ex/ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforschung
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 2/2021

Heilung
Guérison
Cure

Philippe Stawiski / Iva Stamenkovic
Pandemiebekämpfung durch gerechte Verteilung von Impfstoffen – eine rechtliche Analyse

Fabian Lütz
Covid-19 als Lackmustest für die Elternzeit in der Schweiz und Europa – rechtliche und verhaltensökonomische Überlegungen

Carlotta Manz
The use of genetic data by private parties: how does the new Swiss legislation address the human rights threats?

Lucile Macheret / Nicolas Paquier
Le droit suisse face à la loi du préau

Micol Ferrario / Marta Taroni
La pathologisation de l'homosexualité : le rôle du droit dans le chemin vers l'interdiction des thérapies de conversion en Suisse

Dissertationsliste des Frühjahrssemesters 2021

NEU
mit Dissertationen Frühjahr 2021

DIKE

Herausgeber / éditeurs
William Barbey (Koordination französischsprachiger Beiträge), Enzo Bastian (Marketing), Stephanie Bernet (Koordination deutschsprachige Beiträge), Claude Eric Bertschinger (Marketing), Suzan Can (Finanzen und Sponsoring), Andrés Payer (Webmaster und Kommunikation), Jan Wenk (Finanzen und Sponsoring), Floris Zuur (Präsidium)

Redakteure / évaluateurs
Tilla Caveng, Clémence Demay, Valérie Dittli, Kaspar Ehrenzeller, Florian Fasel, Pascal Favrod-Coune, Ryan Gauderon, Gabriel Gertsch, Rehana Harasgama, Louise Hauptmann, Manon Joseph, Till Kaufmann, Maya Kiepe, Alex Kistler, Nadia Kuźniar, Natalie Lisik, Kastriot Lubishtani, Aldina Mehmedovic, Michael Meier, Aleksandra Milosevic, Raquel Pochon, Fiona Savary, Roman Schister, Martin Seelmann, David Zandirad

Vertrieb und Abonnementsverwaltung / Diffusion et abonnements
Dike Verlag AG
Weinbergstrasse 41, CH-8006 Zürich
Tel. 044 251 58 30, E-Mail service@dike.ch, www.dike.ch
Erscheint zweimal pro Jahr (Juni, November) / Parution deux fois l'an (juin, novembre)

Abonnementspreis / Prix de l'abonnement
Jahresabonnement / Abonnement annuel:
CHF 74.– inkl. MWSt/TVA incluse
Jahresabonnement Studierende (bitte Kopie der Legitimationskarte beilegen) / Abonnement annuel étudiants (joindre une copie de la carte de légitimation): CHF 59.– inkl. MWSt/TVA incluse
Die Zeitschrift kann auch als Einzelheft bezogen werden / La revue est également vendue sous forme de cahiers séparés

Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. Beanstandungen können nur innert 8 Tagen nach Eingang der Sendung berücksichtigt werden. Für durch die Post herbeigeführte Beschädigungen sind Reklamationen direkt bei der Poststelle am Zustellort anzubringen.
La résiliation de l'abonnement pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période. Seules les réclamations faites dans les huit jours dès réception du numéro seront prises en compte. Les réclamations relatives aux dommages causés par les services postaux doivent être directement adressées à l'office postal de distribution.

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Jeder Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der vorherigen schriftlichen Einwilligung der Dike Verlag AG.
Toute réimpression, reproduction, mise sur microfilm, enregistrement sur un support électronique de données et exploitation sous toute autre forme de chacune des parties de cette revue requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition Dike Verlag AG.

Weitere Informationen zur Zeitschrift, Inserate-, Unterstützungs- und Publikationsmöglichkeiten finden Sie unter www.ex-ante.ch.
Vous trouverez plus d'informations sur la revue, l'insertion d'annonces ainsi que les possibilités de soutien et de publication sur www.ex-ante.ch.

