen mit einer übereinstimmenden Genomsequenz und daraus folgende gemeinsame Eigenschaften.

(4). Zwischenergebnis

Die GBK nimmt eine sehr strenge Definition vor, die der enthaltene technische Verfahrensschritt erfüllen muss, um nicht als *im Wesentlichen biologisches Verfahren* zu gelten. Die Kammer legt auch erstmals fest, dass der Patentierungsausschluss nicht nur für Pflanzensorten, sondern auch für Pflanzen im Allgemeinen gilt. Insofern kann nicht mehr mit der historischen Begründung des „Doppelschutzverbots“ argumentiert werden. Die Auslegung der Kammer ist dahingehen zu verstehen, dass klassische Züchtungsverfahren nicht patentiert werden sollen, auch wenn sie mithilfe von technischen Vorrichtungen vorgenommen werden und auf ein anderes Ziel gerichtet sind, als der Sortenschutz abdeckt. Die bis zu diesem Zeitpunkt aufgestellten Regelungen der TBK wurden teilweise übernommen, insbesondere in Bezug auf die Auslegung der Begriffe „Pflanzen“ und „Züchtung“. Abweichend entschieden und sehr stark weiterentwickelt wurde die Auslegung des *im Wesentlichen biologischen Verfahrens* innerhalb des Art. 53 lit. b EPÜ.

ii. Auslegung in Verbindung mit der AOEPÜ

Die GBK analysiert nicht nur die Auslegung anhand des EPÜ selbst, sondern auch in Verbindung mit den Bestimmungen der AOEPÜ. Hier steht im Vordergrund Reg. 26 Abs. 5 EPÜ, die eine Legaldefinition des *im Wesentlichen biologischen Verfahrens* aus Art. 2 Abs. 2 BioTech-RL übernommen ist und Art. 26 Abs. 1 AOEPÜ, der die Auslegung anhand der BioTech-RL vorsieht.

⁴⁷⁷ EPA G 02/07, EG 6.1.1.

(1). Reg. 26 Abs. 1 AOEPÜ

Erstaunlich an dieser Stelle, ist, dass die GBK nicht nur die Regelungen der RL zur Auslegung heranzieht, sondern diese vielmehr auch interpretiert. Dazu führt die GBK an, dass sie die Definition „*im Wesentlichen biologischen Verfahrens*“ als abschließend bzw. „*als umfassende Definition*“⁴⁷⁸ ansieht. Des Weiteren analysiert die GBK die Entstehungsgeschichte der BioTech-RL um die gesetzgeberische Intention zu erforschen.⁴⁷⁹ Diese Auslegungsfragen nimmt die GBK zwar ausdrücklich anhand der Regelungen der international anerkannten WVK vor, jedoch ist anzumerken, dass eine Auslegung immer auch einen Entscheidungsspielraum beinhalten. Dieser kann aber von der GBK als Teil des EPÜ nicht für Rechtstexte der EU vorgenommen werden. Der GBK fehlt hierzu nicht nur die Kompetenz im Rahmen der EU, es ist auch in Hinblick auf die Struktur des EPÜ nicht verständlich, dass die GBK Vertragstexte auslegt, auf die ihre Vertragsstaaten keinerlei Einfluss haben.⁴⁸⁰

Innerhalb des EPÜ kann diese Auslegung durch die Implementierung der BioTech-RL gerechtfertigt werden. Denn durch die Anlehnung an die RL wollte der Verwaltungsrat eine Rechtsvereinheitlichung mit dem europäischen Binnenmarkt erreichen. Diese ist selbsterklärender Weise größer, wenn nicht nur der reine Wortlaut, sondern auch deren Interpretation übernommen werden. Allerdings kann es auch zu noch größeren Rechtsunsicherheiten und -unterschieden führen, wenn die GBK eine Auslegung vornimmt, die von der EU nicht getragen wird. Denn eine Bindung des EuGH an Entscheidungen der GBK ist weder vorgesehen noch realistisch. In einer früheren Entscheidung hatte die GBK allerdings bereits entschieden, dass sie weder eine Berechtigung zur Vorlage aus dem EPÜ sieht, um Auslegungsfragen in einem Verfahren dem EuGH vorzulegen,⁴⁸¹ noch eine Vorlage aus Sicht des Europäischen Rechts möglich ist.⁴⁸²

Aus der Auslegung der BioTech-RL ergeben sich für die GBK folgende Erkenntnisse:

Der Europäische Gesetzgeber sah sich offensichtlich in einem Dilemma. Einerseits wollte er die Erfindung im Bereich der Biotechnologie einen wirksamen und harmonisierten Schutz

⁴⁷⁸ EPA G 02/07 und EPA G 01/08, EG 4.2.

⁴⁷⁹ EPA G 02/07 und EPA G 01/08, EG 4.7.

⁴⁸⁰ Kritisch dazu auch, *Hüttermann*, in: GRUR Int. 2019, 896.

⁴⁸¹ EPA G 02/06, EG 2.

⁴⁸² EPA G 02/06, EG 4; siehe dazu, oben unter: Erster Teil III.2.g.

innerhalb der bereits bestehenden Systeme schaffen,⁴⁸³ um die Neuerungen im Bereich der Biotechnologie zeitgemäß zu würdigen, andererseits waren die Entscheidungen auch durch den Schutz der Natur und der Lebewesen emotional geprägt. Dazu kam noch im Bereich der Züchtungsverfahren der bereits bestehende rechtliche Rahmen, der für den Großteil der Mitgliedsstaaten durch internationale Übereinkommen, wie dem UPOV und dem EPÜ stark vorgeprägt war.⁴⁸⁴ Durch die langen Verhandlungen über nahezu ein Jahrzehnt und der schwierigen Interessenlage entstand nach Ansicht der GBK ein teilweise diffuses System, das die wahre Intention des Gesetzgebers nicht mehr nachvollziehen lässt und keine hinreichende Grundlage für eine Auslegung der RL bietet.⁴⁸⁵ Die Regelungen und die Intention des europäischen Gesetzgebers sind aber ungeachtet dessen über die Verweisungsregelung in Reg. 26 Abs. 1 AOEPÜ zu beachten.

(2). Reg. 26 Abs. 5 AOEPÜ

Neben der allgemeinen Beachtung der BioTech-RL ist auch Reg. 26 Abs. 5 AOEPÜ zu beachten. Diese wurde wortlautgleich auf Grundlage der BioTech-RL vom Verwaltungsrat des EPÜ aufgenommen und in der Entscheidung der Entscheidung der GBK erstmals durch ein Gericht des EPA zur Anwendung gebracht.

Die GBK weist darauf hin, dass die historische Intention nur die Übernahme der BioTech-RL erwähnt und daher zur Auslegung vollständig auf die Entstehung innerhalb der EU abgestellt werden muss.⁴⁸⁶ Die EU-Kommission habe anfangs durch einen liberalen Ansatz der Ausschlussregelung erreichen wollen, dass die Entwicklungen in der Biotechnologie-Branche auch im Patentrecht gewürdigt werden. Eine gewerbliche Anwendbarkeit der Verfahren, die zum Zeitpunkt des Abschlusses älterer Konventionen durchaus zu Recht angezweifelt wurde, sei inzwischen durch die weitreichenden Eingriffe des Menschen gegeben. Dies sei auch angebracht, um die Innovationen auf dem Gebiet der Biotechnologie zu fördern.⁴⁸⁷ Diese Argumente hatte das EU-Parlament hingegen nicht übernommen und sich stattdessen dazu entschlossen, die Auslegung an der Entscheidung EPA T 0320/87 anzulehnen und die hierin

⁴⁸³ *Official Journal of the European Communities*, C 10/4 vom 13.1.1989, abrufbar unter: EPA T (zul. abgerufen am: 03.03.2021); so auch in: EPA G 02/07 und EPA G 01/08, EG 4.8.1.

⁴⁸⁴ *Official Journal of the European Communities*, C 10/4 vom 13.1.1989, abrufbar unter: EPA T (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁴⁸⁵ EPA G 02/07 und EPA G 01/08, EG 4.8.3.

⁴⁸⁶ EPA G 02/07 und EPA G 01/08, EG 5.

⁴⁸⁷ *Official Journal of the European Communities*, C 10/3 vom 13.1.1989, abrufbar unter: EPA T (zul. abgerufen am: 03.03.2021); so auch in: EPA G 02/07 und EPA G 01/08, EG 4.7.1.

enthaltenen Auslegungsregelungen nahezu wortlautidentisch zu übernehmen.⁴⁸⁸ Im Laufe des jahrelangen Verabschiedungsprozesses hatte sich der EU-Gesetzgeber, also insbesondere der Rat der EU und das Parlament, immer weiter von der ursprünglich liberalen Auslegungsvariante entfernt, indem zwischenzeitlich ein Entwurf zur Debatte stand, der jedes Verfahren, das auf Kreuzung und Selektion beruht, ausgeschlossen werden sollte.⁴⁸⁹ In diesem Fall hätte ein züchterischer Zwischenschritt dafür gesorgt, dass das komplette Verfahren nicht patentierbar gewesen wäre. Der am Ende eingeführte Kompromiss enthält verschiedene Elemente aus der Züchtung und der natürlich vorkommenden Vermehrung von Pflanzen.

Der Versuch der Kombination aller Interessen führte zu einer nicht eindeutigen Intention des Gesetzgebers.⁴⁹⁰ Diese Unstimmigkeiten sind an mehreren Stellen ersichtlich: Die erste Auslegungsfrage im Verfahren war die Einordnung der Begriffe „Kreuzung“ und „Selektion“. Beide streitgegenständlichen Verfahren enthielten diese Verfahrensschritte.

In Art. 53 lit. b EPÜ ist der Patentierungsausschluss beschränkt auf *im Wesentlichen biologische Verfahren* zur Züchtung von Pflanzen. Dazu wurde durch die Implementierung der BioTech-RL Reg. 26 Abs. 5 EPÜ aufgenommen, die ein solches Verfahren durch „vollständige biologische Phänomene, wie Kreuzung und Selektion“ definiert.

Unstrittig sind diese Begriffe in der Pflanzenzucht gängig. Sie beschreiben hierbei die Kernfunktionsweise der konservativen Züchtung.⁴⁹¹ Andererseits sind die Begriffe auch in der Beschreibung der natürlichen Fortpflanzung vorhanden. Somit ergab sich die Frage, welche Form der Gesetzgeber hier von der Patentierung ausschließen wollte. Hierzu erkennt die GBK aufgrund der widersprüchlichen Intention des Gesetzgebers im Laufe des Entstehungsprozesses keine eindeutige Aussage.⁴⁹² Der internationale Rahmen, auf dem auch die Entstehung der BioTech-RL beruht, zeigt aber, dass der Gesetzgeber seit Langem erkannt hat, dass die „Kreuzung“ und „Selektion“ ein menschliches Mitwirken enthalten, das inzwischen auch durch technische Vorrichtung unterstützt wird. Diese Prozesse wollte der Gesetzgeber von der Patentierung ausschließen, da hierfür das Sortenschutzrecht als

⁴⁸⁸ Vgl. hierzu: EU Abl. C305 vom 23.11.1992, S. 165 sowie EPA T 0320/87, Leitsatz Abs. 1 und EG 6: siehe oben II.4.a.

⁴⁸⁹ EU Abl. C286 vom 22.9.1997, S. 92, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1997:286:FULL&from=DE> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁴⁹⁰ EPA G 02/07 und EPA G 01/08, EG 4.8.3.

⁴⁹¹ Hiekel, Grundbegriffe der grünen Gentechnik, S. 43.

⁴⁹² EPA G 02/07 und EPA G 01/08, EG 4.8.3.

Schutzrechtssystem etabliert wurde.⁴⁹³ Insofern sind die Begriffe „Kreuzung“ und „Selektion“ als die klassischen Züchtungsverfahrensschritte zu verstehen, auch wenn der Gesetzgeber durch die Formulierung „auf natürlichen Phänomenen wie Kreuzung oder Selektion beruh[end]“⁴⁹⁴ eine, dem Wortlaut nach zu urteilend, andere Regelung eingeführt hat.

iii. Amicus curiae

Die Thematik der Patentierung von biotechnologischen Erfindungen ist auch emotional geprägt. Dies zeigen auch Anzahl und Inhalt der amicus curiae Briefe, beispielsweise der Organisation Greenpeace. Die Argumente der Monopolisierung des Saatgutes⁴⁹⁵ sind nicht per se nicht beachtenswert, allerdings sind sie im Rahmen der Auslegung des Art. 53 lit. b EPÜ schlicht irrelevant. Die Rechtsprechung hat in dieser Vorschrift keinerlei Spielraum, diese Erwägungsgründe mit in ihre Entscheidung aufzunehmen. Dies ist Aufgabe des Gesetzgebers, der durch Art. 53 lit. a EPÜ zwar die Möglichkeit geschaffen hat, diese Aspekte aufzunehmen, jedoch durch die sehr enge Anwendung bei Verstößen gegen die öffentliche Ordnung und gute Sitten. Auch können die Argumente der Monopolisierung des Marktes⁴⁹⁶ in diesem Fall nicht in Betracht gezogen werden. Es ist eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, dass Erfindungen patentiert werden können. Diese Einschränkung wird aber hingenommen, um eine Anregung zu Erfindungen bereitzustellen.⁴⁹⁷ Eine Einschränkung dieses Rechts kann nicht durch willkürliche Aufnahme von moralischen Aspekten durch die Rechtsprechung geschehen. Zu Recht hat die GBK deshalb zu keiner dieser Ansichten Stellung genommen.

iv. Kritische Gesamtbetrachtung

Die Entscheidung ist ein Musterbeispiel für die Anwendung der Auslegungsregelungen innerhalb des EPÜ. Die systematische Analyse des EPÜ und der AOEPÜ wird in der Entscheidung nach den anerkannten Regelungen stringent durchgeführt. Die Merkmale sind sehr eng am Stand der Technik zum Zeitpunkt der Entscheidung gehalten. Sie spiegeln die

⁴⁹³ EPA G 02/07 und EPA G 01/08, EG 6.4.2.3.

⁴⁹⁴ Reg. 26 Abs. 5 aE AOEPÜ.

⁴⁹⁵ Siehe dazu amicus curiae Brief zu EPA G 02/07 und G 01/08 der *Organisation „Greenpeace“*, S. 2, abrufbar unter: [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/5EBF45A22A887973C12575BB0025B54B/\\$File/G_02-07_amicus_curiae_brief_Greenpeace_de.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/5EBF45A22A887973C12575BB0025B54B/$File/G_02-07_amicus_curiae_brief_Greenpeace_de.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁴⁹⁶ Siehe dazu amicus curiae Brief zu EPA G 02/07 und G 01/08 der *Stiftung „Zukunftsstiftung Landwirtschaft“*, S. 1, abrufbar unter: [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/CEA6164B1578ECDAC12575BB0026B9F2/\\$File/G_02-07_amicus_curiae_brief_Zukunftsstiftung_Landwirtschaft_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/CEA6164B1578ECDAC12575BB0026B9F2/$File/G_02-07_amicus_curiae_brief_Zukunftsstiftung_Landwirtschaft_en.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁴⁹⁷ *Vorwerk*, in: GRUR 2009, 375.

damalige Praxis der Gentechnologie wider. Die GBK verkennt dabei, dass es noch weit mehr technische Entwicklungen geben kann, die noch nicht absehbar sind. Dieses Problem, das seit der Entstehung des EPÜ im Bereich der Biotechnologie besteht, wurde durch diese strenge Auslegung für den damalig geltenden Stand der Technik entschärft. Dennoch wurden diese Bestimmungen mit wenig flexiblem Auslegungsspielraum konzipiert. Denn wenn man sich die Definition der GBK ansieht, die den Patentierungsausschluss nur für ein Verfahren mit einem technischen Verfahrensschritt, „*der selbst ein Merkmal in das Genom der gezüchteten Pflanze einführt oder ein Merkmal in deren Genom modifiziert*“, dann ist dies nur bei gentechnischen Verfahren einschlägig. Andere Verfahren, die nicht explizit auf die Modifizierung ausgerichtet sind, bleiben weiterhin unberührt. Dies hängt sicher auch mit der Funktion der Rechtsprechung zusammen, die anders als der Gesetzgeber nur über Einzelfälle zu entscheiden hat. Es wäre aber wünschenswert gewesen, wenn die GBK diese Art von gentechnischen Verfahren nicht als einzige Ausnahme, sondern eher als Beispiel formuliert hätte.⁴⁹⁸ Dadurch hätte man auch den rasanten Entwicklungen, die in der Biotechnologie zu finden sind, einen geeigneten rechtlichen Rahmen zur Weiterentwicklung gegeben. Ungeachtet dessen ist diese Auslegung ein Fortschritt für die Rechtssicherheit im Bereich der Patentierung von biotechnologischen Verfahren.

Ein weiteres Problem der Patentierung von Biotechnologie wird durch das Verfahren deutlich. Die Entscheidungen, ob ein Patent erteilt werden soll, sind sehr oft emotional und ethisch geprägt. Zwar wurden die Argumente, die in den *amicus curiae*-Briefen anklingen nicht in der Entscheidung der GBK übernommen, es bleibt aber nicht ausgeschlossen, dass diese Argumente die Kammer zu dieser sehr strikten Auslegung animiert bzw. diese Sichtweise bei der Kammer begünstigt haben. Dies ist einerseits nicht wünschenswert, da für diese Überlegungen ein eigener Ausschlussstatbestand, Art. 53 lit. a EPÜ, durch den Gesetzgeber verabschiedet wurde und andererseits würde die Aufnahme dieser Bedenken auch der Auslegungskompetenz der Gerichte zuwiderlaufen, da der Gesetzgeber keinen Rahmen für die Berücksichtigung eingeräumt hat.

Insgesamt ist für die Patentierung zu konstatieren, dass gentechnische Verfahren durch die Entscheidung der Kammer erstmals eindeutig für patentierbar erklärt wurden. Es ist aber darüber hinaus auch anzumerken, dass Verfahren, durch die zwar keine Einwirkung in das

⁴⁹⁸ Kritisch dazu auch: *Kock/Zech*, in: GRUR 2017, 1004 (1009).

Genom erfolgt, die aber durch technische Vorkehrungen unterstützt werden, nicht gänzlich schutzlos gestellt sind. Die technischen Vorkehrungen können ungeachtet des gesamten Verfahrens patentiert werden. Einziger Unterschied ist, dass nicht das gesamte Verfahren, und somit die Einbeziehung der biologischen Schritte, patentierbar ist. Diese Unterscheidung mag auf den ersten Blick willkürlich erscheinen, ist jedoch in Anbetracht der geringeren Auswirkung der technischen Zuhilfenahme verständlich. Anders als Verfahren, die auf Gene direkt einwirken, sind die Vorkehrungen eben nur eine Unterstützung der natürlichen Prozesse und machen sich diese in weitaus größerem Maße zu eigen, da sie eine funktionelle Wechselwirkung zwischen dem technischen Verfahrensschritten und den biologischen Abläufen enthalten.⁴⁹⁹

e. Ausweitung auf Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren*

Die beiden Verfahren⁵⁰⁰ können als Fortsetzung des zuvor behandelten Urteils angesehen werden. Bei den Verfahren handelt es sich jeweils um die Erzeugnisse, die durch die streitgegenständlichen Verfahren in EPA G 02/07 und EPA G 01/08 beansprucht wurden.⁵⁰¹

In den nun zu betrachtenden Anschlussverfahren, die abermals zusammengeführt wurden, ging es um die Frage, ob der Patentierungsausschluss des *im Wesentlichen biologischen Verfahrens* auch die daraus entstandenen Erzeugnisse umfasst.

Das erste streitgegenständliche Patent wurde durch das oben beschriebene Verfahren hergestellt. Zur Disposition standen nunmehr Pflanzen, die in ihren Patentansprüchen durch ihre Entstehungsverfahren beschrieben wurden.

Das gemeinsame Verfahren beschäftigte sich erstmals mit der Frage, wie weit der Patentierungsausschluss des *im Wesentlichen biologischen Verfahrens* in Hinsicht auf daraus gewonnene Erzeugnisse anwendbar ist. Hierbei sei zunächst erwähnt, dass es sich bei den Patentansprüchen nicht um Pflanzensorten handelt. Vielmehr wird vorliegend betrachtet, ob Erzeugnisse deshalb nicht patentiert werden können, weil sie durch ein nicht-patentfähiges Verfahren entstanden wurden.⁵⁰² Insofern sind die oben angeführten Argumente, die einen

⁴⁹⁹ Walter, in: GRUR-Prax 2010, 329 (332).

⁵⁰⁰ Vorlagefrage jeweils gem. Art. 112 Abs. 1a EPÜ durch die technische Beschwerdekammer in den Verfahren EPA T 1246/06 und EPA T0083/05. Die GBK beschloss am 22.7.2013 die Verfahren in einem gemeinsamen Verfahren zu entscheiden.

⁵⁰¹ EPA G 02/12 und EPA G 03/12, EG III.

⁵⁰² EPA G 02/12 und EPA G 03/12, EG I. (3).

Patentierungsausschluss für Pflanzensorten begründen, außer Betracht zu lassen. Der ausschlaggebende Unterschied ist durch die Definition des Patentierungsausschlusses für Pflanzensorten aus der Entscheidung EPA G 1/98 terminiert, vorliegend umfassen die Ansprüche mehrere Pflanzensorten und sind nicht auf eine bestimmte, eintragungsfähige Pflanzensorte beschränkt.⁵⁰³ Im Ergebnis werden aber auch hier Patentansprüche bezüglich eines züchterischen Endproduktes erhoben.⁵⁰⁴

Unterschieden werden muss bei den beiden Verfahren die Kategorie der Patentansprüche. Das „Tomatenpatent“ ist als klassischer Erzeugnisanspruch formuliert. Der Verfasser bedient sich dabei der Beschreibung der Eigenschaften des Erzeugnisses, für das Schutz gewährt werden soll.⁵⁰⁵

Das „Brokkolipatent“ hingegen ist als „product-by-process-Anspruch“ formuliert.⁵⁰⁶ Der Anspruch ist auf ein bestimmtes Produkt gerichtet, das primär durch ein Herstellungsverfahren gekennzeichnet ist und dadurch beschrieben wird. Patentiert wird jedoch nicht das kennzeichnende Verfahren, sondern das Ergebnis.⁵⁰⁷ Diese Definition entspricht unter strengen Voraussetzungen den Erfordernissen der Patentanspruchsbeschreibung des Art. 84 EPÜ. Die Ausnahme wird nur dann gewährt, wenn es dem Patentanmelder nicht möglich ist, sein Produkt auf andere patentfähige Weise, insbesondere in Hinblick auf die Zusammensetzung, zu beschreiben.⁵⁰⁸ Bei pflanzenbasierten Erfindungen stellt sich seit Langem die Frage, ob eine Hinterlegung des genetischen Materials nicht in gleicher Weise möglich ist, und insofern nicht in Form eines „product-by-process“ Ansprüche formuliert werden können.⁵⁰⁹ Vorliegend stellt sich dieses Problem jedoch nicht, da die erfinderische Eigenschaft erst durch ein nachträgliches Verfahren ausgebildet wird und somit nicht in dem hinterlegbaren genetischen Material wiedergegeben werden kann. Unabhängig von dieser Frage, werden im Ergebnis aber auch hier Patentansprüche bezüglich eines Endproduktes erhoben. Für die Gewährung des Patents ist die Frage des Schutzzumfangs nicht zu beachten, weshalb ein Unterschied in den Anspruchskategorien für den

⁵⁰³ EPA G 02/12 und EPA G 03/12, EG I. (4).

⁵⁰⁴ Der Schutzzumfang der Patentansprüche richtet sich nach den nationalen Vorschriften und nicht nach dem EPÜ, näheres hierzu: Metzger, in: GRUR 2016, 549 (555).

⁵⁰⁵ Schäfers/Wieser/Kinkeldey, in: Benkard EPÜ, Art. 84 Rn. 29.

⁵⁰⁶ EPA G 02/12 und EPA G 03/12, EG IV.(1).

⁵⁰⁷ Cimniak, in: BeckOK Patentrecht, Art.84 Rn. 110.

⁵⁰⁸ EPA T 150/82, EG 010.

⁵⁰⁹ Kock/Zech, in: GRUR 2017, 1004 (1010).

Patentierungsausschluss nicht erheblich sein konnte.⁵¹⁰

Allerdings hat das EPA in einer früheren Entscheidung festgelegt, dass ein Anspruch dann nicht erteilt werden kann, wenn er ganz oder teilweise auf einen Gegenstand gerichtet ist, der nicht patentiert werden kann.⁵¹¹ Im vorliegenden Fall ist hierin jedoch kein Problem zu sehen, da der Anspruch explizit auf das Erzeugnis gerichtet ist und nicht auf das Verfahren, durch das es beschrieben wird. Die Frage der Patentierung stellt sich daher nicht im Rahmen des Art. 84 EPÜ,⁵¹² sondern im Rahmen dessen, ob der Patentierungsausschluss des *im Wesentlichen biologischen Verfahrens* auch die daraus entstandenen Erzeugnisse von der Patentierung ausschließt.

Angewandt werden, wie auch schon in früheren Entscheidungen, die Auslegungsregelungen der WVK.⁵¹³ Die GBK weist auf seine bisherige Entscheidungspraxis hin, die Patentierungsausschlüsse als Ausnahme der Grundregel tendenziell eng auszulegen. Dies spiegelt auch den Willen des Gesetzgebers wider, der die „belebte Natur“ nicht generell von der Patentierung ausschließen wollte, sondern lediglich eine spezifizierte Liste an Ausnahmen konzipiert hat. Auch die Interpretation des im *Wesentlichen biologischen Verfahrens* soll durch die Entscheidung nicht abgeändert werden.

i. Begriffsbestimmung

Vergegenwärtigt man sich den Wortlaut als Ausgangspunkt der Interpretation nach den Regeln der WVK des Art. 53 lit. b EPÜ, so ist zunächst nur das Verfahren als solches nicht patentfähig, solange das Erzeugnis keine Pflanzensorte (oder Tierrasse) darstellt.

ii. Systematische Auslegung

Neben dem Wortlaut nimmt die GBK eine systematische Auslegung vor.⁵¹⁴ Wie schon in der Entscheidung EPA G 02/07 und EPA G 01/08 wird hierfür nicht nur der Kontext innerhalb des EPÜ, sondern auch der nachrangigen AOEPÜ Regelungen analysiert.

Zu den systematischen Erwägungen und deren Bedeutung für die GBK kann vorliegend auf

⁵¹⁰ Kritisch zum Problem des Patentverletzungsverfahrens bei product-by-process-Ansprüchen, *Schrell*, in: GRUR Int. 2015, 119.

⁵¹¹ EPA T 1054/96, EG 010.

⁵¹² So auch EPA G 02/12 und EPA G 03/12, EG VII.2, VIII.2.(6) b.

⁵¹³ EPA G 02/12 und EPA G 03/12, EG VI, siehe dazu oben: Erster Teil, III.1.b.

⁵¹⁴ EPA G 02/12 und EPA G 03/12, EG VII 2.

die bereits oben angeführten Erwägungen abgestellt werden.⁵¹⁵ Hervorzuheben sei nochmals die Ansicht der Kammer, dass die Patentierungsausschlüsse als Ausnahme zur Grundregel eng auszulegen sind.⁵¹⁶

Weitere Hinweise könnten sich allerdings aus Reg. 27 AOEPÜ ergeben. Die Frage der Anwendbarkeit der Auslegungsregelungen würde jedoch ergeben, dass der Vertragstext des EPÜ im Zweifel den Regelungen der AOEPÜ vorgeht. Die GBK sah ihre Interpretation jedoch auch durch Reg. 27 AOEPÜ gestützt, weshalb vorliegend kein Konflikt zu sehen ist.

Reg. 27 AOEPÜ kann als Spezifizierung des Art. 53 lit. b EPÜ angesehen werden.⁵¹⁷ Die GBK sieht in Reg. 27 AOEPÜ einen Hinweis, dass der Patentierungsausschluss *des im Wesentlichen biologischen Verfahrens* eng auszulegen ist und eine Patentierung nur bei Pflanzensorten ausgeschlossen werden soll.⁵¹⁸

Die Regelung wurde unerfreulicherweise nur sehr knapp in die systematische Betrachtung miteinbezogen. Bei einer genaueren Betrachtung kann die Analyse der GBK jedoch nicht vollumfänglich befürwortet werden. Aus Reg. 27 lit. b AOEPÜ kann man durchaus ableiten, dass Pflanzen, die nicht auf eine bestimmte Pflanzensorte gerichtet sind, patentierbar sind. Dies ist allerdings eine Wiederholung des in Art. 53 lit. b Var. 1 EPÜ normierten Grundsatzes, der nur die Pflanzensorte an sich von der Patentierung ausschließt. Reg. 27 lit. b AOEPÜ enthält aber zusätzlich die Einschränkung, dass dies nur dann gilt, wenn eine technische Erfindung vorliegt. Diesen Gesichtspunkt hatte die GBK nicht beleuchtet. Für die Auslegung ist dies jedoch von immenser Bedeutung, denn bei der Patentierung von Erzeugnissen aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* stellt sich gerade die entscheidende Frage, ob diese als biologische oder technische Erzeugnisse gewertet werden können. Hierzu ist jedoch anzumerken, dass Art. 53 lit. b EPÜ anders als Art. 52 EPÜ nicht den Erfindungscharakter an sich ausschließt, sondern eine an sich patentierbare Sache bzw. ein Verfahren aus anderen Gründen ausschließt. Allerdings muss erwähnt bleiben, dass es sich bei den streitgegenständlichen Erzeugnissen sehr wohl um Erzeugnisse handelt, die in den Augen der GBK aus Verfahren stammen, die nicht technischer, sondern biologischer Natur sind. Auch muss hier beachtet werden, dass die Erzeugnisse derart schwierige technische Charakter-

⁵¹⁵ Siehe hierzu insbesondere: II.3.a.

⁵¹⁶ EPA G 02/12 und EPA G 03/12, EG VI 1, 2.(3)b.

⁵¹⁷ EPA G 02/12 und EPA G 03/12, EG VI 1, 2.(4).

⁵¹⁸ Ibid.

Eigenschaften aufweisen, dass sie als „product-by-process-Ansprüche“ und somit als Erzeugnisansprüche aus gerade nicht-technischen Verfahren formuliert werden. Es bleibt somit nicht eindeutig, ob der Gesetzgeber mit Reg. 27 b AOEPÜ diese Art von Erzeugnisansprüchen vor Augen hatte und eine Spezialisierung hinsichtlich der Erzeugnisansprüche vornehmen wollte. Insofern kann aber auch kein eindeutiger Hinweis abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* nicht patentieren wollte. Vielmehr ist zu konstatieren, dass Reg. 27 b AOEPÜ für die streitgegenständliche Frage keinerlei Hinweise liefert.

Die systematischen Argumente, die die Kammer in Hinblick auf Reg. 27 c AOEPÜ anstellt, sind ebenfalls zu kurzgefasst und nicht hinreichend durchdacht. Zwar ist es richtig, dass hierin Erzeugnisse der belebten Natur als patentierbar anerkannt werden, jedoch sind diese explizit auf mikrobiologische und technische Verfahren beschränkt. Diese Konstellation ist aber in beiden Patenten gerade nicht der Fall. Vielmehr handelt es sich um Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren*, die weder als technisches noch mikrobiologisches Verfahren deklariert werden können nach Meinung der GBK in den vorgelagerten Verfahren EPA G 02/07 und EPA G 01/08. Es stellt sich somit die Frage, ob Reg. 27 c AOEPÜ nicht den gegenteiligen Hinweis auf die Patentierbarkeit gewährt. Dafür spricht, dass der Gesetzgeber der AOEPÜ⁵¹⁹ sich durchaus bewusst war, dass es im Bereich der Biotechnologie auch das Feld des *im Wesentlichen biologischen Verfahrens* gibt. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass eine Unterscheidung zwischen technischen und mikrobiologischen Verfahren auf der einen Seite und *im Wesentlichen biologischen Verfahren* auf der anderen Seite bewusst vorgenommen wurde. Hierzu kann man nun zweierlei Ansichten vertreten: Einerseits kann die Nichterwähnung als unbewusste Regelungslücke angesehen werden und dem Patentierungsausschluss insoweit keine Spezifizierung beigemessen werden. Oder man sieht die Nichterwähnung und Differenzierung dahingehend, dass der Gesetzgeber Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* eben nicht vom Patentierungsausschluss ausnehmen wollte. In beiden Fällen jedoch kann der von der GBK angeführten Meinung nicht gefolgt werden, dass Reg. 27 c AOEPÜ Hinweise darauf gibt, dass Art. 53 lit. b EPÜ im vorliegenden Fall eng ausgelegt werden soll.

⁵¹⁹ In diesem Fall ist es immanent wichtig, die beiden Gesetzgeber des EPÜ zu unterscheiden, da ihnen sowohl institutionell unterschiedliche Bedeutung zukommt und sich auch die Entscheidungsfindung fundamental unterscheidet, siehe dazu: Koch, in: GRUR Int. 2020, 1027 (1029).

iii. Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung der GBK beginnt mit der Darstellung der *ratio legis* in Hinblick auf die gesetzgeberische Intention, sowie die rechtlichen und politischen Ziele, die durch die Regelung verfolgt werden sollen.⁵²⁰ Diese werden jedoch explizit nur in Hinblick auf den gesetzgeberischen Willen zur Zeit des Erlasses erforscht, da die GBK nicht dazu befähigt ist, das Recht durch eine „legislative policy“ an heutige Interessen anzupassen.⁵²¹ Diese Anpassungen sind in erster Linie der Diplomatischen Konferenz überlassen, gem. Art. 172 Abs. 1 EPÜ, und in eingeschränktem Rahmen auch dem Verwaltungsrat. Auslegungsfavorisierungen der jetzigen Vertragsstaaten sind nur im Rahmen der anerkannten Rechtsfortbildung internationaler Vertragstexte möglich. Nicht befähigt dazu ist die GBK als judikatives Organ.⁵²² Die Kammer stellt fest, dass nach wie vor kein offensichtlicher Gesetzgebungszweck der Regelung ersichtlich ist.⁵²³

Bezugnehmend auf die historische Auslegung, die in einer früheren Entscheidung bereits angewandt wurde, ist als einzig gesicherte Intention die Vermeidung von Wertungswidersprüchen mit nationalen Sortenschutzrechten anzusehen. Insofern sollten vordergründig Erzeugnisse ausgeschlossen werden, für die ein Sortenschutz erlangt werden kann.⁵²⁴ Konsequenter Weise ergibt sich daraus die gefestigte Rechtspraxis des EPA, dass Pflanzen, die nicht auf eine spezifische Sorte beschränkt sind, patentiert werden können.⁵²⁵ Insofern können diese Erwägungen keine direkte Aussage zu der streitgegenständlichen Frage geben. Vielmehr muss angenommen werden, dass sich die Vertragsstaaten keinerlei Gedanken über Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* gemacht haben.⁵²⁶ Es ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber schlicht nicht die technische Entwicklung der folgenden Jahrzehnte vor Augen hatte und somit nicht mitbedacht hat, dass es Pflanzen geben kann, die als technische Erfindung qualifiziert werden können und keiner spezifischen Pflanzensorte zugeteilt werden können, obwohl sie aus einem biologischen Verfahren

⁵²⁰ EPA G 02/12 und EPA G 03/12, EG VII. 3.(1).

⁵²¹ EPA G 02/12 und EPA G 03/12, EG VII. 3.(5)(c).

⁵²² Zustimmend dazu auch: *Schachenmann*, in: GRUR Int. 2008, 702 (706); auch in den Travaux préparatoires einigten sich die Vertragsstaaten auf eine rein legislative Kompetenz der GBK, die nur Einzelfälle entscheiden soll ohne allgemein politisches Mandat, siehe dazu: Travaux préparatoires Art. 112, S. 5, abrufbar unter: [http://webserv.epo.org/projects/babylon/tpepc73.nsf/0/0039BCD727D8D6BCC1257435003D0821/\\$File/ArEPA T 112dPCTB E1973.pdf](http://webserv.epo.org/projects/babylon/tpepc73.nsf/0/0039BCD727D8D6BCC1257435003D0821/$File/ArEPA T 112dPCTB E1973.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021); *Haedicke*, Patentrecht, Kap.16, Rn. 64.

⁵²³ EPA G 02/12 und EPA G 03/12, EG VII. 3.(3).

⁵²⁴ EPA G 02/12 und EPA G 03/12, EG VII. 3.(3), mit Verweis auf EPA G 01/98, EG 03.7, siehe oben: I.4.e.ii.

⁵²⁵ EPA PrüfungsRL, GII-5.4.1.

⁵²⁶ EPA G 02/12 und EPA G 03/12, EG VII. 3.(4).

stammen. Insofern ist zu konstatieren, dass sich in Hinblick auf die Auslegung keine anderen Erkenntnisse ergeben, die auf eine über den Wortlaut hinausgehende Interpretation schließen und auch Erzeugnisse umfasst aus einem *im Wesentlichen biologischen Verfahren*.

Wie oben bereits erwähnt, ist es aber gängige Praxis in internationalen Übereinkommen, dass auch nachträgliche Übereinkünfte im Sinne einer dynamischen Interpretation mit in die Auslegung einbezogen werden können, Art. 31 Abs. 3, 32 WVK.⁵²⁷ Eine dynamische Interpretation wird von der GBK aber nur sehr zurückhaltend angewandt, um die Gesetzgebungskompetenzen innerhalb des EPÜ nicht zu unterlaufen.⁵²⁸ Die GBK sieht hierfür vor, dass grundlegende Veränderungen der tatsächlichen Lage nach Abschluss des Vertrags stattgefunden haben und diese daher von den Vertragsstaaten nicht mitberücksichtigt werden konnten. Wie oben bereits erwähnt, hätte man dies im Jahre 2015 sehr wohl annehmen können, wenn man die rasanten und weitreichenden Entwicklungen der Gentechnologie nach Abschluss des EPÜ im Jahre 1973 betrachtet. Allerdings muss erwähnt werden, dass die Vertragsstaaten durch die Revision im Jahre 2000 umfassende Änderungen vorgenommen haben, mit dem Ziel, die *„eingetretene technische und rechtliche Entwicklung im Lichte der zunehmenden Internationalisierung des Patentwesens anzupassen“*⁵²⁹. Insofern muss bei einer dynamischen Interpretation darauf abgestellt werden, ob ab der Revision nochmals grundlegende Änderungen eingetreten sind, die eine dynamische Interpretation entgegen dem Wortlaut erforderlich machen.⁵³⁰

Eine derartige Entwicklung könnte nach Meinung der GBK die BioTech-RL ergeben. Der Verwaltungsrat hatte durch Reg. 26 Abs. 2 AOEPÜ beschlossen, dass die Auslegung biotechnologischer Erfindungen in Ansehung der RL erfolgen soll. Auch die Richtlinie selbst spricht einen wortlautidentischen Patentierungsausschluss aus. Insofern kann aus der isolierten Betrachtung der korrespondierenden Regelungen in der BioTech-RL keine abweichende dynamische Interpretation abgelesen werden.

Ein weiteres Argument, warum der Patentierungsausschluss auch auf Erzeugnisse angewendet werden könnte, stellt sich im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung im Sinne des Art. 32 b WVK. Die vorliegende Kammer gibt zu bedenken, dass durch die

⁵²⁷ Siehe zu den allgemeinen Auslegungsregelungen oben unter: Teil I, III.1.b.iii.

⁵²⁸ Schachenmann, in: GRUR Int. 2008, 702 (706).

⁵²⁹ Präambel, Akte zur Revision des EPÜ 2000.

⁵³⁰ EPA G 02/12 und EPA G 03/12, EG VIII. 1.(4).

Geltendmachung von Erzeugnisansprüchen, insbesondere durch „product-by-process“-Ansprüche, der Patentierungsausschluss des *im Wesentlichen biologischen Verfahrens* umgangen und ausgehöhlt werden könnte.⁵³¹ Es muss aber auch hier betont werden, dass der Gesetzgeber sich über die verschiedenen Patentkategorien bewusst war und sich dafür entschieden hat, in der ersten Alternative nur Produkte, nämlich Pflanzensorten und Tierrassen, und in der zweiten Alternative nur den Entstehungsprozess auszuschließen.⁵³² Dieses Argument wäre jedoch nur dann einschlägig, wenn man nachweisen könnte, dass der Gesetzgeber diese Lücke nicht willentlich offengelassen hatte.⁵³³ Hierfür sind allerdings keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich.

iv. Kritische Gesamtbetrachtung

Konsequenterweise sieht die GBK daher keine rechtliche Möglichkeit den Patentierungsausschluss über den Wortlaut hinaus auszudehnen und auch auf Erzeugnisse anzuwenden.⁵³⁴ Die Entscheidung der GBK zeigt eine nach internationalen Regelungen anerkannte und der Entscheidungspraxis des EPA stringent folgende Auslegung des Patentierungsausschlusses. Es ist sehr erfreulich, dass die GBK sich an die Regelungen der WVK hält und mit diesen zu einem überzeugenden Ergebnis gelangt. Es sind keinerlei Anhaltspunkte erkennbar, dass der Gesetzgeber lückenhaft vergessen hätte, auch Erzeugnisse von der Patentierung auszuschließen. Dies wiegt umso schwerer, da durch die Revision des EPÜ keinerlei Gedanken an eine Anpassung gemacht wurde, obwohl die technische Entwicklung im Vergleich zum Zeitpunkt des Erlasses der Vorschrift immens fortgeschritten war. Für das EPÜ als Internationales Übereinkommen muss ein hoher Stand an Rechtssicherheit und demokratischer Legitimation gegeben sein. Dies kann nur dann gelingen, wenn die verabschiedeten Kompetenzregelungen befolgt werden und auch die GBK ihrer Rolle als judikativem Organ⁵³⁵ nachkommt. Die Nichtbeachtung politischer Erwägungsgründe ist daher essenziell. Die GBK hatte in Hinblick auf den sehr deutlichen Wortlaut schlicht keinerlei Spielraum, die Vorschrift in einer anderen Weise zu interpretieren.

⁵³¹ EPA G 02/12 und EPA G 03/12, EG VIII. 2.(1).

⁵³² EPA G 02/12 und EPA G 03/12, EG VIII. 2.(2).

⁵³³ EPA G 02/12 und EPA G 03/12, EG VIII. 2.(6).

⁵³⁴ EPA G 02/12 und EPA G 03/12, EG IX. (1).

⁵³⁵ Zu der Kompetenz der GBK auch: *Haedicke*, Patentrecht, Kap.16 Rn. 64.

f. Weitere politische Entwicklungen aufgrund der Entscheidung EPA G 02/12 und EPA G 02/13

Die Entscheidung der GBK rief etliche Reaktionen verschiedener Institutionen innerhalb und außerhalb des EPA hervor. Auch wenn vorliegend die Rechtspraxis innerhalb des EPÜ dargestellt werden soll, müssen die Entwicklungen außerhalb des EPÜ zum Verständnis mitbedacht werden. Insbesondere da die Umstände der Änderung über Art. 31, 32 WVK auch für die Auslegung der beschlossenen Regelungen gelten.

Als Ausgangslage ist sich die Situation nach Erlass der Entscheidung EPA G 02/12 und EPA G 03/12 vor Augen zu halten: Die Entscheidung der GBK ist formal nur für das Ausgangsverfahren bindend, gem. Art. 112 Abs. 3 EPÜ.⁵³⁶ Sie bindet somit gesehen weder die Gerichte in nachfolgenden Entscheidungen noch andere Organe des EPÜ.⁵³⁷ Ungeachtet dessen würde es der Aufgabe und Kompetenzverteilung innerhalb des EPA zuwiderlaufen, wenn die Entscheidungen keinerlei Beachtung durch andere Organe finden. Denn gem. Art. 112 Abs. 1 EPÜ ist die GBK nicht nur als letzte Entscheidungsinstanz in einem individuellen Verfahren vorgesehen, sondern sie soll durch ihre Rechtsprechung auch eine einheitliche Rechtsanwendung sicherstellen und Fragen von grundsätzlicher Bedeutung klären. Die Entscheidung EPA G 02/12 und EPA G 02/13 kann sich im System des EPÜ auf verschiedene Weise auswirken: Einerseits könnte man sich den Standpunkt einnehmen, dass die GBK eine gesetzliche Lücke durch ihre Entscheidung für den konkreten Fall gefasst hat und daraus aber keine weiteren Konsequenzen für die rechtliche Ausgangslage zu sehen ist.⁵³⁸ Andererseits kann man aber auch vertreten, dass die Interpretation des Vertragstexts durch die GBK die Rechtslage dahingehend festlegt, dass die Auslegung der Norm Teil des geltenden Rechts wird. Eine Klärung dieser Frage war zum damaligen Zeitpunkt offen. Die rechtliche Lage hinsichtlich des Patentierungsausschlusses war aber spätestens nach den Entscheidungen GBK EPA G 02/07 und EPA G 01/08 sowie EPA G 02/12 und EPA G 02/13 klar geregelt.

⁵³⁶ Imniak, in: Beck OK Patentrecht, Art.112 Rn. 13.

⁵³⁷ Siehe auch: Travaux préparatoires Art. 112, S. 5/7, abrufbar unter:

[http://webserv.epo.org/projects/babylon/tpepc73.nsf/0/0039BCD727D8D6BCC1257435003D0821/\\$File/ArEPA T 112dPC TBE1973.pdf](http://webserv.epo.org/projects/babylon/tpepc73.nsf/0/0039BCD727D8D6BCC1257435003D0821/$File/ArEPA T 112dPC TBE1973.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁵³⁸ So etwa: *Tilmann*, in: GRUR 2009, 362 (363).

g. Änderung der AOEPÜ durch Beschluss des Verwaltungsrats

Trotz der inhaltlich sehr ausführlichen Entscheidung der GBK kam es zu zahlreichen Entscheidungen und Diskussionen innerhalb des EPA und außerhalb — hier vor allem in der EU und auf Ebene der nationalen Gesetzgeber. Diese Entwicklungen endeten in Hinblick auf das EPÜ mit der Einführung der Reg. 28 Abs. 2 AOEPÜ.⁵³⁹ Um die Entwicklungen nachvollziehen zu können, wird im Folgenden die Diskussion in den unterschiedlichen Institutionen und deren Auswirkungen — sowohl in rechtlicher als auch tatsächlicher Hinsicht — auf das EPÜ zusammengefasst. Abschließend wird dann die Vorgehensweise innerhalb des EPÜ selbst näher analysiert.

i. Entwicklungen außerhalb des EPÜ

Mit der Entscheidung EPA G 02/12 und EPA G 02/13 beschäftigte sich einerseits die EU und andererseits auch einige Nationalstaaten in ihren nationalen und daher in vom EPÜ losgelösten Rechtsordnungen.

(1). Innerhalb der EU

Das EU-Parlament hatte die Entwicklungen innerhalb des EPA stets mitverfolgt. Ausdrücklich begrüßte es die Versagung der Patente in den Entscheidungen EPA G 02/07 und EPA G 01/08.⁵⁴⁰ Die Entscheidungen EPA G 02/12 und EPA G 02/13 hingegen sieht die Kommission⁵⁴¹ als nicht übereinstimmend mit der EU-Rechtsprechungslinie im Bereich der Patentierung von biotechnologischen Erfindungen, also insbesondere als nicht vereinbar mit der BioTech-RL. Auch das EU-Parlament kritisierte die Entscheidung der GBK und wies die Kommission an, auf eine Rechtsvereinheitlichung hinzuweisen.⁵⁴² Das Parlament geht in seiner EntschlieÙung davon aus, dass die Hinweise der Kommission im Wege einer ergänzenden Auslegung durch das EPA herangezogen werden kann. Dieser Ansicht kann nicht ohne Weiteres gefolgt werden: Die GBK hat mehrmals darauf hingewiesen, dass es Auslegungsfragen nach den Regelungen der WVK vornimmt. In diesem Rahmen ist festzuhalten, dass ein Hinweis der Kommission kein taugliches Auslegungsmittel darstellt:

⁵³⁹ EPA CA/D 6/17 vom 29.06.2017 (EPA Abl. 2017, A56), in: Kraft getreten am 01.07.2017.

⁵⁴⁰ EU Abl. C 261E vom 10.9.2013, S. 33, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2013:261E:FULLundfrom=DE> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁵⁴¹ EU Abl. C 411 vom 8.11.2016, S. 4, abrufbar unter: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1108\(01\)undfrom=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1108(01)undfrom=EN) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁵⁴² EU 2015/2981 (RSP), abrufbar unter: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0473_DE.html (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

Insbesondere kann der Hinweis nicht als „spätere Übung“ im Sinne des Art. 31 Abs. 3b WVK gesehen werden, da nicht alle Vertragsstaaten des EPÜ auch Mitgliedsstaaten der EU sind. Auch eine konkludente Einbeziehung der rechtlichen Ansichten der EU-Kommission über Reg. 26 Abs. 1 AOEPÜ erscheint als sehr exzessive Auslegung. Die Kommission ist schon innerhalb der EU nicht befugt, über Auslegungsfragen zu entscheiden.⁵⁴³ Insofern kann eine für die EU nicht bindend angesehene Auslegung erst recht nicht für das international unabhängige EPA in Betracht gezogen werden.

Das EPÜ könnte höchstens durch sein Vertragsziel der Rechtsangleichung im Europäischen Raum einen Gleichlauf bewirken. Da aber die GBK im Rahmen seiner Auslegungskompetenz eindeutig den Rahmen des Art. 53 lit. b EPÜ festgelegt hat, ist insofern keine widersprechende Auslegung möglich. Auch wäre dies nur dann wünschenswert, wenn der EuGH als für die Auslegung innerhalb der EU kompetentes Organ eine solche Auslegung höchstrichterlich entschieden hat. Dies wäre umso mehr zu begrüßen, als dass die von der Kommission vorgeschlagene Auslegung nicht aus dem Wortlaut der Richtlinie zu erkennen ist. Diese umstrittene Auslegungsmethode ist nur durch eine über den Wortlaut hinausgehende Interpretation erreichbar.⁵⁴⁴

Ungeachtet dessen legt die Kommission ausführlich dar, weshalb die BioTech-RL entgegen der Entscheidung der GBK auch Verfahrenserzeugnisse aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* umfasst:

Eine Nichterwähnung des Patentierungsausschlusses für Verfahrenserzeugnisse kann nicht dahingehend ausgelegt werden, dass der EU-Gesetzgeber diesen die Patentierung ermöglichen wollte. Vielmehr sei der Gesetzgeber schlicht davon ausgegangen, dass es nicht erforderlich sei, dies ausdrücklich zu erwähnen.⁵⁴⁵ Auch sei durch ErwG 32⁵⁴⁶ untermauert,

⁵⁴³ EU Abl. C 411 vom 8.11.2016, S. 4, abrufbar unter: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1108\(01\)undfrom=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1108(01)undfrom=EN) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁵⁴⁴ Kritisch zu einer Auslegung gegen den Wortlaut u. a.: *Schenke*, in: *DSTR-Beih* 2011, 54 sowie *Schmahl*, in: *JUS* 2018, 737 (742).

⁵⁴⁵ EU Abl. C 411 1.3. vom 8.11.2016, S. 6, abrufbar unter: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1108\(01\)undfrom=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1108(01)undfrom=EN) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁵⁴⁶ ErwG 32 BioTech-RL lautet: „Besteht eine Erfindung lediglich darin, dass eine bestimmte Pflanzensorte genetisch verändert wird, und wird dabei eine neue Pflanzensorte gewonnen, so bleibt diese Erfindung selbst dann von der Patentierbarkeit ausgeschlossen, wenn die genetische Veränderung nicht das Ergebnis eines im Wesentlichen biologischen, sondern eines biotechnologischen Verfahrens ist.“

dass nur Erzeugnisse aus technischen Verfahren patentiert werden können.⁵⁴⁷ Die Kommission verkennt aber hierbei, dass die Erwägung explizit auf Pflanzensorten gerichtet ist, wohingegen sich vorliegend die Frage stellt, ob Pflanzenerzeugnisse, die keine Pflanzensorten darstellen, patentierbar sind. Insofern kann ErwG 32 entgegen der Ansicht der Kommission eher als Argument für eine Patentierbarkeit angesehen werden. Diese Ansicht stützt die Kommission zusätzlich auf die Verhandlungen über die Richtlinie.⁵⁴⁸ Erwähnenswert an dieser Stelle ist, dass die Kommission diese Auslegung gegen die ausdrückliche Empfehlung der von ihr dazu eingesetzten Experten Kommission⁵⁴⁹ beschlossen hat.⁵⁵⁰

Die Auslegung der Kommission kann den anerkannten Auslegungsregelungen nicht genügen.⁵⁵¹ Der Wortlaut des Art. 4 Abs. 1b BioTech-RL ist insofern nicht durch nachrangige Auslegungsmethoden überwindbar. Vielmehr ist die Auslegung zwanghaft auf ein politisch gewünschtes Ergebnis gerichtet.⁵⁵² Eine Befassung des EuGH konnte nicht erfolgen, da weder die EU-Kommission noch das EU-Parlament ein Recht haben, isolierte Rechtsfragen an den EuGH vorzulegen.

(2). Nationales Recht der Vertragsstaaten

Aufgrund der Entscheidung der GBK sahen es auch einige Vertragsstaaten als notwendig an, ihre nationalen Regelungen anzupassen. Hierbei sei unter anderem das deutsche Patentgesetz erwähnt:

„§ 2a Abs. 1 Patente werden nicht erteilt für

Nr. 1.: Pflanzensorten und Tierrassen sowie im Wesentlichen biologische Verfahren zur Züchtung von Pflanzen und Tieren und die ausschließlich durch solche Verfahren gewonnenen Pflanzen und Tiere;“

Der deutsche Gesetzgeber sah sich veranlasst, den Patentierungsausschluss für

⁵⁴⁷ EU Abl. C 411 1.3. vom 8.11.2016, S. 6, abrufbar unter: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1108\(01\)undfrom=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1108(01)undfrom=EN) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁵⁴⁸ Ibid, S. 5.

⁵⁴⁹ Einsetzung der Expertenkommission: EU-Kommission C (2012) 7686 final vom 7.11.2012.

⁵⁵⁰ Final Report of the *Expert Group on the development and implications of patent law* in the field of biotechnology and genetic engineering vom 17.5.2016, EU-Kommission 2016/5165507, S. 39.

⁵⁵¹ Haedicke, Patentrecht, Kap. 11, Rn. 56.

⁵⁵² Kritisch hierzu auch: Haedicke, in: GRUR 2019, 885.

Verfahrenserzeugnisse explizit mit aufzunehmen.⁵⁵³ Neben Deutschland haben auch Österreich, Niederlande, Italien, Belgien, Frankreich, Norwegen, Polen, Portugal und Serbien ihre nationalen Gesetze in diesem Sinne geändert.⁵⁵⁴ Dementsprechend ist aber festzuhalten, dass die restlichen 28 Mitgliedstaaten eine dahingehende Änderung nicht vorgenommen haben. Insofern kann mitnichten von einer späteren Übung der Vertragsstaaten gesprochen werden. Vielmehr ist auch zu konstatieren, dass die Vertragsstaaten es für notwendig hielten, die Vorschriften zu ändern. Dies unterstützt die Sichtweise der GBK, dass ohne eine Nennung der Verfahrenserzeugnisse kein Patentierungsausschluss für Verfahrenserzeugnisse besteht.

ii. Entwicklungen innerhalb des EPÜ

Auch innerhalb des EPÜ wurden verschiedene Organe nach der Entscheidung EPA G 02/12 und EPA G 02/13 und den Entwicklungen in der EU tätig. Zunächst erließ der Präsident des EPA eine Anordnung aufgrund derer alle Verfahren ausgesetzt werden sollen, die von einer Patentierung von Verfahrenserzeugnissen aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* abhängen.⁵⁵⁵ Zusätzlich befasste sich der „Ausschuss Patentrecht“ mit der Frage, inwieweit man auf die internationalen Entwicklungen reagieren sollte. Der „Ausschuss Patentrecht“ ist ein beratendes Gremium innerhalb des EPA, das vor allem den Verwaltungsrat bei Änderungen des Übereinkommens unterstützt und diese inhaltlich vorbereitet.⁵⁵⁶ Das Gremium hat keine institutionelle Funktion, durch seine Zusammensetzung aus Vertretern der Mitgliedstaaten und Beobachtern, wie der EU und der WIPO, ist es aber ein wichtiger Bestandteil für die Abstimmung im internationalen Kontext. Der Ausschuss ist somit für das Ziel der Rechtsvereinheitlichung⁵⁵⁷ des Europäischen Patentrechts unerlässlich. Die Mitteilung der Kommission der EU wurde als taugliche Hilfestellung zur Auslegung der BioTech-RL gewertet.⁵⁵⁸ Zudem hält der Ausschuss es zur Erreichung eines harmonisierten Patentrechts für erforderlich, dass auch die Regelungen des

⁵⁵³ Änderung § 2a PatG, in: Dt. BGBl. 2013, Teil 1, S. 3830.

⁵⁵⁴ EPA G 03/19 EG. XV.3.1.

⁵⁵⁵ EPA Mitteilung vom 24.11.2016, EPA Abl. 2016, A104, abrufbar unter: <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/official-journal/2016/12/a104/2016-a104.pdf> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁵⁵⁶ https://www.epo.org/about-us/governance/administrative-council/bodies/patent-law_de.html, (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁵⁵⁷ Siehe dazu Art. 1 EPÜ, sowie: *Kolle*, in: Benkard EPÜ, Art.1 Rn. 1.

⁵⁵⁸ EPA CA/56/17 S. 7, abrufbar unter: https://www.epo.org/modules/epoweb/accdocument/epoweb2/256/de/CA-56-17_de.pdf (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

EPÜ in dieser Weise angepasst werden.⁵⁵⁹ Als taugliche Grundlage hierfür wird die Änderung im Rahmen der AOEPÜ angeführt, dies würde nicht zu einer Änderung des Patentierungsgrundsatzes des Art. 52 EPÜ führen, sondern zu einer näheren Definition des im EPÜ angelegten Patentierungsausschlusses des Art. 53 lit. b EPÜ.⁵⁶⁰

Auch in dieser Vorlage ist die klare politische Intention erkennbar. Allerdings bleiben die rechtlichen Regelungen weitestgehend unbeachtet bzw. werden nicht rechtsdogmatisch akkurat angewandt. Insbesondere ist erstaunlich, dass der Ausschuss darauf hinweist, dass die GBK eine Auslegung des EuGH zur BioTech-RL beachten soll.⁵⁶¹ Eine derartige Entscheidung des EuGH ist aber nicht ergangen. Die stattdessen erfolgte Mitteilung der EU-Kommission ist keinesfalls bindend, auch nicht für den EuGH. Dass dieser eine konträre Entscheidung erlassen könnte, wird in dem Positionspapier des Ausschusses nicht erwähnt. Das Argument der Rechtsharmonisierung kann auch nicht vollends überzeugen. Zwar haben einige Mitgliedstaaten auf die Mitteilung der EU-Kommission reagiert, der Großteil der Vertragsstaaten des EPA und der EU allerdings hat dies unterlassen. Auch waren sich nicht alle Vertragsstaaten einig, wie die Änderung in die AOEPÜ übernommen werden soll.⁵⁶²

Die Empfehlung geht darüber hinaus nicht im Detail darauf ein, wie sich die neue Reg. 28 AOEPÜ zur bisherigen Rechtsprechung des EPÜ verhalten soll. Gänzlich außer Betracht bleibt auch die systematisch korrekte Lösung der Änderung des EPÜ Vertragstexts. Ungeachtet dessen wurde die Empfehlung durch den Präsidenten des EPA an den Verwaltungsrat ohne kritische Würdigung übermittelt.⁵⁶³

iii. Entscheidung des Verwaltungsrats

Am 29.6.2017 beschloss der Verwaltungsrat des EPA die Änderung von Reg. 28 AOEPÜ:

„(1) Nach Art. 53a) werden europäische Patente insbesondere nicht erteilt für biotechnologische Erfindungen, die zum Gegenstand haben:

- a. Verfahren zum Klonen von menschlichen Lebewesen;*
- b. Verfahren zur Veränderung der genetischen Identität der Keimbahn des menschlichen*

⁵⁵⁹ Ibid, S. 9.

⁵⁶⁰ Ibid.

⁵⁶¹ Ibid, S. 10.

⁵⁶² Dt. BT Drs. 19/3900, S. 6.

⁵⁶³ Ibid, S. 1.

Lebewesens;

- c. *die Verwendung von menschlichen Embryonen zu industriellen oder kommerziellen Zwecken;*
- d. *Verfahren zur Veränderung der genetischen Identität von Tieren, die geeignet sind, Leiden dieser Tiere ohne wesentlichen medizinischen Nutzen für den Menschen oder das Tier zu verursachen, sowie die mithilfe solcher Verfahren erzeugten Tiere.*

(2) Nach Art. 53 [lit.] b) werden europäische Patente nicht erteilt für ausschließlich durch ein im Wesentlichen biologisches Verfahren gewonnene Pflanzen oder Tiere.“

Absatz 2 wurde gänzlich neu eingeführt, wohingegen Absatz 1 unverändert blieb. Auch am Vertragstext des EPÜ an sich wurden keine Änderungen vorgenommen. Dies wäre im Übrigen auch nicht möglich gewesen, da Art. 53 lit. b EPÜ nur von der Konferenz der Mitgliedstaaten geändert werden kann.⁵⁶⁴ Die Entscheidung erfolgte durch 37 der insgesamt 38 Vertragsstaaten mit einer Zustimmung von 35 Vertragsstaaten, einer Enthaltung und einer Ablehnung.⁵⁶⁵

Aus Reg. 28 AOEPÜ und der Entscheidung des Verwaltungsrats für den Ausschluss einen eigenen Absatz zu wählen, ergibt sich auch, dass der Ausnahmetatbestand losgelöst von den Gründen des Art. 53 lit. a EPÜ zu sehen ist. Insofern soll verdeutlicht werden, dass die Frage der Patentierung von biologischem Material nicht grundsätzlich ethisch gleich bewertet werden kann, sondern dass das Themenfeld der Gentechnik in den unterschiedlichen Anwendungsbereichen verschiedenen Standards zu genügen hat.

Nach Einführung der Regelung traten einige Rechtsunsicherheiten auf. Insbesondere war man sich nicht einig, ob die Änderung durch den Verwaltungsrat nach der Rechtsprechung der GBK möglich war und ob diese tatsächlich anzuwenden ist.⁵⁶⁶ Innerhalb des EPÜ ist eine derartige Konstellation bis zu der Entscheidung des Verwaltungsrats nicht aufgetreten. Auch innerhalb des EPÜ ist eine Regelung diesbezüglich nicht zu finden. Einzige Anhaltspunkte sind in Art. 164 EPÜ zu finden, wobei jedoch keine Aussage zu einer Kollision zwischen Rechtsprechung und Entscheidung anderer Organe innerhalb des EPA an sich zu finden ist. Den Organen des EPA war eine mögliche Auslegungslücke aufgezeigt, die die GBK für den

⁵⁶⁴ Siehe dazu Befugnisse des Verwaltungsrats, gem. Art. 33 Abs. 1 EPÜ.

⁵⁶⁵ EPA G 03/19, EG XXVI.5.

⁵⁶⁶ Dazu u. a.: *Kock/Zech*, in: GRUR 2017, 1004 (1009), sowie *Godt*, in: IIC 2018, 512 (514).

Ausgangsfall in ihrer Kompetenz gefüllt hat. Einerseits ist durch die bloße Verfahrensbindung für die Zukunft eine Abweichung durch den Verwaltungsrat im Rahmen seiner Kompetenzen nach Art. 33 Abs. 1c, 164 Abs. 2 EPÜ möglich. Andererseits kann man aber auch vertreten, dass die Interpretation des Vertragstexts durch die GBK die Rechtslage dahingehend konkretisiert wird, dass die Auslegungsansicht Teil des geltenden Rechts wird. Demnach wäre die Lücke durch die Rechtsprechung der GBK gefüllt und eine Änderung nur durch eine Änderung des legitimierten Primärgesetzgebers möglich.⁵⁶⁷

Der letztgenannten Variante ist aufgrund mehrerer Argumente zuzustimmen: Einerseits hat dies den Vorteil, dass so durch ein demokratisch legitimiertes Verfahren neues Recht geschaffen wird.⁵⁶⁸ Denn anders als die Änderungen durch den Verwaltungsrat, bedarf es bei einer Änderung durch die Konferenz einer Ratifizierung in den einzelnen Mitgliedstaaten (Art. 172 Abs. 2 S.4 EPÜ) sowie einer qualifizierten Mehrheit von Dreiviertel aller anwesenden Vertragsstaaten, gem. Art. 172 Abs. 2 S.3 EPÜ. Es ist daher aus völkerrechtlicher Sicht begrüßenswert, wenn tiefgreifende rechtliche Änderungen nicht durch den Verwaltungsrat des EPÜ vollzogen werden.⁵⁶⁹ Andererseits ist zu erwähnen, dass die Vertragsstaaten der GBK zwar keine Kompetenz zur Regelung abstrakter und genereller Fragen an die Hand gegeben haben, die Rechtsfortbildung im Sinne einer Lückenschließung durch konkrete, fallbegründete Rechtsprechung hiervon wohl nicht ausgeschlossen werden sollte. Ansonsten würde die Kompetenzverteilung innerhalb des Art. 112 EPÜ ins Leere laufen. Des Weiteren ist die Kompetenz des Verwaltungsrats in Art. 164 Abs. 2 EPÜ stark eingeschränkt und gibt keinerlei Hinweise darauf, dass der Verwaltungsrat grundlegende rechtliche Änderungen am EPÜ vornehmen können sollte. Insofern wäre es vorzugswürdig, dass man die Rechtsprechung der GBK als geltendes Vertragsrecht ansieht und keine rechtliche Lücke durch den Vertragstext annimmt.

Rechtlich gesehen war die Lage nach den divergierenden Entscheidungen der GBK und des Verwaltungsrats sehr ungewiss. Eine endgültige Klärung konnte jedoch nur durch ein erneutes Verfahren der GBK in einem anhängigen Verfahren beantwortet werden, da innerhalb des EPÜ keine Möglichkeit zur Klärung fallunabhängiger Rechtsfragen vorgesehen

⁵⁶⁷ Auch die EU-Kommission geht davon aus, dass die GBK die Rechtslage nach dem Willen des historischen Gesetzgebers des EPÜ treffend analysiert hat, siehe dazu: EU Abl. C 411 vom 8.11.2016 S. 5, abrufbar unter: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1108\(01\)undfrom=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1108(01)undfrom=EN) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁵⁶⁸ *Petrig*, in: ZaöRV 2018, 93 (106).

⁵⁶⁹ *Haedicke*, in: GRUR Int.2019, 885 (895).

ist.

Positive Auswirkungen hatte die Entscheidung des Verwaltungsrats auf die Aussetzung von Verfahren. Der Präsident des EPA hob die Aussetzung mit Wirkung zum 1.7.2017 auf.⁵⁷⁰ Die anhängigen Patenterteilungsverfahren konnten daher wieder aufgenommen werden. Innerhalb der Erteilung des EPA richten sich die Vorgaben nach den Prüfungsrichtlinien des EPA.⁵⁷¹ Diese wurden nach der Entscheidung des Verwaltungsrats geändert und orientierten sich nun nach den Änderungen, die der Verwaltungsrat erlassen hatte.⁵⁷² Dies verwundert nicht, da der Verwaltungsrat die Aufgabe der Patenterteilung innerhalb des EPA überwacht, gem. Art. 4 Abs. 3 EPÜ. Die PrüfungsRL-EPA werden des Weiteren vom Präsidenten des EPA erlassen, gem. Art. 10 Abs. 2a EPÜ,⁵⁷³ der ebenfalls der Aufsicht des Verwaltungsrats untersteht. Insofern stehen sowohl der Präsident als auch die Erteilungskammern unter der Aufsicht des Verwaltungsrats.⁵⁷⁴ Nicht an die EPA PrüfungsRL gebunden sind die Beschwerdekammern des EPÜ, die als Judikative Organe unabhängig ohne Aufsicht agieren, gem. Art. 23 Abs. 3 EPÜ.⁵⁷⁵

Insofern hatte die Entscheidung des Verwaltungsrats zur Folge, dass Patente auf Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* durch das EPA nicht mehr erteilt wurden, eine Entscheidung, ob dies den Grundsätzen des EPÜ entsprach, aber noch von den Beschwerdekammern entschieden werden musste.

h. Anerkennung der geänderten AOEPÜ

Die höchstrichterliche Entscheidung über die Geltung des Beschlusses durch den Verwaltungsrat und die Einführung von Reg. 28 Abs. 2 AOEPÜ erfolgte durch die GBK am 14. Mai 2020. Anders als in den vorangegangenen Verfahren, wurde die Vorlage hier nicht von der Technischen oder Juristischen Beschwerdekammer vorgelegt, sondern durch den Präsidenten des EPA. Um die Komplexität der Entscheidung und des Verfahrensganges

⁵⁷⁰ EPA Mitteilung vom 3.Juli2017, abgedr. in: EPA Abl. 2017, A62, abrufbar unter: <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/official-journal/2017/07/a62/2017-a62.pdf> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁵⁷¹ Auch wenn keine formelle Bindung der EPA PrüfungsRL besteht, werden diese innerhalb der Erteilungsorgane des EPA als verwaltungsinterne Richtlinien gebraucht, siehe dazu oben: I.4.g.

⁵⁷² Die geänderten Richtlinien mit Stand November 2017: Teil G- Kapitel II- 5.2 ii, abrufbar unter: [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/D94333C1A028BC0AC12581C90057921F/\\$File/guidelines_for_examination_2017_hyperlinked_showing_modifications_de.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/D94333C1A028BC0AC12581C90057921F/$File/guidelines_for_examination_2017_hyperlinked_showing_modifications_de.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁵⁷³ *Irmscher*, in: Benkard EPÜ, Art.10 Rn. 28.

⁵⁷⁴ *Joos/Quarch*, in: Benkard EPÜ, Art.4 Rn. 21.

⁵⁷⁵ *Irmscher*, in: Benkard EPÜ, Art.23 Rn. 28f.

darzulegen, wird daher im Folgenden umfangreich auf die Erwägungen der Technischen Beschwerdekammer in der vorausgegangenen Entscheidung EPA T 1063/18 eingegangen und dann chronologisch dem Verfahrensgang folgend die Vorlage des Präsidenten und die Entscheidung der GBK dargelegt.

i. Ausgangsverfahren

Ausgangspunkt der juristischen Auslegungsfrage um die Anwendbarkeit des Verwaltungsrat Beschlusses ist die Entscheidung der TBK EPA T 1063/18.

Die Anmelderin hatte im August 2015⁵⁷⁶ ein Patent angemeldet mit folgendem Anspruch:

„1. Kultivierte Pfefferpflanze vom Typ der Blockfrüchte, die Früchte von extrem dunkelgrüner Farbe im unreifen erntereifen Stadium trägt, wobei die Pflanze zwei genetische Determinanten umfasst, die die Expression der extrem dunkelgrünen Farbe in der Pfefferfrucht der Pfefferpflanze lenken oder kontrollieren, wobei die beiden genetischen Determinanten durch zwei QTL⁵⁷⁷ repräsentiert werden,[...] und genetisch [...] verbunden ist; und wobei die extreme "dunkelgrüne Farbe" mit den folgenden physikalisch-chemischen Eigenschaften der Pfefferfrüchte im unreifen erntbaren Stadium assoziiert ist:

[...]

- einen Gehalt an Lutein von mehr als 5, insbesondere von mehr als 6, insbesondere von mehr als etwa 7 myg/g Frischgewicht, [...]"⁵⁷⁸

Das Ergebnis des Patents wurde somit durch genetische Rekombination erzielt. Dabei wurden sogenannte Marker⁵⁷⁹ eingesetzt, die das genetische Material „screenen“ und so eine gezielte Rekombination der gewünschten Merkmale möglich machen.⁵⁸⁰ Dieses Verfahren wurde durch das EPA als *im Wesentlichen biologisches Verfahren* eingestuft.⁵⁸¹ Es handelt sich gerade nicht um ein technisches Verfahren, da das Verfahren der Erzeugung der Pflanzen durch geschlechtliche Kreuzung und Selektion erfolgt und nicht durch technische

⁵⁷⁶ Das Patent wurde demnach nach der Entscheidung EPA G 02/12 und EPA G 02/13 und vor dem Beschluss des Verwaltungsrats zur Einführung der Reg. 28 Abs. 2 AOEPÜ angemeldet.