Umschlagbild: © natara – Adobe Stock

ISSN 2297-9174
ISBN 978-3-03891-395-5

myclimate neutral

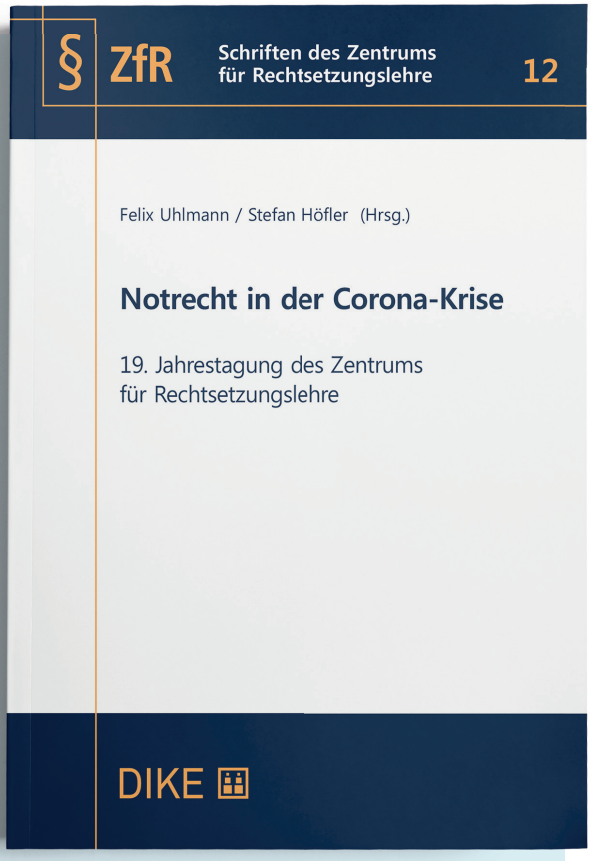
Felix Uhlmann | Stefan Höfler (Hrsg.)

Notrecht in der Corona-Krise

19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre

Die Corona-Krise ist nicht nur ein Stresstest für die Gesellschaft, sondern auch für das Recht. Für viele Fragen, die bisher nur in der Theorie relevant waren, muss man nun praktische Lösungen finden. Dieser Band legt eine erste Beurteilung der Rechtslage vor.

2021, 212 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-03891-351-1
CHF 64.–



DIKE

www.dike.ch/3511

Avant-propos

Chères lectrices, Chers lecteurs,

Alors que la pandémie de coronavirus régente toujours notre quotidien, les enjeux sociaux gouvernent désormais l'actualité d'un monde en quête d'un nouvel élan. Le droit – science humaine et sociale, s'il en est – n'échappe naturellement pas au climat politique de notre époque. Les questions juridiques sont rarement neuves, mais elles jouissent d'un éclairage nouveau, parfois inédit, souvent intensifié par les circonstances. Si cela suscite des réactions variées, la tâche qui incombe aux chercheurs en droit est bien celle de proposer des solutions fondées sur les principes de notre ordre juridique et qui garantissent la permanence de l'État de droit. En accord avec ces considérations générales, le thème générique de la « guérison » est donc celui qui a présidé à l'élaboration de ce cahier 2/2021.

Les deux premières contributions que nous vous proposons portent directement sur les effets de la situation sanitaire que traverse la planète. Philippe Stawiski et Iva Stamenkovic apportent des réponses à la question d'une distribution équitable des vaccins qui doit trouver un équilibre entre la santé publique et la protection de la propriété intellectuelle. Dans la même veine, Carlotta Manz analyse la législation relative à la recherche sur le génome humain et en fait une critique fondée sur les droits fondamentaux. Plus orienté vers des enjeux sociaux, Fabian Lütz propose, après en avoir esquissé les fondements constitutionnels, « un congé parental de crise ». Puis, Lucile Macheret et Nicholas Paquier posent la toujours délicate question du harcèlement en milieu scolaire et de l'efficacité de la réglementation actuelle. Enfin, Micol Ferrario et Marta Taroni s'interrogent sur la nécessité d'une interdiction explicite des thérapies dites de « conversion » dont la pratique perdure encore.

En sus de ces contributions de fond, nous vous proposons, sous la forme d'une liste, une recension des thèses de doctorat en droit issues des universités suisses dans la première partie de l'année 2021. La richesse et la variété des thèses juridiques méritent en effet une certaine mise en exergue permettant à un large public d'y avoir facilement accès et d'en faire le meilleur usage.

William Barbey, LL.M. (Genève)[1]

Vorwort

Geschätzte Leserinnen und Leser

Während die Coronavirus-Pandemie nach wie vor unser tägliches Leben beherrscht, dominieren die Aktualität soziale Themen, in einer Welt auf der Suche nach neuem Atem. Als Geistes- und Sozialwissenschaft wird die Rechtswissenschaft natürlich vom politischen Klima unserer Zeit beeinflusst. Rechtsfragen sind selten neu, aber sie erscheinen durch die Umstände oftmals in (ganz) neuem Licht. In einem Meer von Reaktionen ist es Aufgabe der Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler, Lösungen vorzuschlagen, die auf den Grundsätzen unserer Rechtsordnung beruhen und den Fortbestand des Rechtsstaates gewährleisten. Im Einklang mit diesen Überlegungen trägt diese Ausgabe 2/2021 daher den Titel «Heilung».