⁵⁷⁷ Abkürzung für „Quantitative Trait Locus“ (dt.: Region eines quantitativen Merkmals): Beschreibt die Lokalisierung von DNA-Sequenzen, die für die Ausbildung einer bestimmten Eigenschaft verantwortlich sind: *Tomiuk/Loeschcke*, Grundlage der Evolutionsbiologie und Formalen Genetik S. 48.

⁵⁷⁸ EP 12756468.0, Patentanspruch 1.

⁵⁷⁹ Zur Erläuterung der molekularen Marker, siehe dazu oben, Erster Teil II.1.

⁵⁸⁰ *Tomiuk/Loeschcke*, Grundlage der Evolutionsbiologie und Formalen Genetik, S. 44.

⁵⁸¹ Siehe dazu Grundsatzentscheidung der GBK EPA G 02/07, Leitsatz 1.

Vorrichtungen. Die technischen Verfahrensschritte dienen nur der Sicherstellung des gewünschten Ergebnisses ohne langwierige Kreuzungszyklen. Ebenfalls weist die Formulierung des Patentanspruchs große Ähnlichkeit zu den Patentansprüchen in EPA G 02/13 auf. Beide Patente waren durch zwei verschiedene Arten der Beschreibung geprägt.⁵⁸² Die Beschreibung enthält im ersten Teil eine „product-by-process“-Formulierung und zusätzlich noch Merkmale, die das Endergebnis beschreiben. Die Patentanmeldung ist daher sehr stark mit der Entscheidung EPA G 02/12 und EPA G 02/13 vergleichbar.

Die Patentanmeldung wurde am 22.3.2018 von der Prüfungsabteilung abgelehnt. Dies wurde damit begründet, dass die Anmeldung gegen den Patentierungsausschluss des Art. 53 lit. b EPÜ i. V. m. Art. 28 Abs. 2 AOEPÜ verstoße.⁵⁸³ Gegen diese Entscheidung legte die Anmelderin Einspruch ein mit der Argumentation, dass Reg. 28 Abs. 2 AOEPÜ nicht rechtmäßig sei.

Die TBK gab dem Einspruch der Anmelderin am 5.12.2018 statt. Nach ihrer Auffassung war die umfassende Auslegung der GBK in EPA G 02/12 und EPA G 02/13 von Art. 53 lit. b EPÜ nach den anerkannten Regelungen des Völkerrechts eindeutig.⁵⁸⁴ Für eine weiterführende dynamische Interpretation sieht die TBK weder die Möglichkeit noch die Notwendigkeit diese Entscheidung anzuzweifeln.⁵⁸⁵ Daran ändere auch insbesondere die Mitteilung der EU-Kommission nichts, da diese zu Auslegung von unionsinternen Gesetzestexten nicht zuständig ist.⁵⁸⁶ Auch die materiellen Erwägungsgründe der Mitteilung seien nicht überzeugend. Die EU-Kommission gehe auf die vorbereitenden Arbeiten nicht akkurat ein. Diese zeigten deutlich, dass der Gesetzgeber zum damaligen Zeitpunkt der Meinung war, dass ein Patentierungsausschluss für Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* aufgrund der fehlenden Wiederholbarkeit und der daraus resultierenden Erfindungsfeindlichkeit nicht erforderlich sei.⁵⁸⁷ Insofern kann nicht davon ausgegangen werden, dass der EU-Gesetzgeber auch „product-by-process“-Ansprüche ausschließen wollte. Vielmehr muss erkannt werden, dass sich die technischen Möglichkeiten seit der Einführung der BioTech-RL derart weiterentwickelt haben, dass keine gesetzgeberische

⁵⁸² Insofern unterscheidet sich das Patent zur Patentanmeldung in EPA G 02/12, das nur durch einen „product-by-process“-Anspruch beschrieben war.

⁵⁸³ EPA T 1063/18, EG 2.

⁵⁸⁴ Ibid, EG 4.

⁵⁸⁵ Ibid, EG 9.

⁵⁸⁶ Ibid, EG 011.

⁵⁸⁷ Ibid, EG 013.

Intention aus dieser Zeit für das streitgegenständliche Patent herangezogen werden kann. Auch sei hier nochmal erwähnt, dass der Gesetzgeber zum damaligen Zeitpunkt sehr wohl die Unterschiede zwischen *im Wesentlichen biologischen Verfahren* und den daraus resultierenden Erzeugnissen gesehen, sich aber bewusst für einen reinen Verfahrensausschluss entschlossen hat. Insofern könne man nicht über den generellen Verweis auf die BioTech-RL in Reg. 26 Abs. 1 AOEPÜ von einem Patentierungsausschluss ausgehen.⁵⁸⁸ Demnach kann die Implementierung der BioTech-RL nicht als dynamische Interpretation des Art. 53 lit. b EPÜ in der Art herangezogen werden, da auch Verfahrenserzeugnisse von der Patentierung ausgeschlossen sind.⁵⁸⁹

Auch die Einführung der Reg. 28 Abs. 2 AOEPÜ kann dieses Ergebnis nicht verändern. Die TBK sieht in der Entscheidung EPA G 02/12 und EPA G 02/13 eine für den EPÜ-Vertragstext und die Organe innerhalb des EPA bindende Auslegung. Dies könnte nur durch völkerrechtlich anerkannte Weise verändert werden. Die TBK sieht aber in Übereinstimmung mit den oben angeführten Argumenten, dass Reg. 28 Abs. 2 AOEPÜ keine taugliche spätere Übereinkunft i. S. d. Art. 31 Abs. 3a WVK ist.

Art. 31 Abs. 3a WVK ermöglicht auch die Auslegung von völkerrechtlichen Vertragstexten durch „jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen“. Diese Auslegungsvariante soll es ermöglichen, dass die Vertragsanwendung flexibel bleibt, auch wenn sich die Rahmenbedingungen des Vertrags ändern.⁵⁹⁰ Insofern kann man die Rechtsakte des Verwaltungsrats durchaus als Auslegungsvariante heranziehen. Allerdings ist auch zu bedenken, dass dem Verwaltungsrat innerhalb des EPÜ selbst nur begrenzt Rechtsetzungskompetenzen eingeräumt werden. Auch ist der Verwaltungsrat anders konstituiert als die Konferenz der Mitgliedstaaten. Aus Art. 31 Abs. 3a WVK geht aber nicht klar hervor, dass unter späteren Übereinkünften auch exekutive Organe des Vertrags erfasst sind. Denn anders als eine neue Übereinkunft im Rahmen der Konferenz der Mitgliedstaaten, kann die Entscheidung des Verwaltungsrats nicht als Entscheidung des originären Legislativorgan des EPÜ erfasst werden und somit nicht als Übereinkunft der

⁵⁸⁸ a.A u. a.: amicus curiae Brief zu EPA G 03/19 von BDP, S. 4, abrufbar unter: [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/077FE775DE5E9036C125847B002BFFDC/\\$File/2019-09-17_SCS_amicus%20curiae_final.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/077FE775DE5E9036C125847B002BFFDC/$File/2019-09-17_SCS_amicus%20curiae_final.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁵⁸⁹ Ibid, EG 029.

⁵⁹⁰ Lubig, in: JA 2005, 143 (144).

Vertragsparteien.⁵⁹¹ Aber auch wenn man diese Interpretationsmöglichkeit der WVK weit auslegt und auch die Entscheidungen des Verwaltungsrats als taugliche Grundlage der Rechtsfortbildung ansieht, steht nach Ansicht der Kammer Art. 164 Abs. 2 EPÜ einer Anwendung der Reg. 28 Abs. 2 AOEPÜ entgegen. Grund hierfür ist, dass die Regelung den Bestimmungen des EPÜ zuwiderläuft und in diesem Fall zurücktreten muss.⁵⁹²

Die TBK kommt somit zu dem Ergebnis, dass eine Erteilung des streitgegenständlichen Patents geboten ist, da der Patentierungsausschluss des Art. 53 lit. b EPÜ nur auf Verfahren und nicht deren Erzeugnisse beschränkt ist.⁵⁹³

Erstaunlich an dieser Entscheidung ist nicht nur das Ergebnis zu dem die TBK hier gelangt, sondern auch dass die TBK das Verfahren innerhalb ihrer Befugnisse entscheidet, gem. Art. 111 Abs. 1 EPÜ,⁵⁹⁴ und keine Vorlage an die GBK vornimmt. Hierzu ist anzumerken, dass die Vorlageberechtigung der Technischen und Juristischen Beschwerdekammern eine reine Berechtigung darstellt und keine Verpflichtung statuiert.⁵⁹⁵

ii. Vorlagefrage des Präsidenten

Anderer Ansicht als die TBK war der Präsident des EPÜ in Bezug auf die Rechtsauffassung und die Anwendung der Reg. 28 Abs. 2 EPÜ. Dies verwundert nicht, wenn man sich nochmals vor Augen hält, dass die Regelung vom Verwaltungsrat und somit von der Kontrollinstanz des Präsidenten eingeführt wurde und dieser den Bestimmungen seines „Dienstherren“ Folge zu leisten hat. Wie schon nach der Entscheidung EPA G 02/12 und EPA G 02/13 setzte der Präsident des EPÜ alle Verfahren aus, die Erzeugnisansprüche aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* beinhalteten.⁵⁹⁶

Der Präsident des EPÜ legte zusätzlich selbst die Rechtsfrage der GBK am 4. April 2019 vor.⁵⁹⁷

Die Berechtigung zur Vorlage der Präsidenten ergibt sich aus Art. 112 Abs. 1b EPÜ:

⁵⁹¹ So auch *Haedicke*, in: GRUR Int. 2019, 885 (895).

⁵⁹² EPA T 1063/18, EG 46.

⁵⁹³ *Ibid*, EG 47.

⁵⁹⁴ *Ibid*, EG 48.

⁵⁹⁵ *Cimniak*, in: BeckOK Patentrecht, Art. 112 Rn. 26; EPA J 0005/81, Leitsatz 2, EG 011; sowie: *Steinbrener*, in: GRUR Int. 2008, 713 (718).

⁵⁹⁶ Siehe dazu: EPA Abl. 2019, A34, abrufbar unter: <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/official-journal/2019/04/a34/2019-a34.pdf> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁵⁹⁷ Referral of a point of law to the Enlarged Board of Appeal by the President of the European Patent Office (Article 112(1)b EPC), (abgek. Vorlagefrage), abrufbar unter: [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/09D15FA10C1A3A55C125856C0057B988/\\$File/Referral%20under%20Art.%20112\(1\)b%20EPC_G%2003-19.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/09D15FA10C1A3A55C125856C0057B988/$File/Referral%20under%20Art.%20112(1)b%20EPC_G%2003-19.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

„Zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsanwendung oder wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt,

a. [...]

b. kann der Präsident des Europäischen Patentamts der Großen Beschwerdekammer eine Rechtsfrage vorlegen, wenn zwei Beschwerdekammern über diese Frage voneinander abweichende Entscheidungen getroffen haben.“

Auch der Präsident kann demnach keine abstrakten Rechtsfragen an die GBK vorlegen. Dass es sich bei der Frage der Anwendbarkeit der Reg. 28 Abs. 2 EPÜ und die Kompetenz des Verwaltungsbeirats um eine Entscheidung grundsätzlicher Bedeutung für das EPÜ System handelt, steht außer Frage.⁵⁹⁸ Zusätzlich erforderlich für eine Vorlageberechtigung ist, dass es verschiedene Entscheidungen zweier Beschwerdekammern gibt. Die Rechtsprechung der GBK hat dieses Element bereits in einer früheren Entscheidung sehr weit ausgelegt und auch divergierende Entscheidungen einer einzelnen Kammer (in unterschiedlicher Besetzung) anerkannt.⁵⁹⁹ Die Situation im vorliegenden Fall ist aber auf den ersten Blick anders gelagert: Es liegen gerade keine zwei unterschiedliche Kammer-Entscheidungen vor. Vielmehr liegen übereinstimmende Entscheidungen zweier Beschwerdekammern — nämlich EPA G 02/12 und EPA G 02/13 übereinstimmend mit EPA T 1063/18 — zur Auslegung des Art. 53 lit. b EPÜ vor. Hiervon weicht keine Entscheidung einer Beschwerdekammer ab, sondern die Einführung von Reg. 28 Abs. 2 EPÜ durch den Verwaltungsrat. Der Präsident argumentiert jedoch, dass die TBK bei der Auslegung des Art. 164 Abs. 2 EPÜ einen anderen Maßstab anwendet als die bisherige Rechtsprechung.⁶⁰⁰

Anders als die TBK nimmt die GBK zuerst eine allumfassende Interpretation vor, die alle Entscheidungen eines EPA-Organs beinhaltet und vergleicht diese dann mit der neuen Regelung.⁶⁰¹ Dieses Argument kann nicht überzeugen. Bei der Anwendung der Reg. 28 Abs. 2 AOEPÜ kann diese nicht in die Interpretation des höher rangigen Art. 53 lit. b EPÜ miteinbezogen werden, um einen möglichen Konflikt darzustellen.⁶⁰² Auch die Argumentation, dass die GBK bei einer anderweitigen Ansicht des Konfliktes der hier

⁵⁹⁸ Dies zeigt auch, dass zum Zeitpunkt der Vorlage durch den Präsidenten ca. 257 Patentverfahren von der Entscheidung und damit von der Anordnung auf Verfahrensaussetzung betroffen waren, Vorlage Präsident, C.39.

⁵⁹⁹ EPA G4/98, EG 01.2.

⁶⁰⁰ Insb. EPA J 16/96, EG 02.3, sowie EPA T 0315/03 EG 5.8.

⁶⁰¹ Vorlage des Präsidenten, A.18.

⁶⁰² Koch, in: GRUR Int. 2020, 1027 (1028), sowie: Haedicke, GRUR Int. 2019, 885 (887)

dargestellten Entscheidungen eine analoge Anwendung des Art. 112 Abs. 1b EPÜ vornehmen soll, kann nicht überzeugen.⁶⁰³ Eine derartige Auslegung würde schlicht den vorgegebenen Rahmen des EPÜ auf unzulässige Weise sprengen.

Auch wenn nachvollziehbar ist, dass der Präsident sich an den unterschiedlichen Meinungen stört und eine Klärung der Rechtslage für geboten hält, ist diese aus rechtlicher Sicht im vorliegenden Fall weder möglich noch geboten. Die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit von Handlungen des Verwaltungsrats als Teil der Exekutiven steht den Judikativen Organen des EPA zu und somit den Beschwerdekammern. Eine Intervention durch den Präsidenten laufende Verfahren ist bewusst unter sehr engen Voraussetzungen möglich. Diese sind hier nach Art. 112 Abs. 1b EPÜ nicht gegeben. Auch ist dies nicht notwendig, da eine Entscheidung spätestens im Laufe des Jahres auf rechtlich zulässige Weise durch drei Alternativen gefällt worden wäre: Entweder eine Beschwerdekammer hätte selbst in einem nachfolgenden Verfahren die Rechtsfrage vorgelegt oder durch eine abweichende Entscheidung die Voraussetzung des Art. 112 Abs. 1b EPÜ geschaffen. Als dritte Möglichkeit hätten auch die anderen Kammern der Entscheidung der TBK zugestimmt und so die Nichtanwendung der Reg. 28 Abs. 2 EPÜ bestätigt. Es bleibt somit festzuhalten, dass die Vorlagefrage des Präsidenten zwar politisch erwünscht, rechtlich aber in nicht zulässiger Weise gestellt wurde.

Zu der materiellen Frage des Patentierungsausschlusses für Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologische Verfahren* enthält die Vorlage des Präsidenten folgende Erwägungen:

Die Implementierung von Reg. 28 Abs. 2 AOEPÜ war im Rahmen des Art. 53 lit. b EPÜ sowie der Kompetenz des Verwaltungsrats. Demnach ist Reg. 28 Abs. 2 AOEPÜ nur eine Spezifizierung der Reg. 26 Abs. 1 AOEPÜ, die eine Auslegung anhand der BioTech-RL vorschreibt.⁶⁰⁴ Für eine Auslegung des Patentierungsausschlusses muss die Neuregelung als „*subsequent legal developments*“ miteingeschlossen werden, weshalb die Auslegung in EPA G 02/12 und EPA G 02/13 nicht mehr aktuell ist.⁶⁰⁵ Der Präsident sieht die Implementierung der Reg. 28 Abs. 2 AOEPÜ nicht als Änderung des Art. 53 lit. b EPÜ, sondern als Spezifizierung der Auslegungsvarianten, die dem Verwaltungsrat gem. Art. 33 Abs. 1c EPÜ

⁶⁰³ Vorlage des Präsidenten, A.21.

⁶⁰⁴ Ibid, C.38.

⁶⁰⁵ Ibid, C.40.

zusteht.⁶⁰⁶ Die zuvor erlassene Entscheidung der GBK sei keine endgültige Rechtsprechung, sondern nur eine Auslegung zum Stand der Entscheidung, die nur eine Bindungswirkung für das laufende Verfahren entfaltet.⁶⁰⁷ Dass Art. 53 lit. b EPÜ auf verschiedene Weise interpretiert werden kann, ergibt sich aus der Entscheidung EPA G 02/12 und EPA G 02/13 selbst, in der die GBK zum einen feststellt, dass innerhalb des EPÜ keine explizite Klarstellung der Patentierbarkeit von Pflanzen aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* enthalten ist und auch die Interpretation der GBK anders hätte ausfallen können, wenn in der AOEPÜ eine Klarstellung enthalten gewesen wäre.⁶⁰⁸ Diese Klarstellung habe der Verwaltungsrat in Übereinstimmung mit der BioTech-RL und somit in Übereinstimmung zu der bereits zuvor verabschiedeten Reg. 26 Abs. 1 AOEPÜ vorgenommen. Des Weiteren sieht der Präsident auch durch das nationale Recht der Vertragsstaaten eine spätere Übung gegeben, die in Übereinstimmung mit dem Beschluss des Verwaltungsrats steht. Demnach haben zwar nur ein Drittel der Vertragsstaaten nationale Vorschriften, die mit dem Beschluss des Verwaltungsrats übereinstimmen,⁶⁰⁹ die Großzahl der Vertragsstaaten wolle sich aber an den Entscheidungen der EU-Kommission orientieren und seine nationalen Vorschriften anpassen.⁶¹⁰ Insofern wäre selbst ohne den Beschluss des Verwaltungsrats eine Auslegung im Sinne der Reg. 28 Abs. 2 EPÜ als spätere Übung i. S. d. Art. 31 Abs. 3c EPÜ.⁶¹¹

Der Präsident sieht also nicht nur die Auslegung des Art. 164 Abs. 2 EPÜ als von der GBK abweichend entschieden an, sondern argumentiert größtenteils in seiner Entscheidung dahingehend, dass eine Neuinterpretation im Lichte der Reg. 28 Abs. 2 EPÜ geboten sei.

iii. Annahme der Vorlagefrage und der geänderten AOEPÜ

Die GBK nahm die Vorlagefrage durch den Präsidenten an.

Nach Ansicht der GBK ist die Vorlagefrage des Präsidenten zulässig. Dies ergibt sich einerseits aus der Tatsache, dass die Gültigkeit einer Norm in der AOEPÜ generell einen grundlegenden rechtlichen Belang für das EPÜ als solches hat und die streitgegenständliche Reg. 28 Abs. 2 AOEPÜ darüber hinaus auch aufgrund der großen Anzahl anhängiger

⁶⁰⁶ Ibid, C.47.

⁶⁰⁷ Ibid, C.69, *Hüttermann*, in: Mitt. 2020, 255 (257).

⁶⁰⁸ Ibid, C.75.

⁶⁰⁹ Ibid, C.102.

⁶¹⁰ Ibid, C.103.

⁶¹¹ Ibid, C.103.

Verfahren in besonderer Weise Bedeutung zu kommt.⁶¹² Durch sehr langwierige und künstlich-anmutende Konstruktionen kommt auch die GBK zu dem Ergebnis, dass die Entscheidung EPA T 1063/18 von der bisherigen Rechtsprechung abweicht, nämlich in Hinblick darauf, dass nachträglich erlassene Entscheidungen des Verwaltungsrats in der AOEPÜ eine Auswirkung auf die Auslegung des EPÜ-Texts haben können.⁶¹³ Die davon abweichende Entscheidung wird in EPA T 272/95 gesehen, in der die im Jahre 1999 eingeführten Reg. 23 b, e AOEPÜ tauglich zur Auslegung des Art. 53 lit. a EPÜ angesehen wurde.⁶¹⁴ Allerdings ist anzumerken, dass anders als bei Art. 53 lit. b EPÜ keinerlei entgegenstehende Rechtsprechung für den Patentierungsausschluss vorlag. Genau genommen ist die Rechtsfrage, die sich in EPA T 1063/18 gestellt hat, nicht mit der Rechtsprechung in EPA T 272/95 vergleichbar und somit auch nicht widersprechend. Ungeachtet dessen hat die GBK die Vorlage angenommen und auch über die materielle Ausgestaltung des Art. 53 lit. b EPÜ eine Entscheidung getroffen:

Die Ausgangslage der Interpretation des Art. 53 lit. b EPÜ besteht weiterhin in Übereinstimmung zu EPA G 02/12 und EPA G 02/13.⁶¹⁵ Jedoch muss die Auslegung nun im Lichte der Entwicklungen seit 2015 neu bewertet werden. Hierfür bezieht die GBK einerseits die Entwicklungen außerhalb des EPÜ, also insbesondere die Stellungnahme der EU-Kommission und die nationalen Gesetzesänderungen, sowie die Implementierung der Reg. 28 Abs. 2 EPÜ in ihre Überlegungen mit ein.

Die GBK weist darauf hin, dass die Implementierung der BioTech-RL in Reg. 26 Abs. 1 EPÜ keinen Einfluss auf die Erweiterung des Art. 53 lit. b EPÜ haben kann, da sich eine dahingehende Regelung nicht aus der RL entnehmen lässt und insofern keine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung möglich ist.⁶¹⁶ Daran kann auch die Mitteilung der EU-Kommission nichts ändern, da diese schon innerhalb der EU keine rechtliche Beachtung findet und insofern erst recht nicht durch eine Implementierung der RL in das EPÜ beachtet werden kann.⁶¹⁷

Anders als es der Präsident des EPA dargestellt hatte, ist keine übereinstimmende spätere

⁶¹² EPA G 03/19, EG V.1.

⁶¹³ Ibid, EG VI.5.5.

⁶¹⁴ EPA T 0272/95, EG 4.

⁶¹⁵ EPA G 03/19, EG XIV.5.

⁶¹⁶ Ibid, EG XV.1.1.

⁶¹⁷ Ibid, EG XV.2.3.

Übung der nationalen Rechtstexte erkennbar. Denn eine Ausdehnung des Patentierungsausschlusses auf Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologische Verfahren* ist nur in einem Viertel der Mitgliedstaaten erkennbar. Für eine Beachtung als spätere Übung i. S. d. Art. 31 Abs. 3b WVK wäre aber eine Auslegung bzw. Gesetzesänderung in diesem Sinne in sämtlichen Mitgliedsstaaten erforderlich.⁶¹⁸

Als mögliche Änderung der Auslegungssicht in der Entscheidung EPA G 02/12 und EPA G 02/13 bleibt daher nur die Implementierung der Reg. 28 Abs. 2 AOEPÜ, die in der vorangegangenen Entscheidung nicht mit herangezogen wurde — und auch nicht einbezogen werden konnte, da sie erst im Nachhinein eingeführt wurde. Die GBK stellt nochmals klar, dass die Interpretation des Art. 53 lit. b EPÜ offen ist und insofern auch Änderungen aufgrund einer dynamischen Interpretation möglich sind.⁶¹⁹ Dies setzt allerdings voraus, dass die Änderung eine zulässige dynamische Interpretation im Sinne der völkerrechtlichen Auslegungsmöglichkeiten darstellt, gem. Art. 31 Abs. 3c WVK. Diese dürfen sich nicht an nationalen Rechtsprechungsgrundsätzen orientieren, sondern sind durch das spezifische Konstrukt des EPÜ als internationales Übereinkommen autonom zu bestimmen.⁶²⁰ Hierbei ist vor allem die Ausgestaltung der Kompetenzen des Verwaltungsrats innerhalb des EPÜ zu beachten. Dieser ist in erster Linie das überwachende Exekutivorgan des EPA, der mit zusätzlichen sekundären Legislativrechten ausgestattet ist, Art. 33 WVK.⁶²¹

Diese Sonderkonstellation ist hier nochmals von besonderer Bedeutung. Anders als bei nationalen Rechtsordnungen verfügt das EPÜ nicht über ein periodisch und regelmäßig zusammenkommendes Legislativorgan, wie es in nationalen Rechtsordnungen durch Parlamente (meistens) der Fall ist. Das EPÜ hat dafür nur die Konferenz der Mitgliedstaaten vorgesehen, die in unregelmäßigen Abständen zusammenkommt und noch seltener eine bindende Legislativentscheidung vornimmt. Dies ist seit Entstehung des EPÜ nur zweimal erfolgt und kann vor allem damit begründet werden, dass eine Änderung einerseits eine Zustimmung von Dreiviertel aller anwesenden Staaten erfordert, gem. Art. 172 Abs. 2 S. 3 EPÜ, und erst durch Ratifizierung in den nationalen Parlamenten in Kraft tritt, gem. Art. 172 Abs. 3 EPÜ. Der Prozess ist daher nur durch große diplomatische

⁶¹⁸ Ibid, EG XV.3.2.

⁶¹⁹ Ibid, EG XX.

⁶²⁰ Ibid, EG XXV1; für eine stringente Anwendung der Rechtsstaatlichen Gewaltenteilung, *Haedicke*, in: GRUR Int. 2019, 885 (890).

⁶²¹ Ibid, EG XXV.2.

Anstrengungen möglich und sehr aufwendig.⁶²² Diese Hürden sind bei einer Änderung der AOEPÜ durch den Verwaltungsrat nicht gegeben, weshalb diese untergeordnete Kompetenz des Verwaltungsrats oftmals genutzt wird.⁶²³ Dem Verwaltungsrat fehlt aber anders als der Revision durch die Konferenz durch die Ratifizierung eine Legitimation innerhalb der nationalen Rechtsordnungen.⁶²⁴ Der Verwaltungsrat ist daher vergleichbar mit der in Deutschland ausgestalteten Verordnungskompetenz der Bundesregierungen, Bundesministerien und Landesregierungen in Art. 80 Abs. 1 GG. Diese Prinzipien sind aber nicht eins zu eins übertragbar, weil dem EPÜ anders als dem Rechtssystem in Deutschland ein funktionelles und dauerhaft arbeitendes Legislativorgan fehlt. Insofern müssen die Prinzipien mit ähnlichen aber gleichwohl etwas geringeren Maßstäben angewandt werden, die im Auge behalten, dass das EPÜ als Patentsystem einen dauerhaften technischen Entwicklungswandel ausgesetzt ist, der mitunter rasche und pragmatische Entscheidungen erfordert. Diese Kompetenzverteilung darf aber nicht dergestalt ausgenutzt werden, dass der Grundsatz der Gewaltenteilung, der auch innerhalb des Völkerrechts und somit innerhalb des EPÜ anerkannt wird, umgangen wird.⁶²⁵

Der Beschluss des Verwaltungsrats zur Neueinführung der Reg. 28 Abs. 2 EPÜ kann daher nur dann als spätere Übereinkunft beachtet werden, wenn er eine innerhalb des EPÜ Systems zulässige Rechtsetzung darstellt. Dies könnte dem Verwaltungsrat durch die Rechtsprechung der GBK verwehrt sein, falls ihre Entscheidung in EPA G 02/12 und EPA G 02/13 als bindend anzusehen ist. Dies ist jedoch nicht der Fall, da die Entscheidungen der GBK nur „inter partes“ für das Ausgangsverfahren formal bindend sind.⁶²⁶ Jedoch darf nicht verkannt werden, dass die Entscheidungen der GBK auch dazu dienen, Rechtssicherheit und Gleichheit herzustellen. Dies setzt voraus, dass die Organe des EPA sich an die Interpretation und die Entscheidungen der Kammern halten. Die GBK sah die Entscheidung des Verwaltungsrats nicht als „Gegenentscheidung“ zu der ergangenen Interpretation in EPA G 02/12 und EPA G 02/13, sondern als zulässige Weiterentwicklung der für die Auslegung zu beachtenden

⁶²² Weiss, in: GRUR Int. 2008, 726.

⁶²³ Zu der insofern ebenfalls strittigen Kompetenzfrage bei Änderung der Fristen innerhalb des EPÜ durch den Verwaltungsrat m.w.N., siehe: Kraßer/Ann, Patentrecht, § 7 Rn. 61.

⁶²⁴ Nack/Phelip, in: GRUR Int. 2001, 322 (323).

⁶²⁵ EPA G 02/12 und EPA G 02/13, EG XXV.3; kritisch dazu: Witte, in: AöR 2012, 223.

⁶²⁶ EPA G 02/12 und EPA G 02/13, EG XXV.3.1; Koch, in: GRUR Int.2020, 1027 (1030).

Rechtsakte an.⁶²⁷

Die GBK kam daher zu dem Ergebnis, dass Art.53 b EPÜ durch Reg. 28 Abs. 2 EPÜ in zulässiger Weise ausgelegt werden kann. Der Rahmen des EPÜ Vertragstexts sei nicht eindeutig auf Verfahren im Einzelnen beschränkt, sondern lasse einen Interpretationsspielraum zu, den der Verwaltungsrat zulässig beschränkt hat. Grundlage für diese Entscheidung war die im Vorverfahren dargelegte Auslegung, die beide Ergebnisse offen ließ.

Somit kam die Kammer zu dem Ergebnis, dass Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* nun nicht mehr patentiert werden können.

iv. Kritische Gesamtbetrachtung des Verfahrens

Der Gang des Verfahrens war sehr unüblich und wirft einige Fragen auf. Auch wenn man aufgrund der Rechtssicherheit eine Entscheidung über den Patentierungsausschuss und die Anwendung der Reg. 28 Abs. 2 AOEPÜ durch die GBK für nachvollziehbar und erforderlich halten kann, so muss festgestellt werden, dass die formellen Voraussetzungen des Verfahrensgangs in der vorliegenden Entscheidung nicht beachtet worden sind.⁶²⁸ Dies hat zur Folge, dass der Anmelder des Patents auf nicht legitime Weise eine Entscheidung der GBK gegen sich hinnehmen muss. Es hat auch zur Folge, dass erneut Verfahren auf unbestimmte Dauer ausgesetzt wurden und so der Präsident des EPA eine entscheidende Rolle in der Erlangung des Patentrechts gespielt hat, die ihm nach den Grundgedanken des EPÜ wohl eher nicht zustehen sollte.⁶²⁹ Hierbei zeigt sich ein großes institutionelles Problem des EPÜ. Es ist durch viele verschiedene nationale wie internationale Einflüsse geprägt, aber aufgrund seiner starren Regelungen nur sehr schwer an neue Situationen anpassbar.

Es bleibt aber die Frage offen, ob es sich bei dem Patentierungsausschluss des Art. 53 lit. b EPÜ tatsächlich um eine neue Situation handelt oder um eine politisch nicht mehr gewollte Gestaltung des EPÜ. In beiden Fällen wäre eine Änderung des Originaltexts die rechtssichere und rechtlich akkuratere Lösung des Problems. Hierbei seien nochmals die Unterschiede in der Legitimation herausgestellt. Während der Verwaltungsrat Beschlüsse

⁶²⁷ EPA G 02/12 und EPA G 02/13, EG XXVI.4.

⁶²⁸ Haedicke, in: GRUR Int. 2019, 885 (895).

⁶²⁹ Kritisch zu dieser Anordnung auch: Hacker, Die fehlende Legitimation der Patentierungsausschlüsse, S. 150; und auch: Bönsch, in: GRUR 2018, 592.

durch die einfache Entsendung eines Beauftragten des Vertragsstaats abgeschlossen wird, bedürfen Revisionen des EPÜ einer zusätzlichen Ratifizierung nach den jeweiligen nationalen Rechten. So wird die jeweilige Ratifizierung durch Kollektivorgane nochmals legitimiert. Dabei werden also die Volksvertreter der Vertragsstaaten in adäquater Weise miteinbezogen und erlauben neben Diskussionen auch eine demokratische Verstetigung. Dieses langwierige Verfahren ist allerdings nicht mehr erforderlich, da die GBK dem Druck der politischen Interessen zu Lasten einer vertragsrechtskonformen Auslegung stattgegeben hat.⁶³⁰ Die vereinte Kompetenz der GBK als höchstes Judikativorgan für einerseits materielle und andererseits institutionelle Fragen fördert dieses Ungleichgewicht.

In materieller Hinsicht ist die Entscheidung ebenso bedenklich. Der klare Wortlaut des Art. 53 lit. b EPÜ und die zuvor ergangene Entscheidungspraxis der GBK wurden durch eine Entscheidung des Verwaltungsrats ausgehebelt. Diese Entscheidung birgt nicht nur die Gefahr, dass die Kompetenz des Verwaltungsrats in rechtswidriger Weise exzessiv ausgelegt wird, sondern auch, dass der Vertragstext des EPÜ an Bedeutung verliert und keine Rechtssicherheit mehr für deren Anwendung gewährt.

Reg. 28 Abs. 2 AOEPÜ ist nun im Rahmen des EPÜ anwendbar und schließt daher die Gewährung von Erzeugnispatenten aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* entgegen dem Wortlaut von Art. 53 lit. b EPÜ aus. Irrelevant für die Beurteilung der Patentierung bleibt die Formulierung der Patentansprüche als „product-by-process“-Anspruch oder als klassischer Erzeugnisanspruch. Der Patentierungsausschluss wird daher nun im Wege einer dynamischen Interpretation über den Wortlaut hinausgehend ausgelegt.

Dies hat zur Folge, dass die Auslegung des Art. 53 lit. b EPÜ ohne Änderung der selbigen Norm nun in entgegengesetzter Weise ausgelegt wird. Nicht mehr festgehalten wird dabei an dem Prinzip der engen Auslegung der Patentierungsausschlüsse nach dem „Regel-Ausnahme-Grundgedanke“. Auch wird verkannt, dass nicht nur die Entscheidung in EPA G 02/12 und EPA G 02/13 verworfen wird, sondern dass durch die Entscheidung auch endgültig festgelegt wurde, wie der Patentierungsausschluss zu interpretieren ist.⁶³¹ Diese

⁶³⁰ Hüttermann, in: Mitt. 2020, 255 (257).

⁶³¹ a.A. u. a.: amicus curiae Brief zu EPA G 03/19 von Metzger/Zech/Vollenberg, S. 18, abrufbar unter: [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/7356DB9A79C6B9C6C12584870030E2B2/\\$File/AC_G_03-19_MetzgerZechVollenberg_30-9.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/7356DB9A79C6B9C6C12584870030E2B2/$File/AC_G_03-19_MetzgerZechVollenberg_30-9.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021); zustimmend amicus curiae Brief zu EPA G 03/19 von Woudenberg, S. 25, abrufbar unter: [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/1288750B748A3527C125847F003D1A5E/\\$File/Submission%2](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/1288750B748A3527C125847F003D1A5E/$File/Submission%2)

Interpretation ist durch jahrelange Rechtspraxis entstanden und fußt insbesondere auf dem Rechtsgedanken der Rechtsklarheit. Diese Entwicklung hätte nur durch den originären Gesetzgeber geändert werden können und nicht durch den Verwaltungsrat unterlaufen werden sollen.

Als Ergebnis kann Art. 53 lit. b EPÜ i. V. m. Reg. 28 Abs. 2 EPÜ nun in folgender Weise gelesen werden:

„Europäische Patente werden nicht erteilt für:

- a. [...]
- b. *Pflanzensorten oder Tierrassen sowie im Wesentlichen biologische Verfahren zur Züchtung von Pflanzen oder Tieren*

*sowie ausschließlich durch ein im Wesentlichen biologisches Verfahren gewonnene Pflanzen oder Tiere.*⁶³²

Dies gilt nicht für mikrobiologische Verfahren und die mithilfe dieser Verfahren gewonnenen Erzeugnisse;

- c. [...]⁶³³

i. Status quo

Der Patentierungsausschluss für *im Wesentlichen biologische Verfahren* und deren Erzeugnisse hat trotz der Beständigkeit seit Erlass des EPÜ einen immensen Wandel durch die Rechtspraxis erfahren.

Begrüßenswert ist die Entscheidung, dass Verfahren insofern ausgenommen sind, als dass sie durch natürliche Vorgänge unter Zuhilfenahme von technischen Einrichtungen, wie etwa Screening-Verfahren, entstehen. Hierbei ergeben sich für den Erfinder keine Schutzlücken, da die technischen Einrichtungen, also die Erfindungen an sich, dem Patentschutz offenstehen. Die natürlichen Vorgänge aber sind davon zu unterscheiden, da sie einerseits kein technisches Verfahren, sondern ein biologisches darstellen und andererseits auch nicht als

OG%203-19%20-%20Roel%20van%20Woudenberg%20-%202019.09.23.pdf (zul. abgerufen am: 03.03.2021) und *Cockbain* S. 2, abrufbar unter:

[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/5BFACDA55A9E1FEDC1258486004DF769/\\$File/Amicus%20curiae%20brief%20-%20Dr.%20Julian%20Cockbain.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/5BFACDA55A9E1FEDC1258486004DF769/$File/Amicus%20curiae%20brief%20-%20Dr.%20Julian%20Cockbain.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁶³² *Haedicke*, Patentrecht, Kap.11 Rn. 60.

⁶³³ Aktualisiert in der EPA Prüfungs-RL Teil F-IV, 4.12 sowie G-II, 5.2-5.5., gültig seit: 1.3.2021.

Erfindung, sondern Entdeckung zu qualifizieren sind. Dem kann auch dann zugestimmt werden, wenn es sich um biologische Vorgänge handelt, die so in der Natur mit ziemlich hoher Wahrscheinlichkeit zwar nicht vorkommen, aber ungeachtet dessen in erster Linie durch biologische Vermehrung ablaufen und durch den Eingriff des Menschen nur zum gewünschten Ergebnis gesteuert werden.

Auch der Rechtsprechungsentwicklung zu transgenetischen Erfindungen ist zu folgen. Der Austausch von genetischem Material durch gezieltes technisches Eingreifen — wie etwa durch das CRISP-Verfahren — stellt kein biologisches Verfahren dar. Dieser Austausch von Genmaterial bzw. -sequenzen ist kein biologischer Ablauf. Dies ist auch dann der Fall, wenn zusätzlich zu den technischen Verfahrensschritten der natürliche Vermehrungsmechanismus ausgenutzt wird. Denn anders als bei reinen technischen Hilfestellungen ist der Vorgang nicht ohne diesen technischen Schritt möglich und auch nicht durch biologische Vorgänge ersetzbar. Bedauerndwert an der Rechtsprechung bleibt aber weiterhin die starke Konzentration auf transgenetische Verfahren. Zwar ist zum jetzigen Zeitpunkt die Gentechnologie das vordergründige Anwendungsfeld bei biotechnologischen Pflanzenpatenten, es wäre aber wünschenswert gewesen, wenn die Rechtsprechung verdeutlicht hätte, dass dies nur ein Beispiel für ein patentierbares Patentverfahren ist. Durch die Reduzierung kann nämlich auch für die Zukunft eine Unsicherheit in Bezug auf Neuerungen in der Technik entstehen. Dies wäre für das Feld der Patentierung im Bereich der Biotechnologie besonders erforderlich, wie die Entwicklungen der letzten Jahrzehnte zeigen, da es sich um ein rasant wachsendes und stetig weiterentwicklungsfähiges Feld der Technik handelt.

Ablehnend hingegen sind die Entwicklungen in Bezug auf Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* zu sehen. Das überholte Argument des „Doppelschutzverbots“ kann hier nicht weiter ins Feld geführt werden. Der Gesetzgeber muss sich auch im Bereich der Biotechnologie an die Grundsätze der Patentierbarkeit halten und erkennen, dass die Verweigerung des Schutzes nicht durch Scheinargumente und moralische Zweifel ohne Beleg⁶³⁴ verwehrt werden sollte. Vor allem aber kann das EPÜ nicht weiter durch rechtsstaatlich zweifelhafte Legislativentscheidungen grundlegende Änderungen herbeiführen. Die Einführung der Reg. 28 Abs. 2 EPÜ und die Erstreckung auf Erzeugnisse

⁶³⁴ Siehe dazu auch: Teleologische Erwägungen unten: II.5.

stehen hierbei exemplarisch für die Durchsetzung politischer Interessen ohne rechtliche Grundlage.⁶³⁵ Falls Änderungen von den Vertragsstaaten gewünscht werden, sollten diese durch eine Revision erfolgen und nicht durch die Abkürzung über den Verwaltungsrat. Insbesondere aber sollte die Rechtsprechung als neutrales Organ ohne politischen Einfluss diese Prinzipien aufrechterhalten.

Es ist jedoch anzunehmen, dass die Entscheidung der GBK aus EPA G 03/19 erstmalig Bestand haben wird und nun auch Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* – entgegen dem Wortlaut von Art. 53 lit. b EPÜ – ausgenommen sind. Dies ist aufgrund der hohen Technizität der Züchtung heute nicht mehr nachvollziehbar, anders als zur Zeit der Entstehung des EPÜ sind die Pflanzenzüchtung und deren Ergebnisse heute sehr wohl vorhersehbar. Auch ist die Pflanzenzüchtung inzwischen vielfach mehr als technisches Verfahren anzusehen, wobei die biologischen Vorgänge weiterhin ausgenutzt werden, aber durch die Entwicklung, vor allem in der Gentechnik, viel geringeren Einfluss haben.

5. Zusammenfassung

Der Patentierungsausschluss für *im Wesentlichen biologische Verfahren* ist wie der Patentierungsausschluss für Pflanzensorten antiquiert und von der technischen Entwicklung überholt. Auch hier sind die ausschlaggebende Intention die Vermeidung von Wertungswidersprüchen mit dem Sortenschutz und die Einhaltung des „Doppelschutzverbots“ nicht mehr zeitgemäß. Die ethischen und moralischen Argumente, die herangezogen werden, um den Patentierungsausschluss weiter zu verteidigen, laufen bei näherem Hinsehen ins Leere. Auch wenn es nicht mehr möglich ist, die Intention des historischen Gesetzgebers ohne Zweifel festzulegen, so gibt der Patentierungsausschluss doch einen hinreichend konkreten Rahmen. Dass dieser durch den Verwaltungsrat ohne Änderung des originären Vertragstexts übergangen wird, ist einerseits rechtlich bedenklich und andererseits wirtschaftlich nicht nachvollziehbar. Der Verwaltungsrat verbirgt hinter seiner Entscheidung eine politische Intention, die den Erkenntnissen des heutigen Tages nicht mehr entspricht.

Die neue Rechtsprechungslinie der GBK ist für den aufstrebenden Sektor der Biotechnologie in den EPÜ-Staaten ein erheblicher Rückschritt in Hinblick auf die Förderungsbereitschaft von

⁶³⁵ Haedicke, Patentrecht, Kap. 11 Rn. 60.

Innovationen.⁶³⁶ Das Patentrecht sollte nicht missbraucht werden, um politische Intentionen auszugestalten. Wenn diese durchgesetzt werden sollen, dann muss hierfür nicht nur innerhalb des EPÜ, sondern auch innerhalb der EU, der hierfür gegebene Rechtsrahmen eingehalten werden. Organkompetenzen sorgen hierbei nicht nur für eine breite Legitimation, sondern schaffen auch Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Es wäre wünschenswert, wenn sich die Vertragsstaaten auf die allgemein anerkannten Regelungen des Völkerrechts zurückbesinnen und zurückhaltend mit Freiheitseinschränkungen verfahren. Insofern ist die Auslegung des Patentierungsausschlusses, sowohl in materiell-rechtlicher als auch formell-rechtlicher Hinsicht, nicht zu unterstützen. Eine Neuausrichtung wäre daher wünschenswert.

⁶³⁶ Haedicke, Patentrecht, Kap.11 Rn. 60.

Dritter Teil: Rechtsvergleich mit den USA

Ein Vergleich der Rechtslage in den USA zu jener des EPÜ ist vor dem Hintergrund zu beleuchten, dass die USA als bedeutender Wirtschaftsraum einen in das Patentrecht integrierten Schutz von Pflanzenzüchtungen verfolgt.⁶³⁷ Auch ist es für einen internationalen Handel stets von Vorteil, wenn die gewerblichen Schutzrechte vergleichbar gewährt werden, um Handelshindernisse durch national geltende Schutzrechte möglichst gering zu halten. Das EPÜ muss sich dabei bewusst sein, dass eine Abkapslung von anderen Schutzrechtsordnungen zum Nachteil der eigenen Anwender führt. Daher wird zunächst die rechtliche Lage in den USA analysiert und sodann Lösungsansätze für eine Zusammenführung der Schutzrechtssysteme in Europa gegeben. Dabei dient die Rechtsvergleichung als gelebtes Beispiel für positive und negative Auswirkungen eines integrierten Sortenschutzes in das Patentrecht. Die Arbeit wird sodann mit einer Bewertung der Chancen im Falle einer stärkeren Integration der biotechnologischen Erfindungen in das Patentrecht abgeschlossen.

⁶³⁷ In der USA wurden seit 2012 jedes Jahr im Durchschnitt 1200 Patente auf Pflanzen erteilt, im Jahr 2020 waren es sogar 1350, <https://www.statista.com/statistics/256586/number-of-plant-patent-grants-in-the-us/#statisticContainer> (jeweils zul. abgerufen am: 03.03.2021); *Gelinsky*, Biopatente und Agrarmodernisierung, S. 57.

Folgende Übersicht soll die Bedeutung des Biotechnologiesektors und den Schutz von Pflanzenschutzrechte in den einzelnen Wirtschaftsräumen verdeutlichen:

Land/Wirtschaftsraum	EPA	USA
Patentanmeldungen gesamt ⁶³⁸	174.397	597.141
Publizierte Patentanmeldungen Biotechnologie ⁶³⁹	5.118	9.619
Anteil der biotechnologischen Erfindungen in %	2,9	1,6
Pflanzenpatentanmeldungen gesamt		1.134

Das US-amerikanische Patentrecht weist keine vergleichbaren Regelungen für den Patentierungsausschluss biologischer Verfahren oder Erzeugnisse auf. In den USA sind Pflanzen und Pflanzensorten seit jeher patentierbar.⁶⁴⁰ Um dieser Praxis gerecht zu werden, wurde das UPOV geändert und das „Doppelschutzverbot“ fallengelassen. Damit wurde die Möglichkeit geschaffen, dass auch die USA der Vereinbarung beitreten können. Den besonderen Erfordernissen trägt das US-amerikanische Patentrecht hingegen durch eine eigene Patentkategorie der Pflanzenpatente Rechnung.⁶⁴¹

Die gefürchteten negativen Folgen, die von unterschiedlichen Seiten gegen eine Zulassung von Patenten auf Pflanzen und Züchtungsverfahren geltend gemacht werden, können aus rechtsvergleichender Sicht nicht bestätigt werden. Vielmehr zeigt die Rechtslage in den USA, dass auch die Öffentlichkeit von den Patenterfolgen im Bereich der Biotechnologie

⁶³⁸ WIPO Statistik Center, Patent, Total patent applications, abrufbar unter: <https://www3.wipo.int/ipstats/editlpsSearchForm.htm?tab=patent> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁶³⁹ WIPO Statistik Center, Patent, Patent publication by technology, abrufbar unter: <https://www3.wipo.int/ipstats/editlpsSearchForm.htm?tab=patent> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁶⁴⁰ *Blakeney*, in: JoEB 2012, 1069; siehe auch U.S. Supreme Court, Urteil vom 10.12.2001- J.E.M. Ag Supply, Inc., dba Farm Advantage, Inc., et al.v. Pioneer Hi-Bred International, Inc., abgedr. In: GRUR 2002, 355.

⁶⁴¹ *Schade/Frosch/Weinand*, Patent-Tabelle S. 220.

profitiert.⁶⁴² Auch wird die Biotechnologie in den USA durch eine breitere Akzeptanz der Bevölkerung gefördert.⁶⁴³

Ungeachtet dessen gibt es auch in den USA ein eigenes Sortenschutzrecht, auch wenn diesem keine besonders große Bedeutung zukommt.⁶⁴⁴ Dieses wird im Folgenden neben den patentrechtlichen Vorschriften zu Pflanzenpatenten und *im Wesentlichen biologischen Verfahren* beleuchtet. Dabei kann innerhalb der Pflanzenpatente nochmals zwischen Patenten aus dem „Plant Patent Act“ und den „Utility Patenten“ unterschieden werden.⁶⁴⁵ Anders als in Europa gibt es in den USA somit drei verschiedene Möglichkeiten, für eine Pflanze ein gewerbliches Schutzrecht zu erlangen.

Einerseits kann ein „Utility Patent“ — im Folgenden Erfindungspatente — grundsätzlich an Pflanzen und Pflanzensorten nach den allgemein anerkannten Patentrechtsgrundsätzen erlangt werden. Andererseits können alternativ ein „Plant Variety Protection Right“ — im Folgenden Sortenschutzrecht — oder ein „Plant Patent“ — im Folgenden „Pflanzenpatent“ — erlangt werden, wobei unterschieden werden muss, auf welche Art sich die Pflanzen fortpflanzen. Hierbei gibt es zwei verschiedene Vermehrungsarten und demnach im US-amerikanischen System auch zwei verschiedene Schutzformen:

Die vegetative (auch asexuell genannte) Vermehrung kann durch Pflanzenpatente geschützt werden. Die generativ vermehrten Pflanzen können durch ein Sortenschutzrecht geschützt werden.

I. Patentrecht für Pflanzen

Das US-amerikanische Patentrecht für Pflanzen kann in zwei unterschiedliche Kategorien eingeteilt werden: Das allgemeine Erfindungspatentrecht, das auch bei gewissen pflanzenbasierten Erfindungen anwendbar ist und das Pflanzenpatentrecht, das als eigenständige Kategorie innerhalb des Patentrechts anzusiedeln ist.

⁶⁴² Straus, in: GRUR 1992, 252 (266).

⁶⁴³ Gelinsky, Biopatente und Agrarmodernisierung S. 43.

⁶⁴⁴ Kock/Porzig/Willnegger, in: GRUR Int. 2005, 183.

⁶⁴⁵ Das US Department of Agriculture spricht in diesem Zusammenhang auch von *3 types of intellectual property protection*.

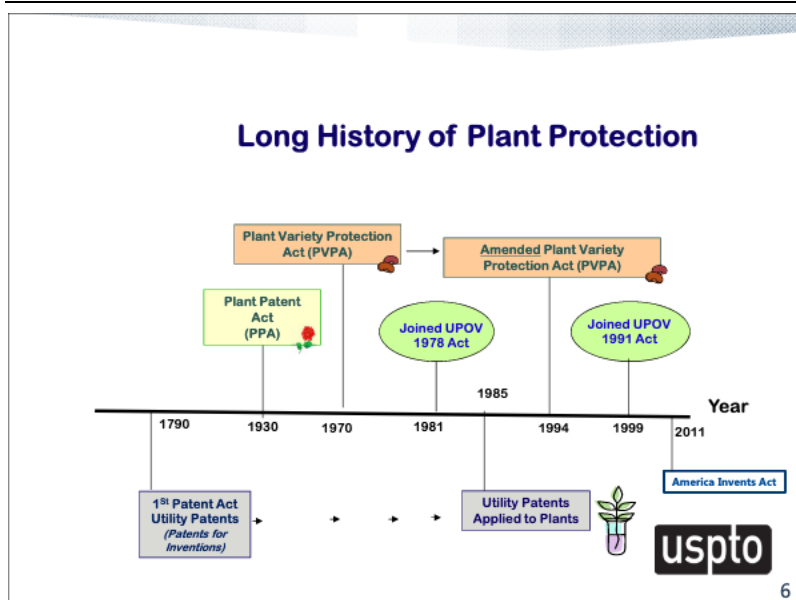


Abb.: USPTO, „Long History of Plant Protection“, Abrufbar unter:

https://www.upov.int/edocs/mdocs/upov/en/upov_trainer_en_16/upov_trainer_en_16_05.pdf (zul. abgerufen am: 1.2.2021).

1. Erfindungspatente — utility product patents

In den USA kann aber auch ein *herkömmliches Erfindungspatent* für pflanzenbasierte Neuheiten erlangt werden. Voraussetzung hierfür ist, dass die Patenterteilungsvoraussetzungen erfüllt sind, diese sind „*novelty*“, „*non-obviousness*“ und „*utility*“.⁶⁴⁶ Vergleichbar sind die Kriterien mit dem Neuheitserfordernis und dem Stand der Technik innerhalb des EPÜ.⁶⁴⁷

Auch in den USA gab es zu Beginn der Patentrechtsentwicklung Vorbehalte gegen Patente, die lebendes Material beinhalteten.⁶⁴⁸ Erstmals 1980 entschied der Supreme Court in seiner Entscheidung „*Diamond vs. Chakrabarty*“⁶⁴⁹ über lebende Materie: Angemeldet wurde ein Mikroorganismus, bzw. ein Bakterium, das in der Lage war, Rohöl abzubauen. Bis zum heutigen Tag sind keine natürlich vorkommenden Bakterien bekannt, die diese Eigenschaft aufweisen. Der U. S. Supreme Court urteilte daher, dass die Erfindung patentfähig ist, da sie durch menschlichen Einfluss entstanden ist.⁶⁵⁰ Für diese Bewertung ist irrelevant, dass die

⁶⁴⁶ § 100 f. USC.

⁶⁴⁷ Zu den detaillierten Unterschieden siehe: *Bette/Stephan*, Intellectual Property Rights im Bereich Crop Science S. 24.

⁶⁴⁸ *Llewelyn/Adcock*, European Plant Intellectual Property S. 86.

⁶⁴⁹ U.S. Supreme Court, *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 206 USPQ 193 (1980).

⁶⁵⁰ Äußerst plakativ urteilte der U.S. Supreme Court, dass es die Absicht des U.S. Congress im Jahre 1952 gewesen sei, alles zu patentieren, „*which may include anything under the sun that is made by man*“, *Schatz*, in: GRUR Int.1997, 588 (590).

Erfindung eine lebende Materie darstellt.

Es grenzte aber auch die Patentierbarkeit dahingehend ein, dass reine Entdeckungen und Beobachtungen nicht geschützt werden können.⁶⁵¹ Die Unterscheidung zwischen patentierbarer Erfindung und nicht patentfähiger Entdeckung ist auch im europäischen Patentrecht verankert.⁶⁵² Wohingegen diese Unterscheidung in den jeweiligen Pflanzenschutzrechten beider Rechtssysteme nicht relevant ist.

Im Jahre 1985 erweiterte das USPTO den Schutz für Erfindungspatente auch auf Pflanzensorten.⁶⁵³ Der Anmelder hatte hierbei ein Patent für einen genetisch veränderten Mais beantragt, der einen sehr hohen Tryptophangehalt aufwies. Tryptophan ist eine für den Menschen essenzielle Aminosäure, die in pflanzlichen Lebensmitteln meist nicht in ausreichendem Maße vorhanden ist.⁶⁵⁴ Beantragt wurde das Patent sowohl für die Samen als auch die kultivierten Pflanzen an sich.⁶⁵⁵ Der Aussage des „*Diamond vs. Chakrabarty*“-Urteils folgend, gewährte das Amt dem Anmelder das beantragte Patent. Es begründete seine Entscheidung damit, dass auch eine Pflanzensorte, die durch menschlichen Einfluss entstanden ist, eine „*man-made life form*“ ist.⁶⁵⁶ Die Verabschiedung des PPVA sah das Amt nicht als schädlich an, da die Intention des Gesetzgebers mit der Einführung des neuen Schutzrechts keinerlei Einfluss auf das Patentrechtssystem haben sollte.⁶⁵⁷ Diese Erläuterung ist konträr zur Handhabung des Europäischen Patentrechts. Die Gerichte und Gesetzgeber führen diese mögliche Überschneidung bis heute als Argument für den Patentierungsausschluss heran. Das Gericht bezog insofern auch die technische Entwicklung in ihre Entscheidung mit ein: Der Bereich der Pflanzenzucht hatte sich derart weiterentwickelt und technologisiert, dass eine Patentierbarkeit von Pflanzensorten als adäquate Reaktion angesehen wurde.⁶⁵⁸ Diesen Argumenten folgt das Europäische Patentrecht bis heute nicht.

Anders als das Europäische Patentrecht finden sich im US-amerikanischen Patentrecht auch keinerlei Sondervorschriften – insbesondere Einschränkungen des Patentschutzes – für

⁶⁵¹ Llewelyn/Adcock, *European Plant Intellectual Property* S. 86.

⁶⁵² Gupta, in: GRUR Int. 2014, 1022.

⁶⁵³ USPTO, Hibberd, 227 USPQ 443 (1985).

⁶⁵⁴ Hodgins, in: ABA 1987, S. 79 (87).

⁶⁵⁵ Williams, in: *Trends in Biotechnology* 1986, S. 33.

⁶⁵⁶ Ibid.

⁶⁵⁷ Llewelyn/Adcock, *European Plant Intellectual Property* S. 87.

⁶⁵⁸ Ibid.

biologische und biotechnologische Erfindungen.⁶⁵⁹ Das Patentrecht ist somit sehr viel offener gestaltet für den Schutz von Pflanzensorten. Durch die fehlenden Sondervorschriften und den weitergehenden Schutz als das Sortenschutzrecht, beispielsweise in Hinblick auf das Landwirteprivileg, ist das Patentrecht in den Vereinigten Staaten sehr viel beliebter als das Sortenschutzrecht. Der U. S. Supreme Court entschied in seiner viel besprochenen Monsanto-Entscheidung (*Bowman vs. Monsanto*),⁶⁶⁰ dass sich die Patentrechte nicht durch den einmaligen Verkauf von Saatgut erschöpfen, sondern auch auf die Folgegenerationen erstrecken. Damit bezog der U. S. Supreme Court erstmals Stellung zu der Frage, wie im Bereich der Biotechnologie, in der sich die patentierten Erzeugnisse durch ihre Selbstvermehrungsfähigkeit auszeichnen,⁶⁶¹ wie die Grundsätze der Erschöpfung auszulegen sind. Allerdings ging das Gericht nicht darauf ein, inwiefern eine Weiterentwicklung der patentierbaren Pflanzen möglich ist. Es ist in den USA allerdings anerkannt, dass bei Erfindungspatenten keinerlei Ausnahmen, wie das Züchter- oder Landwirteprivileg, anwendbar sind.⁶⁶² Dies bietet einen sehr viel weiteren Schutzbereich als das US-amerikanische Sortenschutzrecht oder das Europäische Patentrecht.

2. Pflanzenpatente — plant patents

Historischer Grundstein für die Patentierung von Pflanzen wurde 1930 durch den „*Plant Patent Act*“ geschaffen.⁶⁶³ Die Vereinigten Staaten haben damit ein Schutzsystem sui generis innerhalb des Patentrechts geschaffen.⁶⁶⁴ Geschützt werden können hierdurch vegetativ vermehrbare Pflanzen.⁶⁶⁵ Diese Art der Pflanzenvermehrung wird durch mitotische Zellteilung bewirkt. Hierbei wird das Genmaterial einer einzelnen Pflanze vermehrt, wodurch die Nachkommen die identische Erbinformation aufweisen. Die Nachkommen können daher als Klone bezeichnet werden.⁶⁶⁶ Typische Beispiele für natürlich vorkommende, vegetativ vermehrte Pflanzen sind Kartoffeln oder Blumenzwiebeln wie Tulpen.⁶⁶⁷ Im Unterschied zu

⁶⁵⁹ *Llewelyn/Adcock*, *European Plant Intellectual Property* S. 90.

⁶⁶⁰ U.S. Supreme Court, *Bowman v. Monsanto*, 447 U.S. 11- 796, 2013, u. a. abrufbar in: GRUR Int. 2013, 1034; oder besprochen von: *Jondle/Hill/Sanny*, in: *Crop Science* 2015, 2496 (2500).

⁶⁶¹ Zu diesem Problem im europäischen Raum, siehe auch: *Straus*, in: GRUR 1993, 794 (796).

⁶⁶² *Holthuis/van der Velden*, in: *Business Law International* 2019, S. 96 (105).

⁶⁶³ *Fowler*, in: *JPTOS* 2000, 621.

⁶⁶⁴ *Kock*, in: *Metzger/Zech*, *Einf. E Rn.* 57.

⁶⁶⁵ Die vegetative Vermehrung wird auch asexuelle Vermehrung genannt, *Llewelyn/Adcock*, *European Plant Intellectual Property*, S. 78.

⁶⁶⁶ *Mühlemeier*, *Gen- und biotechnologische Arbeitsweisen für den Biologieunterricht*, S. 57.

⁶⁶⁷ *Becker*, *Pflanzenzüchtung* S. 261.

generativ vermehrten Pflanzen, sind die Pflanzenpopulationen — aufgrund des Klonens — weitestgehend identisch.

Geschützt werden können hierbei gem.§ 161 des 35 U.S.C. sowohl Pflanzen als auch Pflanzensorten sowie Mutationen und Hybride, solange diese nicht durch Knollen vermehrt werden.⁶⁶⁸ Diese Pflanzen müssen ähnlich wie herkömmliche Patente die Voraussetzungen der „novelty“, „non-obviousness“ und „utility“ erfüllen.⁶⁶⁹ Des Weiteren ist ein menschliches Eingreifen in den Vermehrungsprozess bzw. die Entstehung erforderlich. Dies kann durch den Züchter, beispielsweise durch Züchtungsmethoden wie das Pfropfen oder dem Einsatz von Stecklingen, erfolgen.⁶⁷⁰ Irrelevant ist, auf welche natürliche Weise sich die Pflanzen vermehren, für den Schutz ausschlaggebend ist, dass durch asexuelle Züchtung das patentierte Ergebnis entstanden ist.⁶⁷¹

Das Pflanzenpatent ist in weiten Teilen vergleichbar mit dem herkömmlichen Erfindungspatent. Es unterscheidet sich jedoch insbesondere durch seinen Schutzzumfang: Geschützt werden kann durch das Pflanzenpatent nur ein bestimmter Anspruch, nämlich die botanische Beschreibung der Pflanze bzw. Pflanzensorte.⁶⁷² Hierbei muss insbesondere das Kriterium der Unterscheidbarkeit zu anderen, bereits bekannten Pflanzensorten beschrieben werden.⁶⁷³ Als größter Unterschied muss jedoch das Züchterprivileg gesehen werden. Während dies bei herkömmlichen Erfindungspatenten nicht gewährt wird, wird bei Pflanzenpatenten der Schutzbereich durch das Züchterprivileg eingeschränkt. Pflanzenpatentinhaber können daher keine Ansprüche geltend machen, wenn ihre Erfindungen weiterverwendet werden und sodann durch ein eigenes Pflanzenschutzrecht geschützt werden.⁶⁷⁴ Diesem größeren Schutzzumfang wird dadurch Rechnung getragen, dass die Anforderungen der Beschreibung von Pflanzenpatenten sehr viel geringer sind und sie durch das Element der Erfindung schwerer zu erlangen sind.⁶⁷⁵ Die Pflanzenpatente sind auch aufgrund der Einschränkung auf bestimmte Pflanzensorten ein eher wenig genutztes

⁶⁶⁸ Für Pflanzen, die durch Knollen vermehrt werden, s. u. Sortenschutz: Vierter Teil, II.

⁶⁶⁹ *Llewelyn/Adcock*, *European Plant Intellectual Property*, S. 79.

⁶⁷⁰ *Ibid.*

⁶⁷¹ *Holthuis/van der Velden*, in: *Business Law International 2019*, S. 96 (106).

⁶⁷² *Llewelyn/Adcock*, *European Plant Intellectual Property*, S. 79.

⁶⁷³ *Christie/Nair*, in: *National Law Review 2017*, abrufbar unter: <https://www.natlawreview.com/article/protecting-plant-innovations-patents-united-states-australia-and-new-zealand>, (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁶⁷⁴ *U.S. Congress*, in: *New Developments in Biotechnology*, S. 69 (77).

⁶⁷⁵ *U.S. Congress*, in: *New Developments in Biotechnology*, S. 69 (76).

Schutzrecht in der Praxis.⁶⁷⁶

Das Pflanzenpatent hat einen weiteren großen Nachteil für den Inhaber: In einem Verletzungsprozess muss der Züchter nachweisen, dass der Gegner nicht nur Pflanzen bzw. eine Pflanzensorte mit gleichen oder ähnlichen Charakteristika verwendet, sondern dass die Pflanzen direkte Nachkommen der patentierten Pflanzen darstellen.⁶⁷⁷ Es ist demnach nicht ausreichend, wie bei Patenten üblich, dass der Verletzende die Funktion des Patents gewerblich verwendet. Der Patentrechtsinhaber muss vielmehr selbst beweisen, dass die verwendeten Pflanzen aus dem genetischen Material der geschützten Pflanze stammen.

II. Sortenschutz — Plant variety Protection

Das amerikanische Sortenschutzrecht, verabschiedet durch den „*Plant Variety Protection Act*“ (PVPA), wurde 1970 eingeführt. Hierdurch wurde ein dem Patentrecht sehr ähnliches Schutzrecht eingeführt.⁶⁷⁸

1. Schutzgegenstand

Geschützt werden können durch das PVPA Pflanzensorten, die durch eine Vermehrung von Samen entstehen⁶⁷⁹ sowie Kartoffeln und Topinambur.⁶⁸⁰ Eine Pflanzensorte ist gegeben, wenn diese „*new, uniform, stable, and distinct from all other varieties*“ ist.⁶⁸¹ Wie auch das europäische Sortenschutzrecht vorschreibt, beinhaltet der PVPA die formelle Voraussetzung des Sortennamens.⁶⁸² Die Voraussetzungen stimmen mit der Pflanzensortendefinition des UPOV gem. Art. 5 UPOV überein, dem die Vereinigten Staaten 1978 beitraten. Allerdings ist der Schutzgegenstand des PVPA wesentlich enger als durch das UPOV vorgesehen und von der EU umgesetzt. Geschützt werden können nämlich nur Pflanzensorten, die generativ vermehrt werden oder Knollensorten darstellen.⁶⁸³ Unter der generativen Vermehrung versteht man in der Pflanzenzucht die Kreuzung zweier Elternlinien mit dem Ergebnis, dass in

⁶⁷⁶ *Christie/Nair*, in: National Law Review 2017, abrufbar unter: <https://www.natlawreview.com/article/protecting-plant-innovations-patents-united-states-australia-and-new-zealand>, (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁶⁷⁷ *Kjeldgaard/Marsh*, in: Molecular Breeding 1996, 95 (96).

⁶⁷⁸ *Williams*, in: Trends of Biotechnology 1986, S. 33.

⁶⁷⁹ *Strachan*, in: HortScience 04/1995, 186.

⁶⁸⁰ *Kock*, in: Metzger/Zech, Einf E Rn. 56.

⁶⁸¹ § 2402 USC.

⁶⁸² Variety name, § 2422 USC.

⁶⁸³ Eine weitere Ausnahme der schützbaren Pflanzen stellten bis 1980 Karotten, Tomaten und Paprika dar, die aufgrund starker Lobbyeinflüsse bis dahin von Sortenschutz ausgenommen waren: *Llewelyn/Adcock*, European Plant Intellectual Property, S. 81.

der Folgegeneration die Nachkommen aus zwei verschiedenen Gensequenzen kombiniert werden. Dies führt dazu, dass die gewünschten Eigenschaften durch Selektion homozygoter und heterozygoter Gene ausgebildet werden können.⁶⁸⁴ Die Art der Fortpflanzung ist bei den meisten Pflanzen, insbesondere bei den für das Sortenschutzrecht relevanten Zierpflanzen, anzuwenden.

Durch den Beitritt zum UPOV wurde 1994 auch die Schutzfähigkeit von Knollenpflanzen und Hybrid-Züchtungen eingeführt.⁶⁸⁵ Hybridzüchtungen waren in den USA auch vor der Änderung beliebte Züchtungsobjekte, da diese durch die enthaltenen Merkmale aufgrund des Heterosin-Effektes nicht einfach weitervermehrt werden können.⁶⁸⁶ Seit dem Beitritt sind nun aber auch in den USA die Elternpflanzen der Hybride schützbar. Dabei werden allerdings nur die Elternpflanzen unter Schutz gestellt, da die Hybridkreuzungen als Endprodukt nicht das Merkmal der Heterogenität erfüllen.⁶⁸⁷

Nicht geschützt werden können durch das PVPA die vegetativ vermehrten Pflanzen. Dieses Verfahren ist zur traditionellen Züchtung nicht sonderlich geeignet, da durch Selektion nicht auf die Merkmalsausprägung eingewirkt werden kann. Vorteilhaft ist allerdings, dass durch eine vegetative Vermehrung eine stabile Pflanzenpopulation gesichert wird. Eine Veränderung des Phänotyps kann nur durch äußere Einflüsse oder zufällige Mutationen entstehen. Die generative Vermehrung hat aber den großen Nachteil, dass die Vermehrung nicht über Saatgut, sondern durch kostenintensive Stecklinge erfolgt.⁶⁸⁸

Unabhängig vom Schutzgegenstand sollen nachfolgend die wesentlichen Unterschiede im Vergleich zum europäischen Sortenschutz dargelegt werden.

2. Erteilungsvoraussetzungen

Anders als durch das unionsrechtliche Sortenschutzrecht, werden die Erteilungsvoraussetzungen des Sortenschutzes nicht durch eine Anbauprüfung überprüft. Hierbei wird nach den Voraussetzungen des Art. 12 UPOV die Pflanzensorte durch das Gemeinschaftliche Sortenschutzamt angebaut, um die Voraussetzungen anhand eines

⁶⁸⁴ Mühlemeier, Gen- und biotechnologische Arbeitsweisen für den Biologieunterricht, S. 56.

⁶⁸⁵ Strachan, in: HortScience 04/1995, 186.

⁶⁸⁶ Bette/Stephan sprechen in diesem Zusammenhang von einem natürlich eingebauten Kopierschutz, Intellectual Property Rights im Bereich Crop Science, S. 10.

⁶⁸⁷ Staub/Gabert/Wehner, in: Hort Science 1996, S. 1086 (1087).

⁶⁸⁸ Bette/Stephan, Intellectual Property Rights im Bereich Crop Science, S. 10.

artspezifischen Merkmalskatalog zu überprüfen.⁶⁸⁹ In den USA hingegen werden die Merkmale nur im Falle eines Einspruchs durch einen Dritten durch einen Anbau geprüft.⁶⁹⁰ Das Schutzrecht wird daher als wesentlich schwächer angesehen, da eine Anfechtbarkeit größere Erfolgsaussichten hat.⁶⁹¹

3. Nachbauregelungen

Obwohl die USA 1991 dem UPOV beigetreten sind und im Anschluss hieran einige Änderungen am Sortenschutzrecht vorgenommen wurden, um die Vorgaben des Übereinkommens zu erfüllen, gibt es substantielle Abweichungen des Sortenschutzrechts.⁶⁹²

Beispielsweise wurde das Landwirteprivileg, das vor dem Beitritt zum UPOV auch den Weiterverkauf der Landwirte vom Sortenschutz freistellte, eingeschränkt.⁶⁹³ Insofern ist nun in Übereinstimmung mit den europäischen Regelungen nur der Anbau für eigene Zwecke durch das Landwirteprivileg geschützt.⁶⁹⁴ Da in den USA aber auch Patentrechte für Pflanzen zu erlangen sind, ist das Landwirteprivileg dort von weitaus größerer Bedeutung. Anders als in der EU ist in den patentrechtlichen Regelungen keine vergleichbare Regelung vorhanden. Dies macht das Sortenschutzrecht für die Züchter weitaus weniger attraktiv.⁶⁹⁵

4. Schutzdauer

Die Schutzdauer der Sortenschutzrechte beträgt in den USA 20 Jahre, ausgenommen Bäume und Weinpflanzen, die bis zu 25 Jahre geschützt werden können.⁶⁹⁶ Die Dauer ist somit um jeweils 5 Jahre kürzer als in der EU.⁶⁹⁷ Beide Systeme entsprechen trotz der Unterschiede den Vorgaben des UPOV, das lediglich eine Mindestschutzdauer von 20 Jahren für Pflanzen im Allgemeinen und 25 Jahre für Bäume und Reben vorsieht, gem. Art. 19 Abs. 2 UPOV. Auch wenn nicht zwingend vorgeschrieben, haben beide Schutzrechtssysteme eine Unterscheidung zwischen allgemeinen Pflanzensorten und Bäumen bzw. Reben im Besonderen vorgenommen. Dieser verlängerte Sortenschutz kann durch eine längere

⁶⁸⁹ Kock/Porzig, in: GRUR Int. 2005, 183 (185).