Die ersten beiden Beiträge dieser Ausgabe befassen sich unmittelbar mit den Auswirkungen der aktuellen globalen Gesundheitssituation. Philippe Stawiski und Iva Stamenkovic geben Antworten auf die Frage der gerechten Verteilung von Impfstoffen, die ein Gleichgewicht zwischen dem Recht auf Gesundheit und dem Schutz des geistigen Eigentums finden muss. Ferner analysiert Carlotta Manz die Gesetzgebung betreffend die Forschung über das menschliche Genom und legt dabei Probleme mit Blick auf die Menschenrechte offen. Fabian Lütz, der sich mehr an sozialen Fragen orientiert, stützt sich auf verfassungsrechtliche Grundlagen, um eine «Krisen-Elternzeit» vorzuschlagen. Weiter befassen sich Lucile Macheret und Nicholas Paquier mit dem stets heiklen Thema des Mobbings in der Schule und der Effizienz der geltenden Vorschriften. Micol Ferrario und Marta Taroni fragen sich schliesslich, ob ein explizites Verbot der sogenannten «Konversionstherapien», die immer noch praktiziert werden, erforderlich ist.

Zusätzlich zu diesen Beiträgen bieten wir Ihnen eine Liste der rechtswissenschaftlichen Dissertationen, aufgrund derer im ersten Teil des Jahres 2021 an Schweizer Universitäten die Doktorwürde vergeben wurde. Wir sind der Überzeugung, dass der Reichtum und die Vielfalt der juristischen Dissertationen es verdienen, hervorgehoben und einer möglichst breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht zu werden.

William Barbey, LL.M. (Genf)[2]

1 Doctorant et assistant diplômé à l'Université de Lausanne, membre du comité éditorial de la présente revue.

2 Doktorand und wissenschaftlicher Assistent an der Universität Lausanne, Mitglied des Herausgeberteams dieser Zeitschrift.

Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

Pandemiebekämpfung durch gerechte Verteilung von Impfstoffen – eine rechtliche Analyse
Philippe Stawiski / Iva Stamenkovic 3

Covid-19 als Lackmustest für die Elternzeit in der Schweiz und Europa – rechtliche und verhaltensökonomische Überlegungen
Fabian Lütz 14

The use of genetic data by private parties: how does the new Swiss legislation address the human rights threats?
Carlotta Manz 23

Le droit suisse face à la loi du préau
Lucile Macheret / Nicolas Paquier 34

La pathologisation de l'homosexualité : le rôle du droit dans le chemin vers l'interdiction des thérapies de conversion en Suisse
Micol Ferrario / Marta Taroni 43

Dissertationsliste des Frühjahrssemesters 2021 52

Pandemiebekämpfung durch gerechte Verteilung von Impfstoffen – eine rechtliche Analyse

Philippe Stawiski / Iva Stamenkovic*

SCHLAGWÖRTER Covid-19 – Impfstoffe – öffentliche Güter – Recht auf Gesundheit – TRIPS-Abkommen

ZUSAMMENFASSUNG Diskutiert wird eine gerechte Verteilung von Impfstoffen, welche in Anbetracht der TRIPS-Waiver-Debatte ein moralisches Dilemma darstellt. Die rechtliche Evaluation umfasst einerseits die Auseinandersetzung der Problematik unter dem Aspekt der globalen öffentlichen Güter und andererseits den Normenkonflikt zwischen dem Recht auf Gesundheit und dem Schutz geistigen Eigentums. Dieser Normenkonflikt bietet Anlass, den TRIPS Waiver bezüglich der Sistierung von Patentschutzklauseln auf seine Verhältnismässigkeit hin zu prüfen.

RÉSUMÉ La question d'une distribution équitable des vaccins, au regard du débat sur l'exemption des ADPIC, représente un dilemme moral. L'évaluation juridique comprend d'une part la discussion du problème sous l'aspect des biens publics mondiaux et d'autre part le conflit de normes entre le droit à la santé et la protection de la propriété intellectuelle. Ce conflit de normes donne l'occasion d'examiner la dérogation de l'accord sur les ADPIC concernant la suspension des clauses de protection des brevets sous l'angle de sa proportionnalité.

ABSTRACT The moral dilemma concerning the fair distribution of vaccines, in consideration of the TRIPS Waiver debate, is being discussed. The legal analysis evaluates on one hand the problem under the aspect of global public goods and on the other hand the conflict of norms between the right to health and the protection of intellectual property. This conflict of norms provides an opportunity to examine the TRIPS waiver with regard to the suspension of patent protection clauses in terms of its proportionality.