⁶⁹⁰ Bette/Stephan, Intellectual Property Rights im Bereich Crop Science, S. 10.

⁶⁹¹ Llewelyn/Adcock, European Plant Intellectual Property, S. 81.

⁶⁹² Strachan, in: HortScience 04/1995, 186.

⁶⁹³ Bodewig, in: GRUR Int. 1994, 969.

⁶⁹⁴ Llewelyn/Adcock, European Plant Intellectual Property S. 82.

⁶⁹⁵ Alston/Venner, in: Research Policy, 4/2002, 527.

⁶⁹⁶ Sec. 83 PVPA.

⁶⁹⁷ Art. 19 Abs. 1 GemSort-VO.

Entwicklungsdauer für Wein- und Baumpflanzen begründet werden.⁶⁹⁸ Denn im Vergleich zu kleineren Pflanzen wie Schnittblumen ist die Möglichkeit der Ernte erst nach sehr viel längerer Zeit gegeben. Auch lassen sich die züchterischen Erfolge somit erst nach einem längeren Zeitraum abschätzen. Für die Amortisierung werden den Schutzrechtsinhabern daher zu Recht eine längere Schutzdauer eingeräumt.

5. Markante Unterschiede des Schutzgegenstands

Abgesehen von der Schutzdauer ist der Schutzmechanismus des Sortenschutzrechts in den USA somit vergleichbar zu den europäischen Regelungen. Unterschiede gibt es aber hinsichtlich des Schutzgegenstands, der in den USA nur für generativ vermehrte Pflanzen erteilt wird. Diese Unterscheidung der Vermehrung kennt das europäische Sortenschutzrecht nicht.⁶⁹⁹ Auch ist innerhalb des UPOV eine derartige Unterscheidung nicht vorgesehen. Hinsichtlich der für generativ vermehrte Sorten beantragbare Schutz sind aber keine weitreichenden Unterschiede zum europäischen Sortenschutz erkennbar.

III. Zusammenspiel Patentrecht und Sortenschutzrecht

Das Patentrecht genießt im Bereich des Schutzes für pflanzenbasierte Erfindungen eine sehr viel höhere Bedeutung als das europäische Patentrecht. Hierfür ist vor allem verantwortlich, dass auch Pflanzensorten an sich dem Patentschutz offenstehen. Anders als die EU sehen die Gesetzgeber keinerlei Probleme in den sich überschneidenden Systemen. Ein weiterer Vorteil des Patentrechts in den USA ist, dass keine Schutzrechtseinschränkungen anwendbar sind. Anders als in der EU werden im Bereich der Biotechnologie keinerlei Sonderregelungen aufgestellt. Ein Patent für Pflanzen und Pflanzensorten muss daher die gleichen Anforderungen aufweisen wie andere Erzeugnispatente, im Ausgleich dafür erhalten die Patente aber auch den gleichen Schutzstandard.

Das Sortenschutzrecht ist in den USA hingegen eher nachrangig für Züchterschutzrechte. Dies liegt einerseits daran, dass nur bestimmte Pflanzenarten geschützt werden können und andererseits daran, dass im Gegensatz zu den parallel anwendbaren Patentrechtsregelungen weitreichende Schutzbereichsausnahmen gelten. Kann ein Züchter also mit einer neuen Pflanzensorte die Erfordernisse des Patentrechts erfüllen, dann fällt die Wahl oftmals auf das

⁶⁹⁸ *Leßmann/Würtenberger*, Deutsches und Europäisches Sortenschutzrecht § 6 Rn. 2.

⁶⁹⁹ *Bette/Stephan*, Intellectual Property Rights im Bereich Crop Science S. 9.

Patentrecht und nicht das Sortenschutzrecht.

IV. Patentrecht für *im Wesentlichen biologische Verfahren*

Das US-amerikanisches Patentrecht gewährt, wie oben dargelegt, auch für traditionell gezüchtete Pflanzen Patentschutz – in Form des Erzeugnisschutzes – sofern diese patentfähigen Eigenschaften aufweisen.⁷⁰⁰ Hiervon unabhängig zu betrachten ist aber die Frage, ob diese klassischen Züchtungsverfahren als *im Wesentlichen biologische Verfahren* angesehen werden und ob dieses Verfahren als Verfahrenspatent dem Patentschutz offensteht. Hierbei steht dem Anmelder innerhalb des US-amerikanischen Patentrechts für ein biologisches Verfahren nur ein Erfindungspatent offen. Pflanzenpatente können, wie oben beschrieben, nur für einen Anspruch auf eine Pflanze bzw. Pflanzensorte gerichtet sein, nicht aber auf Verfahren.

Für die Erlangung des Erfindungspatents muss das Verfahren die allgemeinen Voraussetzungen für Patente erfüllen. Im US-amerikanischen Patentrecht ist keinerlei Ausschlussatbestand für konventionelle Züchtungsmethoden gegeben.⁷⁰¹ Daher ist für den Patentschutz vor allem erforderlich, dass es sich um einen menschlich beeinflussten Prozess handelt, der noch nicht bekannt ist.⁷⁰² Größte Hürde für eine Patentanmeldung von Pflanzen ist die Nichtoffensichtlichkeit.⁷⁰³ Dies ist einerseits für Züchtungsmethoden zu beachten und andererseits bei Pflanzen. Die „klassischen Züchtungsmethoden“ der Selektion und Kombination können daher nur selten patentiert werden. Vielmehr ist erforderlich, dass das Verfahren einen weiteren kennzeichnenden Schritt enthält und sich nicht ohne Weiteres aus dem bisherigen Stand der Technik ableiten lässt. Gleiches gilt auch für Pflanzen aus diesen Verfahren: Die Veränderung eines oder gar mehrerer phänotypischer Merkmale liegt meist im offensichtlichen Weiterentwicklungsspektrum.

Das Bevorzugen der Patentanmeldung für Züchtungsverfahren wird auch dadurch bedingt, dass Einsprüche gegen erteilte Erfindungspatente sehr kostspielig sind und im Bereich der klassischen Pflanzenzüchtung daher kaum eingelegt werden.⁷⁰⁴ Dies liegt vor allem daran,

⁷⁰⁰ U.S. Patent and Trademark Office, Hibberd, 227 USPQ 443 (1985).

⁷⁰¹ Blankeny, in: JoEB 2012, 1069.

⁷⁰² *Diamond v. Chakrabarty*, 447 USA 303, 206 USPQ 193 (1980), abr. unter: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/447/303/> (zul. abgerufen am:.).

⁷⁰³ Kock/Porzig/Willnegger, in: GRUR Int. 2005, 183 (188).

⁷⁰⁴ Ghijzen, in: Euphytica 2009, 229 (232).

dass in den USA die genetischen Erbinformationen nicht offengelegt werden müssen. Im Falle eines Einspruchs muss daher meist zunächst die genetische Information gewonnen und entschlüsselt werden, um sodann Rückschlüsse auf das Entstehungsverfahren zu gewinnen.

Auch in den USA gab es Probleme mit der Beschreibung der Ansprüche für Pflanzen aus Züchtungsverfahren. Letztendlich wurden aber vergleichbar mit den Regularien des EPA Beschreibungen genehmigt, die als „product-by-process“-Ansprüchen angemeldet werden.⁷⁰⁵ Dieser Weg der Beschreibung ist aber in den USA nicht in gleicher Weise relevant, da Züchter nicht einen Patentierungsausschluss für Pflanzensorten umgehen müssen. In den USA wird daher sehr viel öfter ein Erzeugnisanspruch, gerichtet auf eine Pflanze bzw. Pflanzensorte, beantragt als „product-by-process“-Ansprüche.

Das US-amerikanische Patentrecht gewährt daher sowohl in Bezug auf den Schutzgegenstand als auch die Schutzwirkung einen sehr viel größeren Schutz als das EPÜ.

V. Bewertung

Die Unterscheidung in Pflanzen- und Erfindungspatente erscheint nicht mehr zeitgemäß. Dass dies in den USA allerdings nicht in der gleichen Breite diskutiert wird wie in Europa, liegt wohl daran, dass die Züchter durch die Erfindungspatente ausweichen können. Diese sind aufgrund der oben beschriebenen Vorteile meist zu bevorzugen. Der umfassende Schutz kann hierbei durch die erhöhten Erfordernisse der Nichtoffensichtlichkeit und des menschlichen Eingriffs gewährt werden.

Das US-amerikanische System zeigt aber auch, dass es nicht zwingend zu Unstimmigkeiten kommen muss, wenn Sortenschutzrecht und Patentrecht parallel Anwendung finden. Im Grunde kann dies mit der technischen Entwicklung und den unterschiedlichen Schutzgegenständen ausreichend belegt werden. Während das Sortenschutzrecht keinerlei menschliche Beeinflussung der Pflanze an sich benötigt, ist der menschliche Einfluss durch eine technische Handlung im Patentrecht essenziell. Das Sortenschutzrecht zielt daher darauf ab, die biologische Vielfalt zu fördern und diese auch für Fachkreise zu dokumentieren, indem Sorten durch die botanischen Regeln beschrieben werden müssen. Das Patentrecht hingegen schützt Innovationen, also technischen Fortschritt. Daher muss bei einer Anmeldung auch dargelegt werden, inwiefern das Produkt oder der Prozess durch den

⁷⁰⁵ *Ghijzen*, in: *Euphytica* 2009, 229 (232).

Menschen beeinflusst wurde. Da sich die Pflanzenzüchtung in den zurückliegenden Jahrzehnten von einer rein experimentellen Kreuzung hin zu einer hochinnovativen Industrie entwickelt hat, sind auch beide Schutzsysteme für die pflanzenbasierte Züchtung ein geeignetes Schutzinstrument.

Allerdings sind auch in der hochtechnologisierten Pflanzenzucht die biologischen Eigenheiten von Pflanzen zu beachten. Weiterentwicklung an Pflanzen kann nur dann stattfinden, wenn den Züchtern geeignetes Ausgangsmaterial zur Verfügung steht. Anders als in anderen Bereichen, kann eine Erfindung aber nicht ohne Weiteres nachgebaut werden. Das Züchterprivileg zur Weiterentwicklung pflanzenbasierter Erfindungen ist daher für eine Demopolisierung des Marktes wünschenswert.

Zum Abschluss der Arbeit soll nun eine rechtliche und politische Bewertung des Zusammenspiels von Patentrecht und Sortenschutz gegeben werden. Es wird näher auf die Unterschiede der Schutzsysteme einzugehen sein und sodann dargelegt, welche Folgen es haben könnte, wenn auch Pflanzensorten und Züchtungsverfahren patentrechtlich geschützt werden können.

Vierter Teil: Handlungsbedarf und Implementierungsmöglichkeiten in das Patentrecht

Die vorliegende Arbeit hat sowohl die technische als auch die rechtliche Entwicklung der Pflanzenzucht seit Erlass des EPÜ betrachtet. Im Folgenden soll zunächst dargelegt werden, ob durch die konträren Entwicklungen Handlungsbedarf für eine Anpassung der patentrechtlichen Regelungen besteht. In einem zweiten Schritt wird sodann eruiert, welche Handlungsmöglichkeiten bestehen, um einen Interessenausgleich auf dem Gebiet der pflanzenbasierten Biotechnologie zu erreichen. Im Fokus stehen dabei die Besonderheiten der belebten Natur und die Anforderungen zur Verbesserung der Biodiversität. Hierbei soll ein besonderes Augenmerk auf die rechtliche Ausgestaltung in zulässiger Weise gelegt werden, das innerhalb des EPÜ leider oftmals nicht eingehalten wird.

I. Handlungsbedarf

Die Arbeit hat gezeigt, dass sich die technischen Rahmenbedingungen stark gewandelt haben. Parallel ist in Bezug auf die rechtliche Entwicklung festzuhalten, dass das EPÜ sich in seinem Originalvertragstext nicht geändert hat. Dies ist im Patentrecht nicht ungewöhnlich, da Schutzgegenstand immer eine technische Erfindung ist und somit eine stetige Weiterentwicklung des technischen Standards begünstigt wird.⁷⁰⁶ Das Patentrecht muss sich daher an die technischen Entwicklungen anpassen, um weiterhin als geeignetes Schutzinstrument für gesellschaftlichen und technischen Fortschritt zur Verfügung zu stehen.⁷⁰⁷ Dieser stete Wandel ist eine der Kernherausforderungen des Patentrechts, das dadurch umso flexibler und voraussehender ausgestaltet werden muss.⁷⁰⁸ Es muss daher untersucht werden, ob die rechtlichen Entwicklungen noch dem technischen Stand gerecht werden, oder ob diese sich derart auseinander entwickelt haben, dass das Patentrecht nicht

⁷⁰⁶ Kraßer/Ann, Patentrecht, § 3 Rn. 29.

⁷⁰⁷ Bacher, in: Benkard PatG, § 1 Rn. 46.

⁷⁰⁸ A.A. dazu: Adrian, der aufgrund der technischen Entwicklung den Bedarf für neue Schutzsysteme sieht, in: Mitt. 1995, 329 (332).

mehr als innovationsfördernd, sondern vielmehr innovationsbremsend anzusehen ist. Erst danach kann festgestellt werden, ob gesellschaftliche Ziele diese innovationsbremsende Wirkung möglicherweise rechtfertigen.

1. Technische Weiterentwicklung

Die technische Entwicklung der Pflanzenzucht ist seit den 1970er-Jahren enorm fortgeschritten. Während damals Züchtungsverfahren durch ein „try-and-error“-Verfahren praktiziert wurden, sind heute hoch technisierte Züchtungsverfahren mit unterschiedlicher Ausrichtung Standard. Einerseits wird die konventionelle Züchtung durch indirektes Eingreifen unterstützt, andererseits wird durch gentechnische Verfahren direkt in den Züchtungsprozess eingegriffen. Aber diese Hauptentwicklungen, die sich rund um gentechnische Entwicklungen drehen, sind nicht abschließend. Wie die Patentierung rund um die Tomaten-Patente zeigt, werden Züchtungsverfahren nicht nur mit gentechnischer Ausrichtung weiterentwickelt. Dies liegt vor allem daran, dass Verbraucher weiter skeptisch gegenüber gentechnisch veränderten Nahrungsmitteln sind. Die Forschung versucht deshalb, eine Verbesserung der Züchtungsverfahren und -ergebnisse durch genfreie Erfindungen zu finden.

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass die konventionellen Züchtungsschritte der Selektion und Kreuzung weiterhin praktiziert werden, diese aber inzwischen durch technische Zusatzschritte ergänzt und komplementiert werden. Dies hat den Vorteil, dass die Ergebnisse verlässlicher vorausgesehen werden können und dass die Verfahren schneller zu den gewünschten Ergebnissen führen. Technisch gesehen hat sich somit die Pflanzenzucht zu einem hochtechnisierten Bereich entwickelt, in dem Experten auch weiterhin großes Wachstumspotential sehen.

2. Fehlende rechtspolitische Rechtfertigung

Der Patentierungsausschluss für Pflanzensorten und *im Wesentlichen biologische Verfahren* hingegen bleibt trotz der technischen Entwicklung bestehen. Die Gründe, die für die Aufrechterhaltung des Patentierungsausschlusses herangezogen werden, können nicht überzeugen. Diese sind teilweise nicht mehr zeitgemäß und teilweise schlicht nicht tauglich, um den Eingriff in die Eigentumsfreiheit zu rechtfertigen.

a. Fehlschlagende Rechtfertigungsansätze für Pflanzensorten

Im Bereich der Biotechnologie sind die politischen Entscheidungen oft losgelöst von rechtlichen Erwägungen und konzentrieren sich auf ethische und wirtschaftliche Erwägungen.⁷⁰⁹ Am meisten umstritten und polarisierend wird die Diskussion um die Patentierbarkeit der Gentechnik selbstverständlich in Bezug auf Stammzellentechnik menschlichen Erbmateriale geführt.⁷¹⁰ Aber auch hinsichtlich von Pflanzen und Tieren wird die rechtliche Kontroverse immer wieder mit ethischen Argumenten angereichert. Im Vordergrund stehen neben der generellen Skepsis zur Patentierung von lebender Materie Diskussionen zu Nahrungsmittelsicherung und Biodiversität. Nachfolgend sollen die Gründe analysiert werden, die von einigen Mitgliedstaaten des EPÜ, allem voran Deutschland und die EU-Kommission,⁷¹¹ zur kritischen Haltung der Patentierung von Pflanzensorten vorgebracht werden.

i. Wirtschaftliche Aspekte

Die Biotechnologie ist laut EPA selbst ein wichtiger Industriezweig innerhalb Europas.⁷¹² Wie bereits erläutert, ist die Schutzrechtserteilung in diesem Bereich, insbesondere im Teilgebiet der Pflanzenzüchtung, nicht durch eine einheitliche Organisation oder Behörde geregelt. Für die Erlangung der Sortenschutzrechte ist das CPVO der EU zuständig, während das Patentrecht durch das EPA erteilt wird. Das CPVO wurde 1995 gegründet und hat seinen Hauptsitz in Angers.⁷¹³ Aus den offiziellen Statistiken des CPVO ergibt sich für das Jahr 2020, dass 3.427 Anträge auf Erteilung einer Pflanzensorte gestellt und 2.978 Anträge bewilligt wurden. Diese Zahlen sind seit fünf Jahren in etwa konstant. Den größten Anteil haben dabei Pflanzensorten im Bereich der Zierpflanzen (in etwa 45 %), gefolgt von landwirtschaftlichen Pflanzensorten (knapp 29 %) und Gemüsepflanzen (knapp 20 %).⁷¹⁴ Anhand dieser Aufteilung lässt sich festhalten, dass Sortenschutzrechte vor allem bei Pflanzen angemeldet werden, die nicht der Nahrungsmittelsicherung, sondern dem dekorativen Sektor angehören. In Bezug

⁷⁰⁹ Bostyn, in: TJoWIP 2013, 105 (106).

⁷¹⁰ Angestoßen wurde die Diskussion insbesondere durch ein Verfahren vor dem EuGH, das Greenpeace gegen einen Stammzellenforscher geführt hatte, siehe dazu: EuGH C-34/10 und BGH X ZR 58/07; zu den ethischen Aspekten siehe auch: Krauß/Engelhard, in: GRUR 2003, 985.

⁷¹¹ Dt. BT Drs. 19/22255, S. 9.

⁷¹² https://www.epo.org/news-events/in-focus/biotechnology-patents_de.html (zul. abgerufen am: 24.08.2021).

⁷¹³ https://cpvo.europa.eu/sites/default/files/documents/annual_stats_31-12-2020.pdf (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁷¹⁴ https://cpvo.europa.eu/sites/default/files/documents/annual_stats_31-12-2019_ok.pdf (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

auf Gemüsepflanzen ist wohl auch der optische Faktor entscheidend, streng nach dem Motto: „Das Auge isst und kauft mit“.

Es überrascht daher nicht, dass vor allem Bauern- und Pflanzenzüchtungsverbände Patente auf Pflanzensorten strikt und konsequent ablehnen.⁷¹⁵ Grund hierfür sei, dass Patente Innovationen bremsen und zu hohen Kosten bei Pflanzenzüchtern führen würden.⁷¹⁶ Dass gewerbliche Schutzrechte und insbesondere Patente ein Innovationsmonopol schaffen und somit dem Erfinder einseitig für einen bestimmten Zeitraum das alleinige Nutzungs- und Verwertungsrecht einräumen, ist ein Wesensmerkmal des Patentrechts.⁷¹⁷ Dem Gesetzgeber ist diese Einschränkung des Wettbewerbs auch durchaus bewusst, dies spiegelt sich insbesondere in der zeitlichen Begrenzung des Schutzrechts wider.⁷¹⁸ Der Gesetzgeber nimmt dies jedoch in Kauf, um Anreize für den Einzelnen zu schaffen, Innovationen bzw. technische Lehren zu entwickeln. Das Argument, dass Patente auf Pflanzen eine Innovationsbremse sind, kann daher wie in allen anderen Bereichen der Technologie nicht generell überzeugen.

Es bleibt jedoch die biologische Besonderheit: Mehr als in anderen Bereichen ist für eine erfolgreiche Züchtung das Ausgangsmaterial, also bereits vorhandenes Material, erforderlich⁷¹⁹ und zwar unabhängig davon, ob es sich um traditionelle Züchtungen oder technisierte Verfahren handelt. Dies schließt allerdings nicht aus, dass man auch im Bereich der Pflanzensorten ein Patent erteilt und dem Erfinder bzw. Züchter so Anreize setzt. Den Besonderheiten der Biologie und des Investitionsschutzes kann durch Sonderregelungen auch im Patentrecht ausreichend Rechnung getragen werden. Eingeschränkt wird dieses Argument dadurch, dass Pflanzensorten auch ohne patentrechtliche Schutzmöglichkeit durch

⁷¹⁵ Diese Position hat beispielsweise der *DBV* immer wieder bekräftigt: Pressemitteilung *DBV* vom 28.1.2004: <https://verbaende.com/news.php/Deutscher-Bauernverband-Keine-Patente-auf-Pflanzen-Einspruch-gegen-Monsanto-Patent-auf-Weizen-Mehl-und-Kekse?m=23080> (zul. abgerufen am: 03.03.2021); Pressemitteilung *DBV* vom 15.8.2012 <https://www.verbaende.com/news.php/Patente-auf-Tiere-und-Pflanzen-sind-falsch-DBV-begruesst-erfolgreichen-Einspruch-gegen-Tierzuchtpatent?m=85218> (zul. abgerufen am: 03.03.2021); Pressemitteilung *DBV* vom 11.12.2018: <https://www.presseportal.de/pm/6599/4140247> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁷¹⁶ *DBV*: <https://taspo.de/kategorien/streit-um-patent-auf-paprika/> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁷¹⁷ *Kraßer/Ann*, Patentrecht, § 1 Rn. 3.

⁷¹⁸ Nach Ablauf des Patentschutzes stehen dem Erfinder nur noch sehr eingeschränkte Rechte zu Verfügung, die nicht auf das Patent an sich, sondern vielmehr darauf abzielen, dass der gewonnene gute Ruf nicht durch Nachahmung missbraucht wird.

⁷¹⁹ *Amicus curiae* Brief zu EPA G 03/19 des *BDP*, abrufbar unter: [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/077FE775DE5E9036C125847B002BFFDC/\\$File/2019-09-17_SCS_amicus%20curiae_final.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/077FE775DE5E9036C125847B002BFFDC/$File/2019-09-17_SCS_amicus%20curiae_final.pdf) (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

das Sortenschutzrecht einem gewerblichen Rechtsschutz unterliegen.⁷²⁰ Dass ein Schutzrecht auch in Bezug auf biotechnologische Bereiche erforderlich ist, um Innovation und Wachstum zu garantieren, ist nicht umstritten.⁷²¹ Mittelpunkt des Streites ist vielmehr die Ausgestaltung. Auch das bestehende Sortenschutzrecht muss insofern als Innovationsbremse angesehen werden. Aber auch hier hat sich der Gesetzgeber⁷²² dazu entschlossen, dass Pflanzenzüchtern eine monopolisierte Verwertung für ihre Züchtungen zustehen soll. Dieses Verwertungsrecht wirkt sich nach Ansicht des Gesetzgebers insgesamt vorzugswürdig auf einen gerechten Interessenausgleich und einen funktionierenden Wettbewerbsmarkt aus.

Aus wirtschaftlicher Perspektive muss daher festgehalten werden, dass die Blockadehaltung der Politik in Bezug auf die Patentierbarkeit von Pflanzensorten vor allem aus historischen und lobbyistischen Gründen besteht. Ökonomisch gesehen kann der Patentierungsausschluss nicht mit den wirtschaftlichen Grundregelungen innerhalb Europas vereinbart werden.

ii. Biodiversität und Nahrungsmittelsicherung

Anders als in anderen Gebieten des geistigen Eigentums ist die Biotechnologie, insbesondere in Bezug auf Pflanzen, nicht nur durch den Gedanken der Innovationsförderung, sondern auch der Sicherung der Biodiversität und Lebensmittelversorgung geprägt.⁷²³ Eine Monopolisierung der Ressourcen ist somit auch in ethischer Hinsicht nochmals differenziert zu betrachten. Hierbei ist allerdings nicht nur der Aspekt der Lebensmittelsicherung zu bedenken, sondern auch, dass es sich bei Pflanzen um natürlich vorkommende Lebewesen handelt. Dies zeigt sich auch in der eigens dafür verabschiedeten EU-RL zum Schutz biologischer Erfindungen.⁷²⁴

Erstmals rechtlich anerkannt durch die internationale Gemeinschaft wurde der Schutz der Biodiversität mit der Konvention über Biologische Vielfalt (CBD) im Jahre 1992. Ähnlich der Anwendung der GRCh und der EMRK ist das EPA nicht Vertragsmitglied der CBD, ungeachtet dessen sind aber alle Vertragsstaaten des EPÜ auch Vertragsstaaten der CBD.⁷²⁵

⁷²⁰ Für konventionelle Züchtungen sollte dieses Schutzrecht auch bestehen bleiben, da die hieraus gewonnenen Pflanzensorten nicht den Patentrechtlichen Voraussetzungen der Neuheit und technischen Lehre entsprechen und ungeachtet dessen aufgrund der langwierigen Züchtungsprozesse schutzwürdig sind, *Straus*, in: GRUR 1992, 252 (266).

⁷²¹ So auch die *Stn. WiSoAus EU* zur BioTech-RL, abgedr. in: EU Abl. C295/11 vom 7.10.1996.

⁷²² Diese Entscheidung ist insbesondere auf Art. 2 UPOV Abkommen zurückzuführen. Die große Anzahl von 76 an Mitgliedstaaten zeigt den breiten internationalen Konsens zum Erfordernis eines Schutzrechts für Pflanzensorten.

⁷²³ *Schreider*, Patentierung in der Tierzucht, S. 1.

⁷²⁴ RL 98/44/EG u. a. EG 8, 30, 53; Art. 1.

⁷²⁵ Liste der Mitgliedstaaten der CBD: <https://www.cbd.int/information/parties.shtml> (zul. abgerufen am: 30.6.21).

Eine indirekte Bindung ist daher auch für das EPA über die Einflussmöglichkeit der Mitgliedstaaten gegeben. Dies unterstreicht auch Art. 3, 5 CBD, der den Vertragsstaaten die Pflicht zur Erreichung der Ziele auf alle Einflussmöglichkeiten ausweitet, also beispielsweise auch politische Einflussnahme. Ziel der CBD ist es gem. Art. 3 CBD, die biologische Vielfalt zu erhalten, diese nachhaltig zu verwenden und einen allgemeinen Zugang zu ermöglichen.

Neben den rechtlichen Rahmenbedingungen muss bei der Diskussion zur Biodiversität aber auch das generelle Ziel der biologischen Vielfalt in den Blick genommen werden. Die Monopolisierung genetischer Ressourcen durch die Erteilung von Schutzrechten, insbesondere durch die Technisierung und Verstärkung der Biopatente, wird als Hindernis für die Biodiversität gesehen.⁷²⁶ Diese Betrachtungsweise ist aber zu kurzgefasst.

Einerseits entsteht durch die künstlich hergestellten Pflanzen & Pflanzensorten wiederum biologisches Material, das zur Biodiversität beiträgt. Die Sorge, dass die künstlich hergestellten Pflanzen zu einer Verdrängung der natürlichen Population führen kann, ist nachvollziehbar. Hierbei ist aber nicht das Patentrecht, bzw. der generelle Ausschluss dessen, die beste Anknüpfungsmöglichkeit zur Verhinderung dieser Befürchtungen. In Bezug auf den Ausschluss von Pflanzensorten kann dies im Übrigen auch deshalb nicht überzeugen, da auch dieser vorwiegend durch die Existenz von Sortenschutzrechten erklärt wird. Die Erlangung dieses Schutzrechts ist aber auch auf eine durch den Menschen modifizierte Pflanzensorte gerichtet. Auch von diesen modifizierten Pflanzensorten geht eine „Gefahr“ für die Biodiversität aus. Der Ausschluss der Patentierbarkeit von Pflanzensorten kann daher nicht mit dem Schutz der Biodiversität begründet werden.

Es stellt sich somit die Frage, ob grundsätzlich ein Anreiz geschaffen werden sollte, Pflanzensorten durch technische Verfahren — wie beispielsweise durch gentechnische Eingriffe — herzustellen. Schützenswert ist nach der Intention des europäischen Gesetzgebers vor allem die Artenvielfalt.⁷²⁷ Fraglich ist insofern, ob die Artenvielfalt eine Legitimation für den Patentierungsausschluss darstellen kann. Hierbei wird von Umweltschutzorganisationen immer wieder darauf hingewiesen, dass für das ökologische Gleichgewicht eine breite Artenvielfalt erforderlich ist, die durch natürliche

⁷²⁶ Godt, in: Biopatente, S. 19.

⁷²⁷ EuGH C-301/12, Schlussantrag Generalanwalt beim EuGH, Rn. 55.

Selektionsvorgänge geschützt und gefördert wird.⁷²⁸ Gentechnisch veränderte Pflanzen tragen vermutlich zu einer kleineren Artenvielfalt bei. Geht man davon aus, dass die Flora durch das Prinzip des „survival of the fittest“ geprägt ist, so kann man sich natürlich auf den Standpunkt stellen, dass technisch hergestellte Pflanzen einen Vorteil haben und daher andere Pflanzenarten verdrängen werden.⁷²⁹ Allerdings muss man dem entgegenhalten, dass es seit jeher das Ziel der Pflanzenzüchtung ist, durch menschliches Eingreifen die bestmöglichen Pflanzen zu kreieren.⁷³⁰ Somit greifen auch herkömmlich gezüchtete, nicht patentierbare Pflanzensorten in das natürliche Ökosystem ein und bergen die Gefahr der Verringerung der Artenvielfalt.

Zusätzlich darf man nicht außer Acht lassen, dass auch durch andere Faktoren wie den Klimawandel eine Verringerung der Artenvielfalt entsteht, da sich die natürliche Pflanzenpopulation nicht an die Veränderung der Umweltbedingungen anpassen kann. Neue technisch erzeugte Pflanzen können hier einen Beitrag leisten, um einerseits zum Erhalt des Ökosystems beizutragen und andererseits auch die Ernährungsgrundlage trotz veränderter Klimabedingungen zu sichern.⁷³¹ Denn im Mittelpunkt der ethischen Erwägungen sollte die Grundlage der Nahrungsmittelsicherung stehen.⁷³² Diese wird durch den stetig stärker wirkenden Klimawandel und die steigende Bevölkerungszahl immer prekärer. Um auf Dauer die Nahrungsmittelgrundlage regional in allen Bereichen der Erde sichern zu können, sind innovative Pflanzensorten von großem Vorteil. Diese könnten beispielsweise durch einen geringeren Wasserverbrauch oder eine anderweitige Oberflächenstruktur hitzebeständiger werden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb derartige Innovationen nicht patentrechtlich geschützt werden sollen.

iii. Lebende Materie

Kritisch gesehen an der Patentierung von Pflanzen und insbesondere Pflanzensorten wird auch, dass Pflanzen lebende Organismen darstellen. Die Patentierung von Pflanzen sei nur

⁷²⁸ Siehe u. a. amicus curiae Briefe zu EPA G 03/19 von *Umweltinstitut München e.V., Elisabeth Albrecht*, abrufbar unter: <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/eba/pending/G-03-19.html> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁷²⁹ *Gemeinholzer*, Systematik der Pflanzen kompakt, S. 18.

⁷³⁰ *Meinel*, in: 100 Jahre GFP, S. 1 (6).

⁷³¹ *Sonnenwald*, in: *Biologie Unserer Zeit* 2/2012, S. 112 (112); so auch Stn. *WiSoAus EU* zur BioTech-RL, abgedr. in: EU Abl. C295/11 vom 7.10.1996.

⁷³² Auch *Bostyn* weist auf die politische Bedeutung der biotechnologischen Patentierung in Hinblick auf Diversität und Ernährung hin, in: *TJoWIP* 2013, S. 105.

eine Vorstufe zur Patentierung anderer Lebewesen, vor allem von Tieren und Menschen.⁷³³ Dies ist insofern nachvollziehbar, als dass die genetischen Erkenntnisse und Fortschritte in allen Bereichen der Gentechnik Verwendung finden. Allerdings hat der Gesetzgeber durch die Aufnahme des Patentierungsausschlusses nach Art. 53 lit. a EPÜ diesen Bedenken vorgebeugt. Dass der Patentierungsausschluss insbesondere in der Genforschung Anwendung findet, zeigt Art. 28 Abs. 1 AOEPÜ, der explizit Erfindungen bezüglich des Klonens und der menschlichen bzw. tierischen Genforschung definiert.⁷³⁴

Der Patentierungsausschluss aus Art. 53 lit. b EPÜ als eigenständiger Ausschluss neben dem Ausschluss für Erfindungen, die gegen die öffentliche Ordnung und gute Sitten verstoßen, zeigt, dass der Gesetzgeber die ethische Unbedenklichkeit der Patentierung von Pflanzensorten erkannt hat. Die ethischen Aspekte müssen daher sehr differenziert und nüchtern in der rechtlichen Betrachtung des Art. 53 lit. b EPÜ herangezogen werden.

Des Weiteren wird hervorgebracht, dass Pflanzen als lebende Organismen bereits in der Natur vorhanden sind und daher nicht als menschliche Erfindung patentiert werden können.⁷³⁵ Diese Betrachtungsweise ist aber zu kurzgefasst: Es ist zwar richtig, dass pflanzentechnische Erfindungen immer auf eine natürliche Basis zurückgreifen, um aber die allgemeinen Patentierungsvoraussetzungen erfüllen zu können, müssen diese so weiterentwickelt werden, dass eine „technische Neuheit“ entsteht. Die Patentqualität kann aber nicht grundsätzlich deshalb abgelehnt werden, weil auf bereits Vorhandenes zurückgegriffen wird. Vielmehr ist dies ein wesentlicher Bestandteil des patentrechtlichen Systems: Die Offenbarungspflicht von Patentanmeldungen soll Innovationen vorantreiben, indem technische Lösungen für alle in der Weise offengelegt werden, dass Fachkreise diese nachvollziehen und selbst anwenden und weiterentwickeln können.⁷³⁶ So kann verhindert werden, dass die Erfindung als Grundlage für weiteren technischen Fortschritt monopolisiert wird.⁷³⁷

In Bezug auf Pflanzensorten sind aber die Besonderheiten für Erzeugnispatente zu

⁷³³ So etwa: *Greenpeace* unter: <https://www.greenpeace.de/themen/landwirtschaft/patente> (zul. abgerufen am: 03.03.2021); auch *Ahrens* weist darauf hin, dass Genome von Tieren, Menschen und Pflanzen große Gemeinsamkeiten haben, in: GRUR 2003, 89 (92).

⁷³⁴ *Fitzner*, in: BeckOK Patentrecht, Art. 53 EPÜ, Rn. 19.

⁷³⁵ *Greenpeace e.V.*, abrufbar unter: <https://www.greenpeace.de/sites/www.greenpeace.de/files/20120229-Patente-auf-Leben.pdf> (zul. abgerufen am: 2.7.2021).

⁷³⁶ *Schäfers/ Kley/ Thums*, in: Benkard EPÜ, Art. 101 Rn. 171.

⁷³⁷ *Kock/ Porzig/ Willnegger*, in: GRUR Int. 2005, 184 (189).

beachten,⁷³⁸ die durch die lebende Materie noch verstärkt werden. Um zu verhindern, dass durch Erzeugnisse der Pflanzenzucht übermäßige Monopolstellungen entstehen, ist es erforderlich, dass die Patente einem strengen Offenbarungsmaßstab unterliegen. Hierfür ist es nicht nur erforderlich, dass die technische Lösung an sich dargelegt wird, sondern dass auch die pflanzliche Grundlage spezifiziert wird: zunächst sollten die Anforderungen an die Offenbarung des verwendeten Ausgangsmaterial näher definiert werden.⁷³⁹ Es ist nicht ausreichend, dass der Erfinder lediglich die zu patentierenden Eigenschaften an sich beschreibt. Vielmehr ist, ähnlich wie bei Herstellungsprozessen, eine genaue Beschreibung der Herangehensweise erforderlich, die zum patentierbaren Erzeugnis geführt hat. Diese sollte eine möglichst genaue Beschreibung der Pflanzenbasis enthalten. Je nach Art der Erfindung könnte dies durch die genetische Auflistung der Gattung bzw. Art erfüllt werden. Hierzu sollte neben der bloßen Beschreibung ein vermehrungsfähiges Exemplar der Grundlage hinterlegt werden,⁷⁴⁰ das von einer unabhängigen Stelle auf seine genaue genetische Zusammensetzung untersucht werden kann. Des Weiteren ist es erforderlich, dass Informationen zur Herkunft der pflanzlichen Grundlage angegeben werden. Oftmals sind spezielle Eigenschaften von Pflanzen nicht nur auf die genetische Codierung, sondern auch auf die Anbauweise und -verhältnisse wie besondere Bodenarten oder klimatische Bedingungen zurückzuführen. Nur durch diese detaillierten Offenbarungen kann ein Fachmann die technische Lösung anwenden und für die Allgemeinheit nutzen.

Es ist nicht verständlich, weshalb der Aufbau auf bereits bekannte technische Lösungen möglich sein, der Aufbau auf natürliche Ressourcen aber eine Patentierung ausschließen soll.⁷⁴¹ Vielmehr sollte sich auch im biotechnologischen Bereich die Patentierbarkeit an den allgemeinen Patenterteilungsregelungen orientieren und strenge Maßstäbe an die Offenbarungspflichten gelegt werden. Dies würde entgegen den Befürchtungen einer Monopolisierung vielmehr dazu führen, dass Wissen nicht aufgrund von gewerblicher Schutzlosigkeit geheim gehalten wird, sondern dass durch die Patentierung ein Anreiz zur Offenlegung geschaffen wird. Hiervon könnten nicht nur Großkonzerne, sondern insbesondere kleinere und mittlere Unternehmen profitieren, denen nicht die Forschungskapazität zur eigenständigen Nachforschung konkurrierender Erzeugnisse und die

⁷³⁸ Mes, in: Benkard PatG, § 1 Rn. 185.

⁷³⁹ Utkarsh/Gadgil/Rao, in: Current Science 11/1999, S. 1418 (1421).

⁷⁴⁰ Kraßer, in: GRUR Int. 2018, 1138 (1140).

⁷⁴¹ Bostyn, in: TJoWIP 2013, 105 (106).

Nachvollziehbarkeit der Erfindung zur Verfügung steht.⁷⁴²

iv. Wahrung der Einflussmöglichkeit

Wie bereits zuvor erwähnt, hat die EU (noch) kein eigenes Patentsystem oder eine eigene Erteilungsbehörde. In Bezug auf die Erteilung von Patenten ist dies auch nicht durch eine eigenständige Behörde im EPGÜ vorgesehen, vielmehr strebt die EU an, dass die Erteilung von Patenten weiterhin durch nationale Behörden und das EPA erfolgt. Insofern werden sich durch die Einführung des EPGÜ keinerlei Änderungen im dualen Patentsystem ergeben. Durch das EPGÜ wird aber die Wirkung der national erteilten (Bündel-)Patente vereinheitlicht und dies unabhängig davon, ob eine mitgliedstaatliche Behörde das Patent erteilt hat oder das EPA. Man könnte sich zwar auf den Standpunkt stellen, dass auch durch das EPGÜ keine formellen Regelungen zur Patenterteilung eingeführt werden und daher kein Kompetenzkonflikt mit dem EPÜ gegeben sein kann, dies ist aber in Hinblick auf die Patentierungsausschlüsse nicht uneingeschränkt zu bejahen, da der Patentierungsausschluss eine essenzielle Regelung für die Erreichung des materiellen Patentschutzes darstellt und nicht als formelle Regelung angesehen werden kann.

Bedenkt man, dass durch den Patentierungsausschluss für Pflanzensorten einem Züchter keine andere gewerbliche Schutzmöglichkeit offensteht als der Sortenschutz, so ist das Sortenschutzrecht für Züchter zum jetzigen Zeitpunkt ein gewichtiges Instrument. Anders würde sich die Situation darstellen, wenn auch für Pflanzensorten Patente erteilt werden könnten. Züchter würden dann vermutlich versuchen, auch Patente zu erlangen. Hierauf hätte die EU keinen Einfluss, da die Erteilung des EPA EU-unabhängig vollzogen wird. Es ist daher nicht überraschend, dass sich die EU vehement für einen Patentierungsausschluss einsetzt.

Anders stellt sich die Situation im Sortenschutzrecht dar. Nicht nur hat die EU durch die GemSort-VO bereits umfassende materielle Regelungen hinsichtlich des Schutzstandards gesetzt, auch wurde durch das CPVO eine EU-Behörde für die Erteilung geschaffen. Die Einflussmöglichkeiten der EU sind daher unabhängig vom EPGÜ im Sortenschutzbereich stärker als im Patentrecht.

In ähnlicher Weise gilt dies auch für einzelne Mitgliedstaaten der EU, insbesondere die

⁷⁴² Deutsche Industrievereinigung Biotechnologie, Biopatente, S. 9.

größeren und einflussreicheren. Diese können ihren Einfluss in der EU leichter durchsetzen als im Rahmen des EPÜ: Innerhalb des EPÜ werden die Mitglieder nicht nach ihrer Größe gewichtet. Sowohl in der Konferenz der Mitgliedstaaten als auch im Verwaltungsrat kommt jedem Vertragsstaat nur eine Stimme zu. Anders ist dies innerhalb der EU. Im EU-Parlament wird die Sitzverteilung, gem. Art. 14 Abs. 2 EUV, proportional zur Bürgeranzahl bestimmt. Somit hat beispielsweise Deutschland im EU-Parlament 96 Sitze, wohingegen Luxemburg nur 6 Sitze hat.⁷⁴³ Auch im Rat der Europäischen Union haben bevölkerungsreiche Mitgliedstaaten seit der Einführung der „Doppelten Mehrheit“ in Art. 16 Abs. 4 EUV ein stärkeres Gewicht. Große Mitgliedstaaten können daher im Rahmen der EU ihre nationalen Bestrebungen einfacher durchsetzen als im Rahmen des EPÜ. Es verwundert nicht, dass vor allem die großen Vertragsstaaten wie Deutschland und Frankreich im Bereich des Patentierungsausschlusses für Pflanzensorten eine sortenschutzrechtfreundliche Sichtweise annehmen.

v. Zusammenfassung: Keine ausreichende Rechtfertigungsgrundlage

Die Ausnahme von Pflanzensorten an sich kann nicht überzeugen. Die oftmals vorgebrachten Widersprüche mit dem Sortenschutzrecht sind nicht mehr zeitgemäß. Das Sortenschutzrecht ist ein Recht, das Züchtern ihre jahrelangen Züchtungszyklen im Falle einer erfolgreichen Neuheit schützt. Hierbei wird in der konventionellen Pflanzenzucht seit Jahrzehnten auf dieselben Methoden zurückgegriffen, weshalb ein Patentrecht hierfür auszuschließen ist. Dies impliziert aber nicht, dass Pflanzensorten nicht auf anderer Grundlage den Patenterfordernissen genügen können. Betrachtet man die Bereiche der heutigen Pflanzenzucht so zeigt sich, dass das Sortenschutzrecht insbesondere für Zierpflanzen geeignet ist. Hierbei liegt das Ziel vor allem auf phänotypischen Merkmalen, die durch das Patentrecht nur schwer zu schützen sind, da sie meist eine offensichtliche Weiterentwicklung darstellen.

Augenmerk bei der Pflanzenzucht außerhalb der Zierzucht, also insbesondere der Futtermittel- und Lebensmittelsicherung, liegt hingegen auf Merkmalen, die keine phänotypische Ausprägung darstellen. Insbesondere eine erhöhte Ertragssteigerung oder die Resistenz gegen Schädlinge stehen im Vordergrund. Dass Innovationen auf diesem Gebiet

⁷⁴³ Sitzverteilung des EU-Parlamentes seit 31.01.2021: <https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20200130IPR71407/neuverteilung-der-sitze-im-europaischen-parlament-nach-dem-brexite> (zul. Abgerufen am: 25.8.21).

nur eingeschränkt geschützt werden können, ist aus zwei verschiedenen Gesichtspunkten nicht verständlich: Es muss zwischen gentechnischen Veränderungen und konventionellen Anpassungen unterschieden werden. Gentechnische Veränderungen an Pflanzen können auch auf Grundlage des EPÜ patentiert werden. Diese werden aber gesellschaftlich und politisch kritisch gesehen. Es wäre daher wünschenswert, wenn Züchtern ein Anreiz geschaffen werden würde, Pflanzeigenschaften in der Lebens- und Futtermittelindustrie zu verbessern, ohne auf Gentechnik zurückzugreifen. Diese Möglichkeit wird aber durch den Patentierungsausschluss gänzlich verwehrt.

Ungeachtet dessen sind die biologischen Besonderheiten und die Art und Weise der Weiterentwicklung von Innovationen auf dem Gebiet der pflanzenbasierten Biotechnologie zu beachten. Die EU hat sich deshalb bewusst dazu entschlossen, Sonderregelungen hierfür in das neue EPGÜ mit aufzunehmen. Die Regelungen sind, wie oben dargelegt, vergleichbar mit den Schutzbereichsausnahmen des Sortenschutzrechts. Zu nennen sind insbesondere die Züchter- und Forschungsausnahmen sowie das Landwirteprivileg. Durch diese Ausnahmen und die Angleichung an das Sortenschutzrecht erscheint die Patentierungsausnahme umso unverständlicher. Eine Monopolisierung von genetischem Material und die Verhinderung der Biodiversität können nur bedingt ins Feld geführt werden, da diese auch durch den Sortenschutz zeitlich begrenzt gegeben sind. Des Weiteren zeigen die Anpassungen, dass eine interessengerechte Abwägung auch durch die Erteilung von Schutzrechten gegeben sein kann. Dies wird auch durch das UPOV gestärkt, dass das Doppelschutzverbot für Pflanzensorten vor Jahrzehnten aus ihren Regelungen gestrichen hat.

Insofern wäre es wünschenswert, wenn der pauschale Patentierungsausschluss nicht weiter fortbesteht und eine liberalere und innovationsfördernde Lösung vorangetrieben wird. Diese darf jedoch aufgrund der Interessenabwägung nur dann vollzogen werden, wenn die Sonderregelungen für biologisches Material bestehen bleiben.

b. Fehlschlagende Rechtfertigungsansätze für Züchtungsverfahren

Wie auch der Ausschluss für Pflanzensorten ist der Ausschluss für *im Wesentlichen biologische Verfahren* von politischen Erwägungen geprägt. Diesem Punkt kommt große Bedeutung zu, da neben rein politischen auch wirtschaftliche und moralische Gesichtspunkte oft ins Feld geführt werden. Dass der Patentierungsausschluss des *im Wesentlichen biologischen Verfahrens* von einer Vielzahl an Motiven und Emotionen geleitet ist, zeigt auch

die enorme Beteiligung Dritter an den Verfahren vor der GBK durch „amicus curiae-Briefe“.⁷⁴⁴ Da der Gesetzgeber des EPÜ — die Konferenz der Mitgliedstaaten — stark politisch geprägt ist,⁷⁴⁵ sind diese Erwägungen umso relevanter. Die teleologischen Erwägungen des historischen Gesetzgebers sind weder ausreichend belegbar noch sind sie in vollumfänglich anwendbar, da die technische Entwicklung im Bereich der Biotechnologie nicht mehr mit der Ausgangslage vergleichbar ist.⁷⁴⁶ Es wird daher im Sinne einer dynamischen Interpretation auch auf die heutigen teleologischen Motive abgestellt.

Im Vordergrund der Erwägungen stehen weiterhin der Schutz der konventionellen Pflanzenzüchtung und die Sicherung der Grundlage biologischen Materials. Dem kommen aber seit einiger Zeit auch immer mehr moralische Erwägungen hinzu: durch die Gentechnik und Verfahren, die auf die Vermehrung von Pflanzen einwirken, werden gesundheitliche und umwelttechnische Gefahren befürchtet. Im Folgenden soll deshalb auch untersucht werden, ob der Patentierungsausschluss für *im Wesentlichen biologische Verfahren* der richtige Anknüpfungspunkt ist, um diese Sorgen zu beseitigen. Dabei bleibt vor allem die Frage der Reichweite der Ausnahme von *im Wesentlichen biologischen Verfahren*.

Die GBK sieht aus dem teleologischen Zusammenhang der Vorschrift keinerlei Hinweise darauf, ob die Vorschrift weit oder eng auszulegen ist.⁷⁴⁷ Allerdings greift diese schlichte Betrachtung zu kurz:

Hinter dem EPÜ stehen insgesamt 38 Nationalstaaten. 25 hiervon gehören auch der EU an. Da es sich bei dem EPÜ um ein internationales Übereinkommen zur Rechtsvereinheitlichung handelt, ist anzunehmen, dass die Interessen der Nationalstaaten auch im EPÜ übernommen werden sollen. Dies kann natürlich nicht vollumfänglich geschehen, da es bei 38 Nationalstaaten auch durchaus zu unterschiedlichen Interessen kommt. Durch die Begründung der EU als gemeinsamen europäischen Wirtschaftsraum ist das Ziel der Rechtsvereinheitlichung eng mit den Zielen der EU verstrickt, auch wenn diese keinen endgültigen Ausschlag für eine Auslegung geben können.

⁷⁴⁴ Amicus curiae Briefe zu EPA G 03/19, abrufbar unter: [https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/eba/pending/G 03-19.html](https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/eba/pending/G%2019.html); zu EPA G 02/12 und EPA G 02/13: [https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/eba/pending/G 02-13.html](https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/eba/pending/G%2012.html); zu EPA G 02/07: [https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/eba/pending/G 02-07.html](https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/eba/pending/G%2007.html) (jeweils zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁷⁴⁵ Hüttermann, in: Mitt. 2020, 255 (258).

⁷⁴⁶ Straus, in: GRUR Int. 1990, 913 (922).

⁷⁴⁷ EPA G 02/07 und EPA G 01/08, EG 6.4.2.1.

i. Schutz der Biodiversität

Die EU verfolgt seit Langem eine Strategie, um die Biodiversität in der EU zu stärken.⁷⁴⁸ Umweltschützer sehen in einer weiten Auslegung der Patentierungsmöglichkeit für *im Wesentlichen biologische Verfahren* oftmals negative Auswirkungen für die Biodiversität, da sie ein Ressourcenhindernis darstellen.⁷⁴⁹ Der Schutz der Biodiversität durch Nutzung wird so erschwert.⁷⁵⁰ Wie in vielen anderen Bereichen der Gesetzgebung ist aber auch das nur eine Einschätzung des Europäischen Gesetzgebers, die keine allgemeine Gültigkeit aufweist und nicht als gesicherter Ausgang anzusehen ist. Es gibt sogar Hinweise darauf, dass die Patentierung von Pflanzen, die aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* entstanden sind, für die Diversität von Vorteil ist. Denn nicht zu vernachlässigen ist auch im Bereich der Pflanzenzucht, dass der Anreiz durch eine Verwertung über Lizenzen einen Innovationstreiber darstellt.⁷⁵¹ Die Studie zeigt, dass ein Optimum an Innovation und Nutzbarkeit durch eine breite Anzahl von Verwendern hergestellt werden kann, wenn pflanzenbasierte Erfindungen — also auch Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* — durch nicht exklusive Lizenzen verwertet werden.⁷⁵² Durch die enthaltenen Patente steigert sich die natürliche Vielfalt. Dies setzt aber voraus, dass Erfinder ihre Innovationen auch wirtschaftlich rentabel geltend machen können. Auch die von der EU-Kommission eingesetzte Expertengruppe sieht die befürchteten negativen Auswirkungen einer Patentierbarkeit nicht. Insbesondere wird durch die Implementierung des Züchterprivilegs in das Patentrecht vermieden, dass patentrechtliche Erfindungen zu stark monopolisiert werden.⁷⁵³ Dies zeigt, dass biotechnologische Erfindungen zwar einige Modifikationen in Hinblick auf den Schutzzumfang benötigen, dass diese aber durch das Patentrecht effizienter ausfüllen können als die Schaffung von Schutzrechtslücken durch eine

⁷⁴⁸ Beispiele der Gesetzgebung im Bereich der Förderung der Biodiversität: CBD-Konvention von 1992, die BioTech-RL von 1998 und die Implementierungen in die nationalen Gesetze.

⁷⁴⁹ Amicus curiae Brief zu EPA G 03/19 von u. a. *Patent Office of the Republic of Poland; Umweltinstitut München e.V.* abrufbar unter: https://patentepi.org/en/epi/da6238aa-af27-45d5-aba8-33e33f3aa516/download/Amicus%20letters%20overview-hyperlink_.pdf (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁷⁵⁰ *Feindt*, Biopatente, S. 5; sowie amicus curiae Brief zu EPA G 03/19 von *Then*, abrufbar unter: https://patentepi.org/en/epi/da6238aa-af27-45d5-aba8-33e33f3aa516/download/Amicus%20letters%20overview-hyperlink_.pdf (zul. abgerufen am: 03.03.2021); sowie: *Gersteuer*, in: NVwZ 2008, 370 (371).

⁷⁵¹ *Haedicke/Popp*, in: Mitt. 2018, 1 (2).

⁷⁵² *Jewell*, in: WIPO Magazine 2015, 4.

⁷⁵³ Final Report of the *Expert Group on the development and implications of patent law in the field of biotechnology and genetic engineering* vom 17.5.2016, S. 39, abrufbar unter:

<http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/18604/attachments/1/translations/> (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

generelle Versagung von geistigen Eigentumsrechten.⁷⁵⁴

Im Zusammenhang mit der Biodiversität wird oftmals auch ins Feld geführt, dass Pflanzen die wichtigste Sicherungsquelle für Lebensmittel darstellen. Hierbei wird meist damit argumentiert, dass die gesundheitlichen Gefahren von genetisch veränderten Lebensmitteln nicht abschätzbar sind. Allerdings wurde innerhalb der EU durch die Freisetzungs-RL⁷⁵⁵ ein Standard gesetzt, der den Anbau GVO regelt. Deshalb kann die Frage der gesundheitlichen Gefährdung durch patentierbare Pflanzen nicht nach Art. 53 lit. b EPÜ bewertet werden. Die Frage, inwiefern die Pflanzen angebaut werden dürfen, ist nämlich kein Argument für die Gewährung oder Versagung des Patents an sich, sondern deren Verwertung. Diese Argumente müssen daher, wenn überhaupt, durch die strengen Regelungen des Art. 53 lit. a EPÜ mitbedacht werden und nicht im Rahmen des Art. 53 lit. b EPÜ. Gleiches muss auch für Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* gelten. Denn durch eine Patentierbarkeit dieser Erzeugnisse können neue Anreize geschaffen werden, die eine Ernährung sicherstellen. Ob diese dann gefahrlos konsumiert und verarbeitet werden können, darf in die Betrachtung nicht mit einfließen.

Des Weiteren wird oftmals angeführt, dass die Züchtung von Pflanzen nur auf eine geringe Anzahl von Verfahrensmöglichkeiten beschränkt ist. Eine Patentierung von Pflanzenverfahren führe daher dazu, dass Züchtungen nicht mehr betrieben werden können.⁷⁵⁶ Dem ist entgegenzuhalten, dass die klassischen Züchtungsverfahren eben gerade nicht patentiert werden können, da die Selektion und Kreuzung weder neu noch technisch sind. Falls es aber gelingen sollte, neue Verfahren zu generieren, die den Patentvoraussetzungen entsprechen — also insbesondere technischer Natur sind —, so sollten hierfür auch Patentierungsmöglichkeiten offenstehen. Denn die Schaffung von Anreizen, die sehr aufwendige und unrentable konventionelle Züchtung zu ersetzen, bergen ein großes Entwicklungspotential. Dass dies zu einer Monopolisierung der Pflanzenvielfalt auf Zeit führt, kann entweder hingenommen werden oder durch spezielle Züchterprivilegien, kombiniert mit Zwangslizenzvermarktungen wie in anderen Bereichen der Technik, kompensiert werden. Insofern kann der Sonderstatus, den die Landwirtschaft und die Züchtung in diesem Umfang

⁷⁵⁴ Bostyn, in: TJoWIP 2013, 106 (137).

⁷⁵⁵ RL 2001/18/EG 5.

⁷⁵⁶ So etwa: *Gelinsky*, Biopatente und Agrarmodernisierung, S. 120.

genießen, nicht mehr gerechtfertigt werden.⁷⁵⁷

Und auch die Befürchtung, dass durch Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* die Biodiversität eingeschränkt wird, kann nicht überzeugen. Die Befürchtung, dass die herkömmliche Population durch „unnatürliche Pflanzen“ verdrängt wird, kann auf andere Weise als der Versagung des Patentschutzes ausreichend Rechnung getragen werden: Hierfür wurde innerhalb der EU bereits durch die etliche Richtlinien und Verordnungen⁷⁵⁸ ein Rechtsrahmen geschaffen. Dieser umfasst zum jetzigen Zeitpunkt zwar nur gentechnisch-veränderte Pflanzen, die ohnehin patentierbar sind, da es sich hierbei nicht um Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* handelt. Insofern bleibt für Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* und die Sorge vor einer Einschränkung der Biodiversität festzuhalten, dass diese durch Anbau- und Freisetzungsvorschriften hinreichend geschützt werden können und ein genereller Patentierungsausschluss nicht erforderlich ist.

ii. Umgehung des Patentierungsausschlusses

Oftmals wird argumentiert, dass durch den bloßen Verfahrensausschluss die Regelung durch gezielte Formulierung umgangen werden kann.⁷⁵⁹ Argumentiert wird dies insbesondere bei „product-by-process“-Ansprüchen.⁷⁶⁰ Es wird dabei aber oft verkannt, dass sich die Zulässigkeit von „product-by-process“-Ansprüchen nicht im Rahmen der Auslegung des Art. 53 lit. b EPÜ ergibt, sondern bei der Frage der Reichweite dieser Ansprüche.⁷⁶¹ Es sei auch nochmals darauf hingewiesen, dass die Gewährung nicht das Verfahren an sich als Patent umfasst, sondern dass in Ausnahmefällen eine Formulierung des Patents, nämlich des Erzeugnisses, durch das Herstellungsverfahren erlaubt ist. Dies ist deshalb erforderlich, da der Grundsatz der Offenbarung und Nacharbeitbarkeit⁷⁶² des Patents sonst nicht gewährleistet werden kann. Dies darf jedoch nicht mit dem Schutzzumfang des Patents verwechselt werden. Dieses Argument kann daher nicht für eine Ausdehnung des Patentierungsausschlusses auf Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* herangezogen werden. Ausschlaggebend für die Patentierung an sich ist weiterhin, dass das

⁷⁵⁷ Ibid, S. 121.

⁷⁵⁸ Siehe Fn. 21.

⁷⁵⁹ So etwa: amicus curiae Brief zu EPA G 03/19 von *Dolder* und *Alisdair*, abrufbar unter:

https://patentepi.org/en/epi/da6238aa-af27-45d5-aba8-33e33f3aa516/download/Amicus%20letters%20overview-hyperlink_.pdf (zul. abgerufen am: 03.03.2021).

⁷⁶⁰ Näheres zu den Voraussetzungen der Formulierung der „product-by-process“-Ansprüchen, siehe oben: II.4.g.

⁷⁶¹ *Metzger*, in: GRUR 2016, 549 (555).

⁷⁶² *Fitzner/Metzger*, in: BeckOK Patentrecht, Art. 54 Rn. 71.

Produkt als Erfindung zu klassifizieren ist.

iii. Vermeidung von Wertungswidersprüchen

Wie auch bei den Pflanzensorten ist der Patentierungsausschluss aufgrund des „Doppelschutzverbots“ entstanden. Im Bereich der *im Wesentlich biologischen Verfahren* wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass Züchtungen nur durch das hierfür geschaffene Sortenschutzrecht geschützt werden können. Wie bereits erläutert, ist das „Doppelschutzverbot“ inzwischen international nicht mehr existent. Durch die Streichung ist somit auch das rechtliche Argument, dass man das EPÜ in Einklang mit dem UPOV bringen wollte, nicht mehr anwendbar. Es bleibt aber weiterhin das Argument, dass man Züchtungen nur dem Sortenschutzrecht unterstellen möchte, um Wertungswidersprüche bei Überschneidungen zu vermeiden. Dies ist jedoch durch die Definition der Pflanzensorte als Patentierungsausschluss ausgeschlossen.⁷⁶³ Auch zeigen die Beispiele und die technische Entwicklung, dass die Pflanzenzucht inzwischen nicht mehr nur darauf gerichtet ist, phänotypische Merkmale zu optimieren.⁷⁶⁴ Diese sind jedoch für den Sortenschutz zwingende Schutzrechtvoraussetzung. Dies zeigt, dass die Überschneidungsprobleme bei Erzeugnissen aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* nicht gegeben sind, wenn es sich nicht um Pflanzensorten handelt. Insofern ist das Argument der Wertungswidersprüche nicht anwendbar. Vielmehr stellt sich eine Rechtsschutzlücke für die Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren*.

iv. Erfüllung der patentrechtlichen Voraussetzungen, insbesondere der Wiederholbarkeit

Während und vor der Zeit der Entstehung des EPÜ war ein Hauptargument des Patentierungsausschlusses für *im Wesentlichen biologische Verfahren* und deren Züchtungserzeugnisse die fehlende Wiederholbarkeit der Verfahren.⁷⁶⁵ Die Ergebnisse der Züchtungsverfahren konnten schlicht nicht in der Weise beschrieben werden, dass ein Fachmann sie zuverlässig nacharbeiten konnte und das gleiche Ergebnis erreichte. Dies lag vor allem daran, dass das Ausgangsmaterial eine entscheidende Rolle spielt, zur damaligen Zeit aber die Eigenschaften einer Pflanze als Ausgangsmaterial nur durch ihre äußere

⁷⁶³ Siehe oben, unter: I.5.a.

⁷⁶⁴ Willnegger, in: GRUR Int. 2003, 815.

⁷⁶⁵ Kirchner, in: GRUR 1951, 572; Pechmann, in: GRUR 1972, 51 (52).

Entscheidungsform beschrieben werden konnte. Die Ausprägung verschiedener Merkmale einer Pflanze hängt aber nicht immer nur von ihrer genetischen Information ab, sondern wird auch sehr stark durch äußere Umwelteinflüsse definiert, man denke dabei beispielsweise nur an den sprichwörtlichen „Grünen Daumen“, der die Fähigkeiten eines Menschen beschreibt, die Umwelteinwirkungen einer Pflanze optimal zu erkennen und zu bedienen. Fehlen diese Fähigkeiten, so werden dieselben Pflanzen bei fehlender oder falscher Pflege möglicherweise andere oder gar keine Ausprägungen ihrer äußeren Merkmale zeigen.

Dieses Patentierungsmerkmal kann aber nicht dafür herangezogen werden, den Patentierungsausschluss für *im Wesentlichen biologische Verfahren* zu rechtfertigen. Denn auch bei anderen Verfahren ist die Voraussetzung der sicheren Wiederholbarkeit Teil der Patenterteilungsprüfung.⁷⁶⁶ Jedoch werden bei den Patentämtern keine Prüfungen des Beschriebenen vorgenommen, es erfolgt lediglich eine theoretische Plausibilitätskontrolle.⁷⁶⁷ Durch die Möglichkeit der Sequenzierung und die Angabe der Sequenzinformationen kann eine Pflanze heutzutage aber, anders als bei der Entstehung des EPÜ, hinreichend genau angegeben werden, sodass die Züchtungsverfahren durch eine genaue Angabe des Ausgangsmaterials und der Verfahrensschritte hinreichend wiederholbar beschrieben werden kann.⁷⁶⁸

Nicht außer Acht gelassen werden darf bei einer Implementierung von pflanzenbasierten Erfindungen in das Patentrecht, dass hierdurch der Wettbewerb um natürliche Ressourcen und deren Gewinnung beeinträchtigt wird. Die Grundlagen der Entwicklung in der Biotechnologie bilden stets vorhandenes biologisches Material. Durch ein unangepasstes Patentrecht könnte Mitbewerber daher der Anschluss an den Stand der Technik abgeschnitten werden. Daher birgt eine Patentierbarkeit im Bereich der Biotechnologie eine besondere Gefährdung für Monopolbildungen.

Eine weitere negative Auswirkung könnte dadurch entstehen, dass durch eine Förderung der Pflanzenzucht und deren Kommerzialisierung die Biodiversität eingeschränkt wird. Denn nach dem Prinzip des „survival of the fittest“ sind künstlich hergestellte Pflanzenprodukte den natürlichen Ressourcen meist überlegen. Sie können daher Wildpopulationen verdrängen. Dies wird dadurch verstärkt, dass auch Pflanzenerfindungen für ihre Nutzbarkeit angepflanzt

⁷⁶⁶ EPA PrüfungsRL, FIII-4.

⁷⁶⁷ Keßler/Palzer, in: GRUR 2020, 1017 (1018).

⁷⁶⁸ Kock/Vollenberg, in: GRUR 2020, 154 (156).

werden müssen. Durch die Anpflanzung kann aber nicht verhindert werden, dass die Pflanzen nur auf den dafür abgegrenzten Flächen entstehen. Breite Diskussion darüber entstand in der Vergangenheit insbesondere bei gentechnisch veränderten Pflanzen. Zwar können auch nicht gentechnisch-veränderte Pflanzen Wildpflanzensorten verdrängen, dies ist aber in gewissen Maßen auch der natürliche Zyklus des Lebens.

Die negativen Auswirkungen, die der Biodiversität angelastet werden, können hierbei nicht überzeugen, da der Patentierungsausschluss gerade nicht gentechnisch-veränderte Pflanzen umfasst. Des Weiteren hat die EU durch besondere Vorschriften zum Anbau auch ein anderes Instrument an der Hand, um diese Gefahren gezielter zu bekämpfen. Auch kann in künstlich hergestellten Pflanzen ein Mehrwert für die Biodiversität gesehen werden.

Eine Gefahr, die sich für die Pflanzenzucht ergibt, ist die Unübersichtlichkeit der Schutzrechte. Wie bereits erwähnt, wäre es hierfür von Vorteil, wenn ein Register für Pflanzenschutzrechte eingeführt werden könnte. Eine derartige Datenbank besteht schon heute für Sortenschutzrechte und auch für Patente. Um dies für Züchter einfacher zu gestalten, wäre eine gemeinsame Datenbank wünschenswert, die nach dem Vorbild des Sortenschutzrechts aufgebaut wird, nämlich katalogisiert nach Familie und Art der Pflanzen und den besonderen Eigenschaften, die die Sorte auszeichnen. Auch wenn bei pflanzenbasierten Patenten eine Erkennbarkeit des Patents oftmals nicht von außen möglich sein wird — da die Erfindungen meist nicht die phänotypischen Merkmale betreffen —, so ist es fachkundigem Personal durchaus zuzutrauen, auch besondere Eigenschaften innerhalb der Pflanze zu erkennen. Ein gemeinsames Register würde auch ohne Streichung des Patentierungsausschlusses weiterhelfen, da schon heute gentechnisch veränderte Pflanzen patentiert werden können und für die Züchter somit ein Bedürfnis besteht, leicht Informationen über das verwendete Ausgangsmaterial zu erlangen.

3. Schlussforderung

Angepasst an den Stand der Technik scheint es nicht mehr zeitgemäß, die Pflanzenzucht strikt aus dem Patentrecht auszuklammern. Vielmehr sollte die Pflanzenzucht in das Patentrecht integriert werden, ohne die Besonderheiten der belebten Natur zu vernachlässigen.

In Bezug auf die Erteilungsvoraussetzungen ist zu bedenken, dass diese durch die Erfordernisse des Art. 52 EPÜ definiert werden sollten. Es ist nicht ersichtlich, wieso auf dem Gebiet der Biotechnologie hiervon eine Ausnahme gemacht werden soll. Denn auch im

Bereich der Biotechnologie sind die Anreizfunktionen der Belohnung und Amortisierung der getätigten Innovationen nicht zu vernachlässigen.⁷⁶⁹

II. Implementierungsmöglichkeiten in das Patentrecht

Weder das europäische noch das US-amerikanische System für gewerbliches Schutzrecht im Bereich der Pflanzenzucht können auf ganzer Linie überzeugen.⁷⁷⁰ Daher werden im Folgenden die Verbesserungsmöglichkeiten des Europäischen Systems durch Vorzüge des US-amerikanischen Systems aufgezeigt. Ziel ist es, ein ausgewogenes Schutzrechtssystem mit den erarbeiteten Vorzügen beider Systeme zu beschreiben. Um damit ein kohärentes System aus Sortenschutzrecht und Patentrecht zu etablieren,⁷⁷¹ das sowohl wettbewerbsfördernd als auch innovationsfördernd ausgestaltet ist und Widersprüche und Überlappungen der Schutzrechte vermeidet. Ausgangspunkt für diese Überlegungen soll sein, dass das Sortenschutzrecht in seiner derzeitigen Form Bestand hat und eine Anpassung an den patentrechtlichen Normen erfolgt.

1. Besonderheiten von Pflanzensorten

Die Ausnahme von Pflanzensorten an sich kann nicht überzeugen. Die oftmals vorgebrachten Widersprüche mit dem Sortenschutzrecht sind nicht mehr zeitgemäß. Das Sortenschutzrecht ist ein Recht, das Züchtern ihre jahrelangen Züchtungszyklen im Falle einer erfolgreichen Neuheit schützt. Hierbei wird in der konventionellen Pflanzenzucht seit Jahrzehnten auf dieselben Methoden zurückgegriffen, weshalb ein Patentrecht hierfür auszuschließen ist. Dies impliziert aber nicht, dass Pflanzensorten nicht auf anderer Grundlage den Patenterfordernissen genügen können. Betrachtet man die Bereiche der heutigen Pflanzenzucht, so zeigt sich, dass das Sortenschutzrecht insbesondere für Zierpflanzen geeignet ist. Hierbei liegt das Ziel vor allem auf phänotypischen Merkmalen, die durch das Patentrecht nur schwer zu schützen sind, da sie meist eine offensichtliche Weiterentwicklung darstellen.

Augenmerk bei der Pflanzenzucht außerhalb der Zierzucht, also insbesondere der Futtermittel- und Lebensmittelsicherung, stellen hingegen Merkmale dar, die sich nicht durch

⁷⁶⁹ Götting, in: GRUR Int. 2004, 731.

⁷⁷⁰ Bette/Sephan, Intellectual Property Rights im Bereich Crop Science, S. 33.

⁷⁷¹ Metzger, Legal foundations and future outlook, in: Symposium of Plants and Animals.

eine phänotypische Ausprägung ergeben. Insbesondere eine erhöhte Ertragssteigerung oder die Resistenz gegen Schädlinge stehen im Vordergrund. Dass Innovationen auf diesem Gebiet nur eingeschränkt geschützt werden können, ist aus zwei verschiedenen Gesichtspunkten nicht verständlich: Es muss unterschieden werden zwischen gentechnischen Veränderungen und konventionellen Anpassungen. Gentechnische Veränderungen an Pflanzen können auch auf Grundlage des EPÜ patentiert werden. Diese werden aber gesellschaftlich und politisch kritisch gesehen. Es wäre daher wünschenswert, wenn Züchtern ein Anreiz geschaffen werden würde, Pflanzeigenschaften in der Lebens- und Futtermittelindustrie zu verbessern, ohne auf Gentechnik zurückzugreifen. Diese Möglichkeit wird aber durch den Patentierungsausschluss gänzlich verwehrt.

Ungeachtet dessen sind die biologischen Besonderheiten und die Art und Weise der Weiterentwicklung von Innovationen auf dem Gebiet der pflanzenbasierten Biotechnologie zu beachten. Die EU hat sich deshalb bewusst dazu entschlossen, Sonderregelungen hierfür in das neue EPGÜ mit aufzunehmen. Die Regelungen sind, wie oben dargelegt, vergleichbar mit den Schutzbereichsausnahmen des Sortenschutzrechts. Zu nennen sind insbesondere die Züchter- und Forschungsausnahmen sowie das Landwirteprivileg. Durch diese Ausnahmen und die Angleichung an das Sortenschutzrecht erscheint die Patentierungsausnahme umso unverständlicher. Eine Monopolisierung von genetischem Material und die Verhinderung der Biodiversität können nur bedingt ins Feld geführt werden, da diese auch durch den Sortenschutz zeitlich begrenzt gegeben sind. Des Weiteren zeigen die Anpassungen, dass eine interessengerechte Abwägung auch durch die Erteilung von Schutzrechten gegeben sein kann. Dies wird auch durch das UPOV gestärkt, dass das Doppelschutzverbot für Pflanzensorten vor Jahrzehnten aus ihren Regelungen gestrichen hat.

Insofern wäre es wünschenswert, wenn der pauschale Patentierungsausschluss nicht weiter fortbesteht und eine liberalere sowie innovationsfördernde Lösung vorangetrieben wird. Diese darf jedoch aufgrund der Interessenabwägung nur dann vollzogen werden, wenn die Sonderregelungen für biologisches Material bestehen bleiben.

2. Besonderheiten von Züchtungsverfahren

Züchtungsverfahren zeichnen sich oftmals dadurch aus, dass biologische Schritte, wie beispielsweise die natürliche Vermehrung, mit technischen Verfahrensschritten kombiniert werden. Bei der Patentierung von Züchtungsverfahren muss beachtet werden, dass diese

Verfahrensschritte nicht patentiert — und dadurch monopolisiert — werden können.

Die Sorge, dass das Patentrecht die konventionelle Züchtung monopolisieren könnte, ist aber aus verschiedenen allgemeinen Patentrechtsvoraussetzungen nicht gegeben. Hierbei ist es wichtig, differenziert die verschiedenen Vorgänge, die in der Pflanzenzucht verwendet werden zu betrachten. Innerhalb des EPÜ ist dies leider nicht in der erforderlichen Genauigkeit vollzogen worden, weshalb des Öfteren Missverständnisse bei der Definition des Patentierungsausschlusses für *im Wesentlichen biologischen Verfahren* aufgetreten sind:

- Rein biologische Vorgänge, wie die natürliche Vermehrung, stellen keine patentierbare Erfindung dar, da sie keine erfinderische Tätigkeit umfassen. Denn genaugenommen sind natürliche Vorgänge, die in der Natur ohne menschliches Zutun vorkommen, keine Erfindungen, sondern deren Beschreibung stellt vielmehr Entdeckungen dar. Werden diese Wirkungsweisen durch den Menschen bewusst ausgenutzt, so kann dies nichts an der Patentfähigkeit ändern, wenn durch den Menschen kein aktiver Eingriff in die Naturkräfte erfolgt. Lässt ein Züchter daher seine gezüchteten Pflanzen sich durch natürliche Fortpflanzung vermehren, so kann hierfür kein Patent erteilt werden. Hierfür ist aber nicht ein expliziter Ausschluss erforderlich, sondern die allgemeinen Regelungen des Art. 52 EPÜ ausreichend.
 - Vorgänge der konventionellen Züchtung können auch aufgrund der allgemeinen Patentvoraussetzungen ebenfalls nicht patentiert werden. Denn die Selektion und Kreuzung von Pflanzen ist seit Jahrhunderten bekannt und daher nicht neu. Auch hier fehlt es somit an einer Voraussetzung, die nach Art. 52 EPÜ zwingend für die Erlangung eines Patents ist.
 - Einer genaueren Betrachtung bedarf es bei Verfahren, die sich aus verschiedenen Komponenten zusammensetzen. Zu unterscheiden sind hierbei wiederum Verfahren, die lediglich natürliche oder konventionelle Schritte kombinieren und Verfahren, die natürliche/konventionelle Verfahrensschritte mit technischen Verfahrensschritten kombinieren.
- ⇒ Verfahren, die lediglich natürliche bzw. konventionelle Züchtungsschritte neu kombinieren, sollten dann patentierbar sein, wenn die Anordnung der Verfahrensschritte den allgemeinen Patentierungsvoraussetzungen entspricht. Hierbei ist insbesondere zu bedenken, dass dies nur dann gegeben sein kann, wenn

es sich um eine erfinderische Tätigkeit handelt. Dies bedeutet, dass es sich vom Stand der Technik wesentlich unterscheiden muss.⁷⁷² In diesem Fall würden aber nicht die einzelnen Schritte an sich patentiert werden, sondern die Kombination der Verfahrensschritte als erfinderische Leistung. Die konventionelle Züchtung würde daher nicht eingeschränkt werden, da diese auf dem heutigen Stand der Technik anwendbar bleiben würde. Insgesamt würden Patente insofern auch eher eine Seltenheit bleiben, da die Neukombination die erforderliche Erfindungshöhe überschreiten müsste. Dies ist bei banaler Veränderung der Verfahrensabläufe sicher nicht gegeben.

⇒ Verfahren, die neben den natürlichen auch technische Verfahrensschritte beinhalten, müssen dann als Gesamtverfahren patentierbar sein, wenn die einzelnen Schritte allesamt für das Gelingen des Verfahrens notwendig sind und die natürlichen Verfahrensschritte in einer erfinderischen Weise mit in den Entstehungsprozess integriert werden. Als patentfähig sollten dann nicht die natürlichen Verfahrensschritte als einzelne Schritte angesehen werden, sondern deren Kombination. Denn in diesem Fall kann man von einer bewussten und zielgerichteten Ausnutzung der Naturkräfte sprechen, die bei Überschreiten der Erfindungshöhe durchaus patentfähig sein sollte. Die konventionelle Züchtung wird hierbei nicht monopolisiert, da diese als einzelne Verfahrensschritte oder Verfahrenskombinationen bereits bekannt und somit nicht patentierbar sind.

Entgegen der Ansicht des Verwaltungsrats, einiger Mitgliedsstaaten und der EU-Kommission ist ein Ausschluss für *im Wesentlichen biologische Verfahren* zum Schutz der konventionellen Pflanzenzüchtung daher nicht erforderlich.

3. Erforderlichkeit einer pflanzenbasierten Lizenzplattform

Um dem Argument, der Monopolisierung genetischer Pflanzenressourcen vorzubeugen und möglicherweise sogar eine Verbesserung durch die Erteilung von Schutzrechten zu erreichen, könnte eine einheitliche Plattform helfen.⁷⁷³ Diese Plattform sollte möglichst aus zwei verschiedenen Komponenten bestehen, einerseits einer Plattform für die Auffindung von

⁷⁷² So auch das EPAG 01/98 EG 03.4 und *Melullis*, in: Benkard PatG, § 2a Rn. 49.

⁷⁷³ So auch: *Popp*, Licensing platforms in: Symposium of Plants and Animals.

Innovationen und andererseits Möglichkeiten zur gütlichen Einigung von potenziellen Anbietern und Nachfragenden.

Die Besonderheiten der belebten Natur sind bei der Pflanzenzüchtung zu beachten. Eine Weiterentwicklung ist immer auf bereits vorhandene Ressourcen aufzubauen. Allgemein zugänglich für die Wettbewerber in diesem Feld sind die natürlich vorkommenden Pflanzen („Wildpflanzen“). Wie die Pflanzenzucht jedoch zeigt, sind Modifikationen von Wildpflanzen essenziell für eine wirtschaftliche Verwertung, beispielsweise durch verringerten Wasserbedarf oder eine Schädlingsresistenz. Könnten Wettbewerber Eigenschaften an Pflanzen durch Patente schützen, so würde der Weg für eine Verwertung der Innovation offenstehen. Eine verpflichtende Lizenzplattform könnte dafür sorgen, dass auch kleinere Wettbewerber an Erfindungen teilhaben und ihre Züchtung auf diesen innovativen neuen Pflanzenmaterial aufbauen können. Durch die Möglichkeit der Patentierung würde zusätzlich der Anreiz geschaffen werden, die Erfindungen auch zu offenbaren und so einen Wissenstransfer zu ermöglichen. Für das optimale Gelingen eines innovativen Marktes unter Berücksichtigung der Besonderheiten der lebenden Natur könnte man folgende Voraussetzungen bedenken, um ein ausgeglichenes System zu gewährleisten:

Patente werden nicht nur unter der Voraussetzung der Offenbarung gewährt, sondern auch durch die Verpflichtung zur Teilnahme der Erfindung an einer öffentlich zugänglichen Lizenzplattform. Diese würde den Züchtern nicht nur einen Überblick über bereits vorhandene Innovation bieten, sondern könnte gleichzeitig auch als Vermittlungsplattform dienen. Hier könnte man sich verschiedene Wirkungsmechanismen überlegen. Einerseits könnte man zusätzlich zu den Informationen über Lizenzen standardisierte Verträge als unverbindliche Muster zur Verfügung stellen und für den Fall, dass die Parteien keine Einigung erreichen, eine Schlichtungsstelle einrichten, die mit verschiedenen Experten auf dem Gebiet der Biotechnologie befüllt ist und durch verschiedene Blickwinkel interessengerechte Konditionen festsetzen kann.

Man könnte sich aber auch überlegen, pflanzenbasierte Patente ähnlich zu handhaben wie SEP. Durch diese Einstufung könnten auch die Lizenzverträge verbindlich festgelegt und so sichergestellt werden, dass Wettbewerber zu fairen Bedingungen Zugang zum pflanzenbasierten Markt haben, ohne dafür langwierige Rechtsprozesse zu riskieren. Diesbezüglich könnte sogar auch hierfür eine Expertenkommission eingesetzt werden, die bei einer Lizenzanfrage verbindliche Bedingungen festlegt. Zu bedenken ist dabei aber, dass

verbindlich vorgegebene Lizenzbedingungen einen erheblichen Eingriff in die Vertragsfreiheit der Parteien darstellen. Für einen ungehinderten Zugang erscheint es ausreichend, dass eine Plattform geschaffen wird, die eine Verbindung der Anbieter und Nachfragenden ermöglicht.

Entgegen den Bedenken, dass durch die Patentierbarkeit von pflanzenbiologischen Erzeugnissen eine Monopolisierung des Marktes erfolgt, kann hierin auch eine Öffnung des Marktes gesehen werden. Diese würde nicht nur die Großkonzerne, sondern auch KMU weiterhelfen ihre Produkte gewinnbringend zu vermarkten. Denn durch eine gemeinsame Plattform würde auch der Anreiz geschaffen werden, dass anders als heute Innovationen vor Wettbewerbern nicht mehr geheim gehalten werden. Vielmehr würde dies dazu führen, dass auch KMU an neuesten Technologien teilhaben können, da ihnen durch die Plattform und die Lizenzen die Möglichkeit gegeben würde, ihre eigene Forschung auf neueste bereits vorhandene Erfindungen aufzubauen.

Diese Lizenzplattform sollte unabhängig von der Änderung des EPÜ hinsichtlich der Streichung eines Patentierungsausschlusses des Art. 53 lit. b EPÜ ins Auge gefasst werden. Denn schon zum heutigen Zeitpunkt können, wie oben gezeigt, Patente für Pflanzen erteilt werden, beispielsweise wenn es sich um gentechnisch veränderte Pflanzen handelt, und die Erfindung nicht auf eine Pflanzensorte beschränkt ist. Des Weiteren können auch Sortenschutzrechte erteilt werden, die aufgrund ihrer Wirkung zu einem Ausschließlichkeitsrecht führen und an denen daher zur Verbesserung des Zugangs an natürlichen Ressourcen Lizenzen vergeben werden könnten. Es wäre daher wünschenswert eine gemeinsame Plattform für Lizenzen zu schaffen, die einerseits Sortenschutzrechte enthält, die das CPVO erteilt hat und andererseits pflanzenbasierte Patente, die das EPA erteilt hat. Durch eine derartige Lizenz könnte auch das Argument für den Patentierungsausschluss entkräftet werden, dass Züchter bei einer Erteilung von Patenten auf Pflanzen durch zwei verschiedene Schutzrechtssysteme übermäßig belastet werden, da es ihnen nicht möglich ist, einen Überblick über mögliche geistige Eigentumsrechte an den verwendeten genetischen Materialien zu erhalten.

Dass eine derartige Plattform durchaus im Interesse der Züchter etabliert werden sollte, zeigt eine bereits privatrechtlich gegründete Lizenzplattform, die allerdings auf ihre Mitglieder und

ausschließlich auf Lizenzen für Schutzrechte an Gemüse begrenzt ist.⁷⁷⁴ Auf dieser Plattform werden einerseits von den teilnehmenden Unternehmen ihre Patente in einer gebündelten Form offengelegt, andererseits ist die Organisation auch dazu gegründet worden, die Lizenzvereinbarungen zwischen Lizenzgebern und -nehmern zu vereinfachen. Hierfür werden unter anderem Standardlizenzverträge bereitgestellt und es steht eine Expertengruppe zur Konsultation für den Fall zur Verfügung, dass zwischen den Parteien keine Übereinstimmung gefunden werden kann.

4. Verbesserungsmöglichkeiten auf Grundlage des bisherigen Systems

In Anbetracht des eben Gesagten, müssen sich die Vertragsparteien des EPÜ die Frage stellen, ob der Patentierungsausschluss in der jetzigen Form noch gerechtfertigt ist. Selbstverständlich können einige Entwicklungen, wie beispielsweise die Biodiversität, nicht mit gänzlicher Sicherheit abgesehen werden. Den Vertragsstaaten bleibt daher ein gewisser Prognosespielraum für die Gewichtung und die Erreichung der angestrebten Ziele. Zum jetzigen Zeitpunkt muss aber konstatiert werden, dass die Eingriffe in das grundfreiheitlich gewährte Eigentum nicht mehr gerechtfertigt werden können.

Das Völkergewohnheitsrecht kennt keinen Eigentumsschutz,⁷⁷⁵ weshalb eine Bindung hieran durch einen völkerrechtlichen Rechtsakt festgelegt werden muss, der dann wiederum nur die Vertragsparteien binden kann.

Durch Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK wird das Eigentum als Grundfreiheit zum Schutz der Menschenrechte geschützt. Unzweifelhaft fallen darunter auch geistige Eigentumsrechte wie das Patentrecht.⁷⁷⁶ Auch Art. 17 Abs.2 GRCh schützt das Geistige Eigentum. Hierzu ist zunächst zu Bedenken, dass die EPO nicht Teil des EMRK ist und der EGMR es daher abgelehnt hat, Entscheidungen des EPA auf ihre Vereinbarkeit mit der EMRK zu überprüfen.⁷⁷⁷

Eine Bindung an die elementaren Grundrechte, insbesondere der EMRK, ist aus mehrerlei Hinsicht gegeben:

⁷⁷⁴ *ILP vegetable*, abrufbar unter: <https://ilp-vegetable.org/about-ilp/> (zul. abgerufen am: 14.7.21).

⁷⁷⁵ BVerfG, Beschluss. v. 26.10.04 2 BvR 955/00 & 2 BvR 1038/01.

⁷⁷⁶ *Sebastian*, in: GRUR Int. 2013, 524 (527).

⁷⁷⁷ EKMR, Lenzing AG v. Germany, Urt. v. 9.9.1998, 39025/97.

Einerseits können sich nationale Staaten nicht dadurch von ihren Verpflichtungen entziehen, indem sie ihre staatliche Hoheitsgewalt auf internationale Organisationen überträgt.⁷⁷⁸ Vielmehr haben die Nationalstaaten dann die Aufgabe, durch ihren Einfluss in der Organisation die Verpflichtungen der EMRK durchzusetzen.⁷⁷⁹ Da alle Mitgliedstaaten des EPÜ auch Mitgliedsstaaten der EMRK sind, gilt dies noch in verstärkter Weise.

Andererseits hat auch die GBK in einer früheren Entscheidung die Anwendbarkeit der EMRK anerkannt. Einschränkungen gelten aber insofern, als dass die GBK nur solche Regelungen als verbindlich akzeptiert, die auf Rechtsgrundsätzen beruhen, die von allen EPÜ Mitgliedsstaaten anerkannt werden.⁷⁸⁰

Die Einhaltung der Eigentumsfreiheit ist daher auch für die Erteilung von Patenten durch das EPA beachtlich, insbesondere da hierdurch nationale Bündelpatente erteilt werden. Allerdings bleibt die grundsätzliche Frage, inwieweit die Eigentumsfreiheit bei noch nicht erteilten gewerblichen Schutzrechten Anwendung findet. Der EGMR hat in einer Entscheidung hierzu angenommen, dass ein gewerbliches Schutzrecht bereits bei einer beabsichtigten Eintragung Eigentumsschutz entfaltet.⁷⁸¹ Deutlicher urteilte das BVerfG in Bezug auf ein noch nicht erteiltes Patent, das die Eigentumsfreiheit des GG für Patente unabhängig von der Patenterteilung gewährte.⁷⁸² Dieser vorgelagerte Schutz ist auch in Hinblick auf die Patentierungsausschlüsse zu verfolgen. Denn könnte der Staat ohne jegliche Einschränkung die Erteilung von Patenten ausschließen, dann wäre die Eigentumsfreiheit in Bezug auf Patente eine leere Hülle. Die Nichterteilung einer Erfindung, die den allgemeinen Patentvoraussetzungen entspricht und trotzdem nicht als patentierungsfähig angesehen wird, ist eine Einschränkung des geistigen Eigentums. Dies gilt insbesondere für Patente, bei denen die zu schützende Leistung, nämlich die Erfindung, vor der Erteilung geleistet werden muss. Die Patenterteilung ist insofern nur ein staatliches Mittel, um das bereits existierende Eigentum zu schützen. Die Patentierungsausschlüsse müssen daher in Übereinstimmung mit der Eigentumsfreiheit des Art. 1 Zusatzprotokoll EMRK ausgestaltet sein. Insofern ist auch das EPÜ als internationaler Vertrag an die Eigentumsfreiheit gebunden, da alle Vertragsstaaten Mitgliedsstaaten der EMRK sind und die Gewährung der Eigentumsfreiheit ein anerkannter

⁷⁷⁸ *Klopschinski*, in: GRUR Int. 2010, 930 (938).

⁷⁷⁹ *Kunz-Hallstein*, in: GRUR 2011, 1072 (1077).

⁷⁸⁰ EPA G1/05 und G2/08: In den Verfahren wurden die Grundsätze des fairen Verfahrens nach Art. 6 EMRK anerkannt.

⁷⁸¹ EGMR 73049/01 „Anheuser-Busch Inc/Portugal, Budweiser“.

⁷⁸² BVerfG, Urt. v. 15.01.1974 BvL 5/706/70.

Rechtsgrundsatz der Mitglieder ist.

Die Verweigerung des Patents muss daher im Allgemeininteresse vorgenommen werden und den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts entsprechen.⁷⁸³ In Bezug auf Pflanzensorten wird von den Vertragsstaaten des EPÜ immer wieder vorgebracht, dass eine Überlappung mit dem Sortenschutzrecht vermieden werden soll, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Auch wenn die rechtliche Analyse zeigen wird, dass die Unterschiede zwischen Patentrecht und Sortenschutzrecht inzwischen weitestgehend obsolet sind, so kann die Befürchtung der doppelten „Inschutznahme“ zur Begründung des Patentierungsausschlusses anerkannt werden. Dies ist vor allem deshalb gegeben, weil die Schutzrechte von unterschiedlichen Institutionen erteilt werden. Würde der Patentierungsausschluss für Pflanzensorten nicht bestehen, so könnten durchaus für dieselbe Pflanzensorte sowohl Sortenschutzrechte als auch Patentrechte beantragt werden. Dies wäre nicht nur für den Fall zu beachten, dass der Züchter beide Schutzrechte anmeldet, es würde sich vielmehr die Gefahr ergeben, dass ein Dritter das nicht gewählte Schutzrecht selbst anmeldet. Dies wäre durchaus möglich, da durch die Anmeldung des Sortenschutzrechts bzw. Patentrechts Informationen freigegeben werden müssen, die ein Dritter dann verwenden könnte. Ein Kontrollmechanismus, der dies verhindert, scheint nur schwer möglich. Zwar könnte eingeführt werden, dass für eine Pflanzensorte nur ein Schutzrecht beantragt werden kann, die Frage wäre aber dann, wie die unterschiedlichen Erteilungsstellen Doppelungen erkennen können, da sie dafür auf Informationen außerhalb ihrer eigenen Organisation zurückgreifen müssten.

Insofern ist das allgemeine Interesse an einer klaren Abgrenzung der Rechte an Pflanzensorten ausreichend, um den Eingriff in die Eigentumsfreiheit zu rechtfertigen.

a. Einhaltung des Demokratieprinzips

Einerseits liegt dies an der fehlenden Legitimation der Ausgestaltung durch den Verwaltungsrat, die in Bezug auf Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* nicht gegeben ist. Dies führt dazu, dass die Verweigerung des Schutzes für derartige Erzeugnisse nach dem völkerrechtlich anerkannten Gewaltentrennungsprinzip⁷⁸⁴ wohl völkerrechtswidrig sein dürfte. Hier allerdings ist die Frage gegeben, wie dieser Missstand zu

⁷⁸³ So auch: *Ischebeck*, Die Patentierung von Tieren, S. 62, in Bezug auf den Patentierungsausschluss von Tierrassen.

⁷⁸⁴ UN-Resolution 67/1 vom 24.9.2012 — „Erklärung der Tagung der Generalversammlung auf hoher Ebene über Rechtsstaatlichkeit auf nationaler und internationaler Ebene“.

beheben ist. Insbesondere verstärkt durch das Problem, dass die Handlungen innerhalb des EPÜ keiner außerorganisatorischen Kontrolle unterliegen. Für die Einhaltung der Regelungen ist insbesondere die Konferenz der Mitgliedstaaten und der Verwaltungsrat zuständig. Personell gesehen sind beide Gremien gleichbesetzt, nämlich mit Vertretern aus den Mitgliedstaaten. Der große Unterschied der beiden Gremien liegt jedoch in der Art und Weise ihrer Abstimmungsfähigkeit: Der Verwaltungsrat fasst mit einfacher Mehrheit Änderungen, die sodann rechtswirksam werden. Die Konferenz der Mitgliedsstaaten hingegen fasst ihre Entscheidungen einerseits mit einer qualifizierten $\frac{3}{4}$ Mehrheit — und der Mindestanwesenheit von $\frac{3}{4}$ der Vertragsstaaten — und im Anschluss ist eine Ratifikation der Änderungen durch die Mitgliedsstaaten erforderlich, gem. Art. 172 Abs. 2, 3 EPÜ. Dies führt zu einer sehr viel stärkeren Kontrolle der übereinstimmenden Interessen und zu einer nicht zu vernachlässigenden Beteiligung der mitgliedstaatlichen Volksvertretungen. Anders als ein einzelner Regierungsabgeordneter im Verwaltungsrat, ist nämlich durch eine Ratifikation in den nationalen Parlamenten eine breite Legitimation der patentrechtlichen Regelungen gewährleistet. Diese Legitimation sollte insbesondere dann streng beachtet werden, wenn wie im vorliegenden Fall die allgemein gewährte Eigentumsfreiheit eingeschränkt wird. Dies führt nämlich unmittelbar zu dem Ergebnis, dass Züchter ihre Erfindungen, unabhängig von den allgemeinen Erfordernissen der Patentierbarkeit, nicht durch gewerblichen Rechtsschutz schützen können. Ein derartiger Eingriff, wie er durch die Neufassung der Reg. 28 Abs. 2 AOEPÜ vorgenommen wird, muss in besonderem Maße die rechtstaatlichen Regelungen einhalten und darf nicht durch einige wenige Vertreter von mächtigen Vertragsstaaten im Alleingang ohne Beachtung der selbstgesetzten Regelungen umgangen werden. Die hohen Hürden, die das EPÜ hinsichtlich einer Revision aufgestellt hat, tragen gewiss zu einem starren Rechtssystem bei. Dies ist im Bereich des Patentrechts durch die ständige Weiterentwicklung der Technik sicher nicht optimal, es kann aber nicht dazu führen, dass Regelungen zu Lasten von Erfindern und somit zu Lasten des technischen Fortschritts ohne ausreichende Legitimation eingeführt werden.

Unabhängig von dieser rechtlichen Einschätzung wäre es aber auch im Interesse der Vertragsstaaten die Grundsätze des EPÜ aufrechtzuhalten und die selbst gesetzten Regelungen einzuhalten. Nur so kann das EPÜ einen rechtssicheren Rahmen für ihre Anwender bieten und als taugliches Instrument für eine einheitliche Grundlage des Patentschutzes zur Förderung von Innovationen dienen. Wie bereits erwähnt, wird durch die Ratifizierung eine breitete Legitimation erreicht. Diese Legitimation spielt sich aber nicht nur

in den Parlamenten ab, sondern fördert auch den Diskurs im nationalen Meinungskontext. Hierdurch wird gefördert, dass sich sowohl Parlamentarier als auch die Öffentlichkeit vertieft mit den Änderungsthemen beschäftigt. Insbesondere durch die sehr emotional geführten Debatten im Bereich der Patentierbarkeit von genetischem Material und Verfahren der Züchtung wäre es wünschenswert, eine sachgerechte Diskussion in allen Mitgliedsstaaten zu führen, um zu einem gemeinsamen Konsens zu kommen. In dieser Diskussion darf aber nicht vergessen werden, dass es sich bei der Entscheidung weniger um eine ethische Diskussion als um eine verhältnismäßige Abwägung der grundfreiheitlich geschützten Eigentumsfreiheit handelt.

b. Beschränkung auf eingetragene Sortenschutzrechte

Auf der materiellen Seite lässt sich festhalten, dass die Begründung und Ziele des Patentierungsausschlusses nicht mehr zeitgemäß sind und daher nicht mehr als taugliche Schranke für die Eigentumsfreiheitsbeschränkung angesehen werden können. Den Vertragsstaaten des EPÜ würden bessere und weniger eingreifende Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um ihre Ziele zu erreichen. Das Ziel der Verhinderung durch Wertungswidersprüche zwischen Sorten- und Patentrecht kann insofern ausgeschlossen werden, als dass die beiden Schutzrechte, wie oben gezeigt, unterschiedliche Schutzgegenstände zur Grundlage haben. Im seltenen Fall, dass eine Pflanzensorte eine Erfindung darstellt, also der phänotypische Charakter einer Pflanze eine technische Erfindung darstellt, könnte anstatt des grundsätzlichen Ausschlusses für Pflanzensorten ein Ausschluss für diejenigen Pflanzensorten eingeführt werden, die schon durch ein Sortenschutzrecht unter Schutz gestellt sind. Dies würde verhindern, dass ein Züchter für eine Pflanzensorte mehrere Schutzrechte anmelden kann, oder dass ein Dritter eine schon geschützte Pflanzensorte durch ein eigenes Patentrecht nochmals schützt.

Auch ist dieses Argument aufgrund des Gleichlaufs in Bezug auf den Ausschluss für Tier- und Pflanzensorten nicht nachvollziehbar. In Bezug auf Tierrassen macht diese Argumentation schlicht keinen Sinn, da kein Schutzrecht für Tierrassen existiert. Dies zeigt, dass das Argument der widersprüchlichen Schutzrechte wohl nur ein vorgeschobenes Argument zur Rechtfertigung darstellt. Auch hier wird ein weiteres Mal der Einfluss der Pflanzenzüchterverbände sichtbar, die im Vergleich zu den Tierzuchtverbänden eine wesentlich breitere und besser organisierte Lobby aufweisen können.

c. Beschränkung auf *im Wesentlichen biologische Verfahren* ohne hieraus entstandene Erzeugnisse

Auf Grundlage des EPÜ ist es nicht nachvollziehbar, dass der Ausschluss für *im Wesentlichen biologische Verfahren* über den Wortlaut hinaus auch Anwendung findet. Es ist nach allen Regelungen der Auslegung erkennbar, dass der Gesetzgeber des EPÜ nur Verfahren ausschließen wollte. Eine Anwendung darüber hinaus ist mit den herkömmlichen Auslegungsregelungen weder möglich noch scheint dies geboten.

Einerseits ist der Wortlaut der Regelung sehr deutlich. Ausgeschlossen sind Verfahren und nicht Verfahrenserzeugnisse, auch wenn das EPÜ eine Unterscheidung zwischen Verfahren und Verfahrenserzeugnisse kennt, wie Art. 64 Abs. 2 EPÜ. Auch aus den vorbereitenden Arbeiten lässt sich keine Intention erkennen, den Patentierungsausschluss auch auf Erzeugnisse anzuwenden. Dies hat der Verwaltungsrat mehr oder weniger selbst eingestanden, indem eine dahingehende Regelung in Reg. 28 Abs. 2 AOEPÜ eingeführt hat. Neben der oben bereits erwähnten fehlenden Legitimation, sollte auch aus materieller Sicht der Ausschluss auf die Patentierung von Verfahren beschränkt bleiben. Die Vermeidung von Wertungswidersprüchen zum Sortenschutzrecht kann die Erweiterung des Ausschlusses nicht rechtfertigen. Denn sollte bei den Verfahren eine Pflanzensorte entstehen, so greift unabhängig von dem Herstellungsverfahren bereits der Patentierungsausschluss der Pflanzensorte. Auch lässt sich dies argumentativ nicht rechtfertigen, da in Reg. 28 Abs. 2 AOEPÜ auch Tiere von der Patentierung als Verfahrenserzeugnis ausgeschlossen werden, für die kein anderes Schutzrecht erlangt werden kann.

III. Fazit: Patentierungsausschluss unzeitgemäß

Es bleibt somit festzuhalten, dass der Patentierungsausschluss für Pflanzensorten und *im Wesentlichen biologischen Verfahren* nicht mehr zeitgemäß ist. Dies überrascht nicht, wenn man sich die technische Entwicklung seit Abschluss des EPÜ vor Augen führt. Umso erschreckender wirkt, dass die Vertragsstaaten nicht durch eine Lockerung des Patentierungsausschlusses eine Modernisierung angestrengt haben. Vielmehr wurde der pflanzenbasierten Biotechnologie jede Möglichkeit der Patentierung erschwert. Dies kann nur durch die starken Lobbyeinflüsse der konventionellen Pflanzenzüchter und Gegner von biologischer Technik begründet werden. Dass diese Argumente jedoch nicht tragbar sind, um einen derartigen Eigentumseingriff zu rechtfertigen, hat die vorliegende Arbeit deutlich gezeigt.

Bedauerndwert an dieser Stelle ist auch, dass sich die GBK entgegen ihrer jahrzehntelang vertretenen Ansicht zur Anlehnung an die WVK auf politischen Druck nicht mehr an eine systematische Auslegung des EPÜ hält. Die Ausdehnung des Patentierungsausschlusses auf Erzeugnisse aus *im Wesentlichen biologischen Verfahren* kann in keiner Weise überzeugen. Die Überdehnung des Wortlauts ist mit den herkömmlichen Auslegungsregelungen nicht zu erreichen, da sie eindeutig gegen die „ordinary meaning“-Regelung verstößt und auch durch nachrangige Auslegungsregelungen wie einer späteren Übung nicht gerechtfertigt werden kann. Das EPA und die Mitgliedsstaaten machen sich insofern angreifbar, als dass hierdurch Erfinder im Bereich der pflanzenbasierten Biotechnologie in ihrem Recht auf Eigentumsfreiheit ohne Rechtfertigung eingeschränkt werden.

Nichtsdestotrotz sind Sortenschutzrechte auch heute noch von Bedeutung für die Pflanzenzucht und sollten daher bestehen bleiben. Besonders im Bereich der Zierpflanzenzucht sind die äußeren Erscheinungsmerkmale einer Pflanze für die Züchter von erheblichem Wert und durch erhebliche Investitionen und Arbeit geprägt. Allerdings sind die äußerlichen Merkmale meist nicht patentierbar, da die schlichte Änderung eines phänotypischen Merkmals wohl nicht die erforderliche Erfindungshöhe übersteigt. Patentrechte an Pflanzen und Sortenschutzrechte decken schlicht unterschiedliche Bereiche der Züchtung ab und sollten daher parallel anwendbar sein.

Es wäre an der Zeit, auch pflanzenbasierte Erfindungen an den allgemeinen Erfindungsvoraussetzungen zu messen. Hierfür spricht auch die Neuausrichtung des

Europäischen Patentrechts. Die Regelungen für biologische Erfindungen und biologisches Material im EPGÜ schaffen einen ausreichenden Ausgleich zwischen den Interessen der Allgemeinheit und den Interessen der Erfinder. Den Besonderheiten der belebten Natur wird durch anderweitige Regelungen ausreichend Rechnung getragen: einerseits durch die speziellen patentrechtlichen Regelungen für den Schutzzumfang biotechnologischer Erfindungen und andererseits flankiert durch die Regelungen zum Anbau und der Freigabe von gentechnisch veränderten Organismen.

Literaturverzeichnis

- Adrian, Johann Technikentwicklung und Patentrecht, in: Mitt. 1995, 329-338
- Ahrens, Claus Genpatente — Recht am Leben? — Dogmatische Aspekte der Patentierbarkeit von Erbgut, in: GRUR 2003, 89-97
- Alston, Julian/Venner, Raymond The effects of the US Plant Variety Protection Act on wheat genetic improvement, in: Research Policy 2002 (Vol. 31) S. 527-542
- Anger, Christiane/Wagemann, Thorsten Zweifelsfragen bei der Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen – Praktische Hinweise unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BFH, in: IStR 2014, 611-616
- Ann, Christoph Hochschülerfinderwesen in Deutschland—Eine Bestandsaufnahme, in: Deutsches, Österreichisches und Internationales Schadensersatzrecht — Festschrift für Christian Huber, S.17-26, hrsg. von: Danzl/Karl-Heinz, Dauner-Lieb/Barbara, Wittwer/Alexander, München, 2020
(zit: Ann, in: FS Huber)
- Ballreich, Hans/Haertel, Kurt Über koexistentes internationales Recht: Lehren aus dem Europäischen Patentübereinkommen für Theorie und Praxis der Rechtsvereinheitlichung, in: RabelsZ 1989, 331-340
- Barton, Tanja Der "Ordre public" als Grenze der Biopatentierung: Konkretisierung und Funktion der Vorbehalte zum "ordre public" und zum menschlichen Körper in der EG-Biopatent-Richtlinie einschließlich der Umsetzung ins deutsche Recht, Berlin, 2004
- Beck'scher Onlinekommentar Patentrecht
(Beck OK Patentrecht) BeckOK Patentrecht, hrsg. von: Bodewig, Theo/Fitzner, Uwe/Lutz, Raimund, 14. Edition, München, 2019
(zit.: Bearbeiter, BeckOK PatentR)
- Becker, Heiko Pflanzenzüchtung, 3. Auflage, Stuttgart, 2019
- Beier, Friedrich-Karl/Moufang, Rainer Vom deutschen zum europäischen Patentrecht — 100 Jahre Patentrechtsentwicklung im Spiegel der Grünen Zeitschrift, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland — Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Band I, hrsg. Von: Beier, Friedrich-Karl/Kraft, Alfons/Schricker, Gerhard/Wadle, Elmar, Weinheim, 1991, S. 242-321
(zit.: Bearbeiter, in: FS 100 Jahre gewerblicher Rechtsschutz)
- Beier, Friedrich- Karl/Straus, Joseph Gentechnologie und gewerblicher Rechtsschutz, in: Bitburger Gespräche — Jahrbuch 1986/1, hrsg. von: Gesellschaft für Rechtspolitik, Trier, 1986, S. 127-150 (zit.: Bearbeiter, in: Bitburger Gespräche)

- Benkard Europäisches Patentübereinkommen
Benkard Europäisches Patentübereinkommen, Beck'sche Kurz-Kommentare Band 4a, hrsg. Von: Ehlers, Jochen/Kinkeldey, Ursula, 3. Auflage, München, 2019 (zit.: Bearbeiter, in: Benkard EPÜ)
- Benkard Patentgesetz – Gebrauchsmustergesetz Patentkostengesetz
Benkard Patentgesetz — Gebrauchsmustergesetz Patentkostengesetz, Beck'sche Kurz-Kommentare Bd. 4, begr. von: Benkard/Georg, 4. Auflage, München, 2015 (zit: Bearbeiter, in: Benkard PatG)
- Bern, Christina Gabriele
Genome Editing in Zeiten von CRISPR/Cas — Eine rechtliche Analysen in: Recht und Medizin 136, hrsg. von: Deutsch, Erwin/Kern, Bernd-Rüdiger/Kingreen, Thorsten/Laufs, und weitere, Berlin, 2019
- Bernhardt, Rudolf
Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge- insbesondere in der neueren Rechtsprechung internationaler Gerichte, in: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 40. Auflage, hrsg. von: Mosler, Hermann, Köln, 1963.
- Bette, Kristina/Stephan, Michael
Intellectual Property Rights im Bereich Crop Science — aktuelle Herausforderungen der wissensbasierten Bio-Industrie, Discussion Paper on Strategy and Innovation, 2009 (abr. unter: <http://www.uni-marburg.de/fb02/bwl01/forschung/Discussionpapers/09-02>)
- Biber-Klemm, Susette/Cottier, Thomas
Rights to plant genetic resources and traditional knowledge — basic issues and perspectives, Cambridge, 2006 (zit.: Bearbeiter, in: Biber-Klemm/Cottier)
- Binder, Christina
Die Grenzen der Vertragstreue im Völkerrecht, Heidelberg, Oktober 2013
- Bischoff, Jan Asmus
Auslegung des internationalen Einheitsrechts, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts 2009, Hamburg, 2009 (zit.: Bearbeiter, in: HWB EuP 2009)
- Blankeney, Michael
Patenting of plant varieties and plant breeding methods, in: JoEB 2012/3 (Vol.63), S.1069-1074
- Bodewig, Theo
USA – Vorschriften über Pflanzenpatente geändert, in: GRUR Int. 1994, 969.
- Boenigk, Jens/Wodniok, Sabina
Biodiversität und Erdgeschichte, Heidelberg, 2014
- Bönsch, Alexandra
Protokoll der Sitzung des GRUR-Fachausschusses für den Schutz von Pflanzenzüchtungen am 27.10.2017 in Bonn, in: GRUR 2018, 592-594
- Bostyn, Sven J.R.
Patentability of Plants: At the Crossroads between Monopolizing Nature and Protecting Technological Innovation?, in: TJoWIP 2013, 105-149

- Bothe, Michael Die Wiener Konvention über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen und zwischen internationalen Organisationen, in: NJW 1991, 2169-2174
- Brandt, Peter Transgene Pflanzen — Herstellung, Anwendung, Risiken und Richtlinien, 2. Auflage, Basel, 2004
- Bruchhausen, Karl Die Methodik der Auslegung und Anwendung des europäischen Patentrechts und des harmonisierten nationalen Patentrechts— Die Notwendigkeit der Auslegung, in: GRUR Int. 1983, 205-212
- Busche, Jan Die Patentierung biologischer Erfindungen nach Patentgesetz und EPÜ, in: GRUR Int. 1999, 299-306
- Christie, Michael/Nair, Margaux L. Protecting Plant Innovations: Patents in United States, Australia, and New Zealand, in: National Law Review 2017
- Dahm, Georg/Delbrück, Jost/Wolfrum, Rüdiger Völkerrecht Band I/3, 2. Auflage, Berlin, 2002
- Danert, Siegfried Einige Bemerkungen zum Internationalen Code der Nomenklatur für Kulturpflanzen, in: Die Kulturpflanze, Vol. 12/1 (1964), S. 481-487
- Dederer, Hans-Georg Patentability of Genome-Edited Plants: A Convolved Debate, in: ILC 2020 (51), 681-684
- Deutsche Forschungsgemeinschaft Grüne Gentechnik, hrsg. Von: Kleiner Matthias, Weinheim, 2010 (zit.: Bearbeiter, in: Grüne Gentechnik)
- Deutsche Industrievereinigung Biotechnologie Biopatente — Anreiz und unverzichtbarer Motor für Innovation, Frankfurt, 2011
abrufbar unter: <https://www.vci.de/langfassungen-pdf/biopatente-anreiz-unverzichtbarer-motor-fue-innovation.pdf>
- Dybdahl-Müller, Lise Europäisches Patentrecht, 3. Auflage, München, 2009
- Eggeling, Lothar/u. a. Industrielle Mikrobiologie, hrsg. Von: Takors, Ralf, bearbeitet von: Sahn, Hermann/Antranikian, Garabed/Stahmann, Klaus-Peter, Berlin/Heidelberg, 2013
(zit.: Bearbeiter, in: Industrielle Mikrobiologie)
- Faltus, Timo Mutagene(se) des Gentechnikrechts, in: ZUR 2018, 524-534
- Feindt, Peter H. Biopatente – eine Gefährdung für Nutzung und Erhaltung der Agrobiodiversität? Stellungnahme des Beirats für Biodiversität und genetische Ressourcen beim Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, hrs. von: Beirat für Biodiversität und Genetische Ressourcen beim BMELV, Bonn, 2010
- Field, Catherine Negotiating for the United States, in: The making of the TRIPS agreement — personal insights from the Uruguay round negotiations, hrsg. Von: Watal, Jayashree/Taubmann, Antony, Genf, 2015
- Fowler, Cary The Plant Patent Act of 1930: A Sociological History of its Creation, in: JPTOS 2000 (No. 82) Iss. 9, 621-645

- Freitag, Birgit Die Grüne-Gentechnik-Debatte — Der Einfluss von Sprache auf die Herstellung von Wissen, Heidelberg, 2012
- Gasser, Charles/Fraley, Robert Genetically Engineering Plants for Crop Improvement, in: Science, New Series, Vol. 244, Nr. 4910 (Jun. 16, 1989), S. 1293-1299
- Gelinsky, Eva Biopatente und Agrarmodernisierung: Patente auf Pflanzen und ihre möglichen Auswirkungen auf die gentechnikfreie Saatgutarbeit von Erhaltungs- und ökologischen Züchtungsorganisationen, Göttingen 2012
- Gemeinholzer, Birgit Systematik der Pflanzen kompakt, Berlin, 2018
- Gentschew, Spas/Sagromsky, Herta Heterosineffekt und Pigmentgehalt am Beispiel von zwei Hybridtomatensorten und ihren Eltern, in: Die Kulturpflanze, Vol. 11 (1963), S. 507-516
- Gersteuer, Stephan Patente auf Pflanzen und Tiere — Sind Pflanzen und Tiere oder ihre Bestandteile patentierbar?, in: NVwZ 2008, 370-375
- Geuze, Matthijs Some memories of the unique TRIPS negotiations, in: The making of the TRIPS agreement — personal insights from the Uruguay round negotiations, hrsg. von: Watal, Jayashree/Taubmann, Antony, Genf, 2015
- Ghijzen, Huib Intellectual property rights and access rules for germplasm: benefit or straitjacket?, in: Euphytica 2009, 229-234
- Gilmour, John S. L. The International Code for Cultivated Plants with special reference to tropical botanic gardens, in: Garden's Bull. 17 (1958), S. 215-218
- Godt, Christine Geistiges Eigentumsrecht als Instrument zum Erhalt biologischer Vielfalt? Saatgut als Sonderfall, in: Biopatente — Saatgut als Ware und als öffentliches Gut, hrsg. von.: Brandl, Barbara/Schleissing, Stephan, Berlin, 2016
- Godt, Christine Patentschutz in der (Zier-)Pflanzenzucht, in: Julius-Kühn-Archiv 457, S. 28-31
- Godt, Christine Technology, Patents and Markets: The Implied Lessons of the EU Commission's Intervention in the Broccoli/Tomatoes Case of 2016 for Modern (Plant) Genome Editing, in: IIC 2018, 512-535
- Goldmann, Matthias Völkerrechtliche Vereinbarungen und direkte Demokratie, in: ZaöRV 2018, 281-310
- Goldstein, Jorge A. Der Schutz biotechnologischer Erfindungen in den Vereinigten Staaten - Gegenwärtige Praxis und zukünftige Entwicklung, in: GRUR Int. 1987, 310-314
- Götting, Horst- Peter Biodiversität und Patentrecht, in: GRUR Int. 2004, 731-736
- Götting, Horst- Peter Der Begriff des Geistigen Eigentums, in: GRUR 2006, 353-358
- Graaf, Mr. E. S. van de TBK 3.3.2 des Europä* 10.11.1988 EPA T 0320/87- 3.3.2 "Hybridpflanzen/LUBRIZOL"*, GRUR Int. 1990, 629-634

- Gregorowius, Daniel Die ökologische Debatte über gentechnisch veränderte Pflanzen in der Schweizer Landwirtschaft, in: Vierteljahrsschrift der Naturforschenden Gesellschaft in Zürich 1/158, S. 11-21
- Gruber Europäisches und internationales Patentrecht Europäisches und internationales Patentrecht — Einführung zum Europäischen patentübereinkommen (EPÜ) und Patent Cooperation Treaty (PCT), hrsg. von: Gruber, Stefan/Zumbusch, Ludwig von/Haberl, Andreas/Oldekop, Axel, 7. Auflage, Basel, 2012
(zit: Bearbeiter, in: Gruber Europäisches und internationales Patentrecht)
- Gruber, Joachim Muss die Große Beschwerdekammer des EPA bei Auslegungsfragen zur Richtlinie 98/44/EG dem EuGH vorlegen? Besprechung der Entscheidung der Großen Beschwerdekammer des EPA vom 25. November 2008 — G 2/06, in: GRUR Int. 2009, 907-911
- Gupta, Deepak Der rechtliche Schutz wissenschaftlicher Theorien, in: GRUR Int. 2014, 1022-1030
- Hacker, Julian Die fehlende Legitimation der Patentierungsausschlüsse, Tübingen, 2015
- Haedicke, Maximilian Das Verhältnis zwischen der Rechtsprechung der Beschwerdekammern und nachträglich erlassenen Regelnder Ausführungsordnung zum EPÜ, in: GRUR Int. 2019, 885-895
- Haedicke, Maximilian Die Harmonisierung von Patent- und Sortenschutz im Gesetz zur Umsetzung der Biotechnologie-Richtlinie, in: Mitt. 2005, 241-246
- Haedicke, Maximilian Patentrecht, 5. Auflage, Hürth, 2020
- Haedicke, Maximilian/Popp, Andreas Patente auf Ergebnisse von Pflanzenzüchtung: Gar nicht so anders und auch sinnvoll!, in: Mitt. 2018, 1-8
- Haedicke, Maximilian/Timmann, Henrik Handbuch des Patentrechts, hrsg. von: Haedicke, Maximilian/Timmann, Henrik, München, 2020
(zit.: Bearbeiter, in: Haedicke Patentrecht)
- Haertel, Kurt Haertel-Studie– Travaux Préparatoires EPÜ 1973 — „Studie Haertel“ vom 7. Juli 1960
- Happ, Richard Anwendbarkeit völkerrechtlicher Auslegungsmethoden auf das UN-Kaufrecht, in: RIW 1997, 376
- Heberer, Bettina Grüne Gentechnik — Hintergründe, Chancen und Risiken, Wiesbaden, 2015
- Herring, Eva-Maria Biopatentierung und Sortenschutz — Komplementäre Schutzregime oder konfliktträchtiges Spannungsverhältnis, Frankfurt am Main u. a., 2013

- Hellfeld, Axel von Ist nur Technik Stand der Technik? Zum neuen Neuheitsbegriff im Europäischen Patentamt und dessen Anwendung auf rechnergestützte Erfindungen, in: GRUR Int. 2008, 1007-1013
- Hiekel, Susanne Grundbegriffe der grünen Gentechnik — Wissenschaftstheoretische und naturphilosophische Grundlagen, hrsg. von: Gethmann, Carl Friedrich, Berlin/Heidelberg, 2012
- Hodgins, Daniel S. Life Forms Protectable as Subjects of US Patents — Microbes to Animals (Perhaps), in: Applied Biochemistry and Biotechnology (ABaB), 1987, 79-93
- Holthuis, Jan/van der Velden, Marc Plant variety rights versus plant patents: legal developments and frictions in a regional perspective, in: Business Law International 2019 (Vol.20/2), S. 96-136
- Hoßfeld, Uwe/Simunek, Michal/Levit, Georgy 150 Jahre Mendel — Ein Mönch und sein Werk
- Huber, Sigmund Josef Biotechnologie — Begriffe und Techniken für Bearbeiter von Patentsachen, in: Mitt. 1989, 133-137
- Hüttermann, Aloys Die Entscheidung EPA G 03/19 oder die Kunst der autoritätswahrenden Konfliktlösung (?), in: Mitt. 2020, 255-258
- Iljin, W. S. Der biochemische Typus der Pflanzen und die Diagnose der Krankheit, in: Planta Vol. 35, 701-749
- Ischbeck, Gregor Die Patentierung von Tieren — Der Schutz geistigen Eigentums für Erfindungen in der Tierzucht im Rahmen der Biopatentrichtlinie 98/44/EG, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht Nr. 106, Tübingen, 2015
- Jaag, Otto Symbiose und Krankheit bei den Pflanzen, in: Verhandlungen der Schweizerischen Naturforschenden Gesellschaft Band 123, 1943, Vol.1, S. 52-62
- Jacob, Francois/Monod, Jacques Genetic regulatory mechanisms in the synthesis of proteins, in: JMB 3 (1961), 318-356
- Jacobsen, Hans- Jörg Für eine ideologiefreie Pflanzenforschung: Vom Kloostergarten ins Labor, in: Biologie Unserer Zeit 42 (2/2012) S. 107-111
- Jany, Klaus-Dieter/Kiener, C Gentechnik und Lebensmittel, in: Aktuelle Ernährungsmedizin 2003 (Vol.28/4), S. 240-251
- Jarass, Hans D. Charta der Grundrechte der Europäischen Union — unter Einbeziehung der sonstigen Grundrechtsregelungen des Primärrechts und der EMRK — Kommentar, 4. Auflage, München, 2021
- Jewell, Catherine Who benefits from IP rights in agricultural innovation?, in: WIPO Magazine 2015, 4
- Jondle, Robert J./Hill, Krista K/Sanny, Tony Current Legal Issues in Intellectual Property Rights and Protection for Crop Plants, in: Crop Science (Vol. 55) 2015, S. 2496-2503
- Jung, Christian Biotechnologische Methoden in der Pflanzenzüchtung, in: Journal für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit, S.83-85

-
- Kahrmann, Jens/Leggeie, Georg Gentechnikrechtliches Grundsatzurteil des EuGH und die Folgefragen für das deutsche Recht, in; NuR 2018 (40), 761-765
- Kempken, Frank Gentechnik bei Pflanzen — Chancen und Risiken, 5. Auflage, Berlin, 2020
- Keßler, Nora/ Palzer, Christoph Von Mäusen und Antikörpern – Zur Ausführbarkeit von biotechnologischen Erfindungen, GRUR 2020, 1017-1025
- Keukenschrijver, Alfred Sortenschutzgesetz- Deutsches und europäisches Sortenschutzrecht — Kommentar, 2. Auflage, Berlin, 2017
- Kjeldgaard, Richard H./Marsh, David R. Recent United States developments in plant patents, in: Molecular Breeding 1996 (Vol. 2), 95-96
- Kirchner, Ernst Zur Frage der Wiederholbarkeit bei Pflanzenzüchtungserfindungen, in: GRUR 1951, 572-579
- Kleine, Tatjana/Klingelhöfer, Thomas Biotechnologie und Patentrecht- Ein aktueller Überblick, in: GRUR 2003, 1-10
- Klinkhammer, Ferdinand Untersuchungen über Glutaminsynthese und Glutaminsäuredehydrogenase bei *Allomyces arbuscula*, in: Archiv für Mikrobiologie 33 (1959), S. 357-377
- Klopschinski, Simon Die Implementierung von Gemeinschaftsrecht und internationalen Verträgen in das Europäische Patentübereinkommen nach der Revisionskonferenz im Jahr 2000, in: GRUR Int. 2007, 555-562
- Klopschinski, Simon Völkerrechtliche Staatenverantwortlichkeit und Rechte des geistigen Eigentums, in: GRUR Int. 2010, 930-940
- Koch, Josepha G 03/19 — The Struggle of Power Within the EPC, in: GRUR Int. 1027-1031
- Kock, Michael/ Porzig, Susann/ Willnegger, Eva Der Schutz von pflanzenbiotechnologischen Erfindungen und von Pflanzensorten unter Berücksichtigung der Umsetzung der Biopatentrichtlinie, in: GRUR Int. 2005, 183-192
- Kock, Michael/ Vollenberg, Charlotte Protokoll der Sitzung des Fachausschusses für den Schutz von Pflanzenzüchtungen vom 28.10.2019, in: GRUR 2020, 154-157
- Kock, Michael/Zech, Herbert Pflanzenbezogene Erfindungen in der EU — aktueller Stand, in: GRUR 2017, 1004-1013
- Krajewski, Markus Wirtschaftsvölkerrecht, 4. Auflage, Heidelberg, 2017
- Krauß, Jan/Engelhard, Markus Patente im Zusammenhang mit der menschlichen Stammzellforschung- ethische Aspekte und Übersicht über den Status der Diskussion in Europa und Deutschland, in: GRUR 2003, 985-993
- Kraßer, Rudolf Die Rote Taube wird 50 – zur Entwicklung des Patentschutzes von Verfahren zur Züchtung von Pflanzen und Tieren, in: GRUR Int. 2018, 1138-1146
- Kraßer, Rudolf/ Ann, Christoph Patentrecht, 7. Auflage, München, 2016
- Kulescha, Artur Spezifika bei der Bewertung von Biotechnologie- Unternehmen, 2006

- Lange, Peter Abgeleitete Pflanzensorten und Abhängigkeit nach dem revidierten UPOV-Übereinkommen, in: GRUR 1993, 137-143
- Lange, Peter Die Natur des Züchterrechts (Sortenschutzrecht) in Abgrenzung zur patentfähigen Erfindung, in: GRUR Int. 1985, 88-94
- Lange, Peter Patentierungsverbot für Pflanzensorten — Zur Entscheidung der Technischen Beschwerdekammer 3.3.4 vom 21. Februar 1995 — T 356/93, in: GRUR Int. 1996, 586-590
- Lange, Peter Pflanzenpatente und Sortenschutz - friedliche Koexistenz?, in: GRUR 1993, 801-804
- Leßmann, Herbert Das neue Sortenschutzgesetz, in: GRUR 1986, 279-285
- Leßmann, Herbert/Würtenberger, Gert Deutsches und europäisches Sortenschutzrecht — Handbuch, 2. Auflage, München, 2009
- Linderfalk, Ulf What Are the Functions of the General Principles? Good Faith and International Legal Pragmatics, in: ZaöRV 2018, 1-31
- Llewelyn, Margaret/Adcock, Mike European Plant Intellectual Property, Oxford/Portland/Oregon, 2006
- Lubig, Sebastian Mitwirkung der Legislative an völkerrechtlichen Vertragsinterpretationen?, in: JA 2005, 143-146
- Luger, Oskar/Tröstl, Astrid/Urferer, Katrin Gentechnik geht uns alle an! — Ein Überblick über Praxis und Theorie, 2. Auflage, Wiesbaden, 2017
- Luginbühl, Stefan Die neuen Wege zur einheitlichen Auslegung des Europäischen Patentrechts, in: GRUR Int. 20010, 97-103
- Mes, Peter Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz — Kommentar, 5. Auflage, München, 2020
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, München, 2014
- Metzger, Axel Der Schutzzumfang von Patenten auf Pflanzen nach den EPA-Entscheidungen „Brokkoli II“/„Tomate II“, GRUR 2016, 549-555
- Metzger, Axel Legal foundations and future outlook — Biopatent Directive, EPC, German Patent Act, recent developments (including decisions by the Enlarged Board of Appeal) and need for reform, in: Symposium: Patentability of Plants and Animals: Scope for Action and Need for Reform, Berlin, 2021
- Metzger/Zech Sortenschutzrecht — SortG, GSortV, PatG, EPÜ — Kommentar, hrsg. von.: Metzger, Axel/Zech, Herbert, 1. Auflage, München, 2016
(zitiert: Bearbeiter, in: Metzger/Zech)
- Miedaner, Thomas Kulturpflanzen — Botanik-Geschichte-Perspektive, Berlin/Heidelberg, 2014
- Moser, Walter Die Ausnahmen von der Patentierbarkeit nach Art. 53 b) EPÜ, in: GRUR Int. 1998, 209-211
- Mühlemeier, Torsten Gen- und biotechnologische Arbeitsweise für den Biologieunterricht, Wiesbaden, 2017

- Müller, Eva- Maria Die Patentfähigkeit von Arzneimitteln- der gewerbliche Rechtsschutz für pharmazeutische, medizinische und biotechnologische Erfindungen, in: Veröffentlichungen des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim, hrsg. von: Haverkate, Görg/Hillenkamp, Thomas/Kuhlen, Lothar/Laufs, Adolf/Eibe, Riedel/Taupitz, Jochen, Bd. 14, Berlin/Heidelberg 2003
- Müller- Röber, Bernd Grüne Gentechnologie: aktueller Stand und Perspektive für die Zukunft, in: Journal für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit, S. 41-46
- Münchener Gemeinschaftskommentar Europäisches Patentübereinkommen
Europäisches Patentübereinkommen (MünchKommPat) (zit.: Bearbeiter, in: MüGemKomm Art. 53 EPÜ)
- Nack,Ralph/Phelip, Bruno Bericht über die Diplomatische Konferenz zur Revision des Europäischen Patentübereinkommens München 20.- 29. November 2000, in: GRUR Int. 322- 326
- Nettesheim, Martin Das Recht der EU — Band II: EUV/AEUV, hrsg. Von.: Nettesheim, Martin, München, 2019 (zit.: Bearbeiter, in: Das Recht der EU)
- Neumeier, Hans Sortenschutz und/oder Patentschutz für Pflanzenzüchtungen, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber-, Wettbewerbsrecht –Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz, Band 80, Köln/Berlin/Bonn/München, 1990
- Ofer, Tur-Sinai Patents and climate change: A skeptic’s view, in: Environmental Law 2018 (48), S.211-261
- Osterrieth, Christian Patentrecht, 5. Auflage, München, 2015
- Pechmann, Eckehart Freiherr von Über nationale und internationale Probleme des Schutzes mikrobiologischer Erfindungen, in: GRUR 1972, 51-59
- Pechmann, Eckehart Freiherr von Zum Problem des Schutzes gentechnologischer Erfindungen bei Pflanzen durch Sortenschutz und/oder Patente, in: GRUR 1985, 717-725
- Pechmann, Eckehart Freiherr von/Straus, Joseph Die Diplomatische Konferenz zur Revision des Internationalen Übereinkommens zum Schutz von Pflanzenzüchtungen, in: GRUR Int. 1991, 507-511
- Petrig, Anna Sind die parlamentarische Genehmigung und das Referendum im Außenbereich auf völkerrechtliche Verträge beschränkt?, in: ZaöRV 2018, 93
- Pfanner, Klaus Vereinheitlichung des materiellen Patentrechts im Rahmen des Europarats, in: GRUR Int. 1962, 545-554
- Popp, Andreas Licensing platforms, in: Symposium: Patentability of Plants and Animals: Scope for Action and Need for Reform, Berlin, 2021

- Preßler, Uwe Patente als Standortfaktor – Patente im Bereich Biotechnologie, in: Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel? Zustand und Entwicklungen im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung, hrsg. von: Depenheuer, Otto/Peifer, Klaus-Nikolaus, Berlin/Heidelberg, 2008, S. 41-46
- Röbbelen, Gerhard Die Entwicklung der Pflanzenzüchtung in Deutschland (1908-2008) — 100 Jahre GFP e.V. — eine Dokumentation, hrsg. von: Röbbelen/Gerhard, Göttingen, 2008 (zit.: Bearbeiter, in: 100 Jahre GFP)
- Rogge, Rüdiger Patente auf genetische Informationen im Lichte der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten, in: GRUR 1998, 303- 309
- Schachenmann, Beat Die Methoden der Rechtsfindung der Großen Beschwerdekammer, in: GRUR Int. 2008, 702-706
- Schade, Hans Der Schutz neuer Pflanzenzüchtungen — Zugleich ein Bericht über die internationale Konferenz über den Schutz neuer Pflanzenzüchtungen in Paris vom 7.-11. Mai 1957, in: GRUR Int. 1957, 325-331
- Schade, Hans/Frosch, Vera/Weinand, Nadja Patent-Tabelle — Übersicht über materielles und formelles Recht in 56 Ländern und regionalen Organisationen, Köln/München, 2009
- Schade, Hans/Pfanner, Klaus Das internationale Übereinkommen zum Schutz von Pflanzenzüchtungen, in: GRUR Int. 1962, 341-364
- Schatz, Ulrich Zur Patentierbarkeit gentechnischer Erfindungen in der Praxis des Europäischen Patentamts, in: GRUR Int. 1997, 588-595
- Schauzu, Marianna Genetisch veränderte Pflanzen und Lebensmittelsicherheit — Zum Stand der Entwicklung und der Diskussion in der EU, in: Bundesgesundheitsblatt — Gesundheitsforschung-Gesundheitsschutz, 2004, 826-833
- Schenk, Tobias M.H. Untersuchung zur Exzision und zielgerichteten Integration in Weizen (*Triticum aestivum* L.) und Zitterpappelhybriden (*Populus tremula* L. x *P. tremuloides*) mit dem FLP/FRT-Rekombinationssystem, Hamburg, 2008
- Schenke, Ralf P. Auslegung und Rechtsfortbildung — Überlegungen zu Grundfragen der rechtmethoischen Systembildung am Beispiel der „Auslegung gegen den Wortlaut“, in: DStR-Beih 2011, 54-59
- Schindele, Patrick/Wolter, Felix/Puchta, Holger Revolution in der Pflanzenzüchtung — Das CRISPR/Cas-System, in: Biologie Unserer Zeit 48 (2/2018), 100-105
- Schmahl, Stefanie Die völkerrechtsdogmatische Einordnung internationaler Menschenrechtsverträge, in: JUS 2018, 737-743
- Schreider, Claudia Patentierung in der Tierzucht- im Spannungsfeld zwischen geistigem Eigentum und Agrobiodiversität, Forum Wirtschaftsrecht Band 25, hrsg. von: Institut für Wirtschaftsrecht an der Universität Kassel, Kassel, 2019
- Schrell, Andreas Europäisches Patentamt: Technischen Beschwerdekammer 3.3.4 des Europä* 21.02.1995 EPA T 0356/93- 3.3.4 "Pflanzenzellen/PLANTGE, in: GRUR Int. 1995, 978-987

- Schrell, Andreas Plädoyer für eine international harmonisierte Auslegung von Product-by-Process-Ansprüchen im deutschen Patentverletzungsverfahren, in: GRUR Int. 119-124
- Schulte Patentgesetz mit EPÜ Schulte Patentgesetz mit EPÜ– Kommentar, hrsg. von: Schulte, Rainer, 10 Auflage, Köln, 2017 (zit.: Bearbeiter, in: Schulte PatG)
- Schweinsfurth, Theodor Völkerrecht, Tübingen, 2006
- Sebastian, Sascha Geistiges Eigentum als europäisches Menschenrecht, in: GRUR Int. 2013,524-533
- Seitz, Claudia/Kock, Michael A. Wettbewerbsrechtliche Aspekte von Sortenschutz- und Patentlizenzen im Saatgutbereich- Ausgestaltung, Beschränkung und rechtliche Vorgaben für Schutzrechtslizenzen im Bereich des Patent- und Sortenschutzes, in: GRUR Int. 2012, 868-881
- Sellnick, Hans- Joachim Erfindung, Entdeckung und die Auseinandersetzung um die Umsetzung der Biopatentrichtlinie der EU, in: GRUR 2002, 121-126
- Sommer, Tine Patenting the Animal Kingdom? From Cross-Breeding to Genetic Make-Up and Biomedical Research, in: IIC 2008, 139-177
- Sonnewald, Uwe Der Beitrag der Grünen Gentechnik — Ertragssicherheit und — steigerung, in: in Biologie Unserer Zeit 42 (2/2012) S. 112-119
- Spranger, Tade Matthias Ethische Aspekte bei der Patentierung menschlichen Erbguts nach der Richtlinie 98/44/EG, in: GRUR Int. 1999, 595-598
- Staub, Jack E./Gabert, August/Wehner, Todd C. Plant Variety Protection: A Consideration of Genetic Relationships, in: Hort Science 1996 (Vol.31/7), S. 1086-1091
- Steinbrener, Stefan V. Zur Frage der Zulässigkeit einer Vorlage an die Große Beschwerdekammer nach Art. 112 EPÜ, in: GRUR Int. 2008, 713-719
- Sterckx, Sigrid/Cockbain, Julian Exclusions from Patentability — How Far Has the European Patent Office Eroded Boundaries? (Cambridge intellectual property and information law), Cambridge, 2012
- Stölzel, Thomas Ernährung — Gefällig, gesund- und genverändert, in: WirtschaftsWoche 8/2018, 56
- Strachan, Janice M. Intellectual property rights update: Plant variety protection act amendments, in: HortScience, 04/1995 (Vol.30), 186
- Straus, Joseph Biotechnologische Erfindungen — ihr Schutz und seine Grenzen, in: GRUR 1992, 252- 266
- Straus, Joseph Der Schutz biologischer Erfindungen, insbesondere von Pflanzenzüchtungen, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland– Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Band I, hrsg. von: Beier, Friedrich-Karl/Kraft, Alfons/Schricker, Gerhard/Wadle, Elmar, Weinheim, 1991, 364-416 (zit.: Bearbeiter, in: FS 100 Jahre gewerblicher Rechtsschutz)

- Straus, Joseph Ethische, rechtliche und wirtschaftliche Probleme des Patent- und Sortenschutzes für die biotechnologische Tierzüchtung und Tierproduktion, in: GRUR Int. 1990, 913-929
- Straus, Joseph Patentschutz für gentechnologische Pflanzenzüchtungen? — Zum Verbot des "Doppelschutzes" von Pflanzensorten, in: GRUR Int. 1983, 591-597
- Straus, Josepha Pflanzenpatente und Sortenschutz — Friedliche Koexistenz, in: GRUR 1993, 794-800
- Straus, Joseph Rechtsgutachten— zur Frage der Gewährbarkeit von auf transgene Pflanzen und deren Samen gerichteten Erzeugnisansprüchen in der Patentanmeldung EP N. 91810144.5, eingebracht in das Verfahren EPA G 1/98, erstattet von: Ciba-Geigy AG
(zit.: Straus, Rechtsgutachten)
- Straus, Joseph Völkerrechtliche Verträge und Gemeinschaftsrecht als Auslegungsfaktoren des Europäischen Patentübereinkommens — Dargestellt am Patentierungsausschluß von Pflanzensorten in Art. 53 b, in: GRUR Int. 1998, 1-15.
- Straus, Joseph WIPO/UPOV-Sachverständigenausschuß über das Verhältnis zwischen Patentschutz und Sortenschutz — Bericht über die Erste Sitzung vom 29. Januar bis 2. Februar 1990 in Genf, in: GRUR Int. 1990, 617-621
- Streinz EUV/AEUV Streinz EUV/AEUV — Vertrag über die EU Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union Charta der Grundrechte der EU, Beck'sche Kurz-Kommentare Bd. 57, begr. von: Streinz/Rudolf, 3. Auflage, München, 2018
(zit: Bearbeiter, in: Streinz EUV/AEUV)
- Szabo, George S.A. Patent Protection of Biotechnological Inventions European Perspectives, in: IIC 1990, S. 468-479
- Taranto, Francesca/Nicolia,
Alessandro/Pavan,
Stefano/De Vita,
Pasquale/D'Agostino,
Nunzio Biotechnological and Digital Revolution for Climate-Smart Plant Breeding, in: Agronomy 8/2018, 277
- Teschemacher, Rudolf Die Schnittstelle zwischen Patent- und Sortenschutz nach der Revision des UPOV 1991, in: FS Rudolf Nirk — Zum 70. Geburtstag, S. 1005-1017
(zit.: Teschemacher, in: FS Nirk 70. Geburtstag)
- Teschemacher, Rudolf Ein Sonderrecht für mikrobiologische Erfindungen? Zur geplanten Änderung der Regel AOEPÜ, in: GRUR 1979, 444-449
- Thomsen, Hans Christian Die Ausnahme von der Patentierbarkeit nach Art. 53 b) EPÜ und den entsprechenden Rechtsvorschriften der EPÜ-Vertragsstaaten, in: GRUR Int. 1998, 212-215
- Tilmann, Winfried Zum Begriff des „im Wesentlichen biologischen Verfahrens“ zur Züchtung von Pflanzen in Art. 53 lit. b EPÜ, GRUR 2009, 361-364
- Tomiuk, Jürgen/Loeschcke, Grundlagen der Evolutionsbiologie und Formalen Genetik,

- Volker Heidelberg, 2017
- Trips-Hebert,
Roman/Grund, Martin Die Früchte des verbotenen Baumes? Die Patentierung von Stammzellen nach dem „Brüstle-Urteil“ des Bundespatentgerichts und mögliche Fernwirkungen für die pharmazeutische Industrie, in: PharmR 2007, 397-408
- Trüstedt, Wilhelm Patentrecht und Gentechnologie, in: GRUR 1986, 640-645
- U.S. Congress (Office of
Technology Assessment) New Developments in Biotechnology: Patenting Life — Special Report, hrsg. von: Kennedy, Edward M./Miller, Clarence, Washington, 1989
- Visser’s annotated
European Patent
Convention Visser’s annotated European Patent Convention, 2018 Edition, hrsg. von: Visser, Derk, Alphen aan den Rijn, 2019 (zit.: Bearbeiter, Visser’s EPC)
- Vitzhum, Wolfgang
Graf/Proelß, Alexander Völkerrecht, 8. Auflage, Berlin/Boston, 2019
- Vogel, Klaus /Lehner, Moris Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen — Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, hrsg. Von: Lehner, Moris, 6. Auflage, München, 2015 (zit.: Bearbeiter, in: Vogel/Lehner DBA)
- Vorwerk, Volkert Patent und Ethik, in: GRUR 2009, 375-378
- Walter, Doris Klassische und markergestützte Zuchtverfahren — Noch kein Patentrezept für Tomaten und Brokkoli, GRUR-Prax 2010, 329-332
- Walter, Hans Peter Die Auslegung staatsvertraglichen und harmonisierten Rechts: Gewicht und Bedeutung von Entscheidungen ausländischer Gerichte und der Beschwerdekammern des EPA, in: GRUR 1998, 866-871
- Watson, James/Crick,
Francis Molecular Structure of Nucleic Acids: A Structure for Deoxyribose Nucleic Acid, in: Nature 171 (1953), 737-738
- Wehner, Rüdiger/Gehring,
Walter Zoologie, 25. Auflage, Stuttgart, 2013
- Weiss, Gerard Die Gesetzgebungsbefugnisse des Verwaltungsrats der EPÜ: Die Änderung des Übereinkommens und der Ausführungsordnung und die Genehmigung der Verfahrensordnungen der Beschwerdekammern und der Großen Beschwerdekammer, in: GRUR Int. 2008, 726-731
- Williams, Sidney B. Utility product patent protection for plant varieties, in: Trends in Biotechnology 1986, 33-39
- Willnegger, Eva Schutz nicht unterscheidbarer Pflanzensorten, in: GRUR Int. 2003, 815-821
- Winkler, Ulrich Mutation, in: Fortschritt der Botanik, Band 28, S.171-185, hrsg. von: u. a. Bünning/Erwin, Ellenberger/Heinz, Heidelberg, 1966

-
- | | |
|---------------------------------|--|
| Witte, Andreas | Gewaltenteilung im Völkerrecht?, in: AöR, 223-227 |
| Wolf, Christian | Mehr Ökonomie, bitte, in: Editorial JA 09/2019 |
| Wollenschäger, Ferdinand | Die Erga-omnes-Wirkung von EuGH-Urteilen in Vorabentscheidungsverfahren und die TK-Verkehrsdatenspeicherung, in: NJW 2018, 2532-2536 |
| Wuesthoff, Freda/Reda, Heinrich | Kulturpflanzen-Nomenklatur und Pflanzenschutzrechte, in: GRUR Int. 1973, S. 633-635 |
| Württemberg, Gert | Beweisrechtliche Fragen im Sortenschutzverletzungsverfahren, in: GRUR 2004, 566-573 |
| Württemberg, Gert | Der Auskunftsanspruch beim Nachbau von geschützten Pflanzensorten, in: GRUR 2003, 838-845 |
| Württemberg, Gert | Wem gehört die Mutation einer geschützten Pflanzensorte?, in: GRUR 2009, 378-381 |