Einleitung

«Ending this pandemic is one of humanities great races, and whether we like it or not, we will win or lose this race together. No country is exceptional and should cut the queue and vaccinate all their population, while some remain with no supply. Science has delivered. Let's not waste the opportunity to protect lives of those more at risk and ensure all economies have a fair shot at recovery.»[1]

Tedros Adhanom Ghebreyesus

Seit dem Ausbruch der Covid-19-Krankheit, welche am 11. März 2020 zur Pandemie erklärt wurde, hält die Welt wortwörtlich den Atem an. Mittlerweile haben sich mehr als 219 Millionen Menschen mit dem Virus angesteckt, wobei 4,55 Millionen Menschen gestorben sind.[2] Ein möglicher Weg, das Virus einzudämmen und einen Hauch von Normalität zurückzuerobern, sind die ersten Impfstoffe wie jene von Moderna, Pfizer und BioNTech. Die Impfstoffe, welche auf jahrelanger akademischer Forschung zu modifizierten RNA basieren, konnten durch die Unterstützung privater Investoren sowie der öffentlichen Hand, welche weltweit 93 Milliarden Euro in die

* Philippe Stawiski, Mlaw, und Iva Stamenkovic, Mlaw, sind wissenschaftliche Mitarbeitende am Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht, Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. iur. Sebastian Heselhaus an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern. Sie sind zudem im Rahmen des NFP 73 «Nachhaltige Wirtschaft» beauftragt, neue rechtliche Strategien im Rahmen des Projekts «Combating Food Waste and Promoting Repair, Changing Patterns of Sale and Consumption as Cornerstones of an Evolving Legal Framework for a Ressource Efficient Circular Economy» zu erarbeiten.

1 WHO Generaldirektor Tedros Adhanom Ghebreyesus in seiner Pressekonferenz zu Covid-19: https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19-8-january-2021, abgerufen am 13. September 2021.

2 https://en.wikipedia.org/wiki/Template:COVID-19_pandemic_data, abgerufen am 13. September 2021.

Entwicklung investierte, innerhalb von zehn Monaten entwickelt werden.[3]

Obwohl die Pharmaunternehmen von der wissenschaftlichen Kooperation und staatlichen Subventionen profitiert haben, wird rigoros am Schutz von geistigem Eigentum und an den Bestimmungen des TRIPS-Abkommens[4] festgehalten. Dieses Abkommen verfolgt das Ziel, einen «wirksamen und angemessenen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums zu fördern und sicherzustellen».[5] Es umfasst u.a. den Patentschutz, insbesondere für neue medizinische Verfahren und Produkte wie Pharmazeutika, medizinische Güter und Dienstleistungen sowie den Schutz von nicht offengelegten Daten, insbesondere Testdaten.[6]

Der Vorwurf der internationalen Gemeinschaft lautet, dass die Haltung der Pharmakonzerne sowie der «Impfnationalismus»[7] reicher Länder zu einem Ungleichgewicht bei der Verteilung von Impfdosen und folglich zu einer Diskriminierung von Entwicklungsländern führe. Um dem entgegenzuwirken, haben mehrere Staaten, unter der Leitung von Indien und Südafrika, einen Antrag bei der Welthandelsorganisation (im Folgenden: WTO) eingereicht und eine Ausnahme der internationalen Patentregeln für die Dauer der Pandemie gefordert mit der Prämisse, dass es sich bei den Impfstoffen um ein globales öffentliches Gut[8] *(global public good)* handle.[9] Viele internationale Organisationen, darunter die Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen (im Folgenden: UN), die UNESCO[10] und die Weltgesundheitsorganisation (im Folgenden: WHO) fordern diesbezüglich den offenen Zugang zu Daten und Informationen.[11]

Das Gleichgewicht zwischen der gerechten Verteilung von Impfstoffen, in Anbetracht eines Rechts auf Gesundheit und des Schutzes geistigen Eigentums, stellt rechtlich sowie moralisch ein Dilemma dar, welches in diesem Aufsatz erforscht werden soll. Diese Fragestellung ist nicht nur für die Covid-19-Impfung relevant, sondern bietet auch einen Denkanstoss für weitere gesundheitliche Bedrohungen, mit welchen wir uns als globale Gesellschaft konfrontiert sehen könnten. Als Erstes wird ergründet, ob eine gerechte Verteilung der Impfstoffe im Hintergrund einer Pandemie als globales öffentliches Gut definiert werden kann (I.). Basierend auf diesen Erkenntnissen wird die Verteilung der Impfstoffe unter dem Recht auf Gesundheit im Lichte des UNO-Pakts I[12] ausgelegt und aufgezeigt, wo die staatsrechtlichen Garantien und Pflichten liegen und wo die Ansprüche enden (II.). Anschliessend wird eine Evaluation des Normenkonflikts zwischen dem Recht auf Gesundheit und den handelsrechtlichen Normen des TRIPS-Abkommens vorgenommen (III.). Weiter wird untersucht, ob im Hinblick auf die Pandemie, unter Berücksichtigung des Rechts auf Gesundheit, Abweichungen des TRIPS-Abkommens gerechtfertigt sind, die über die vorhandenen Flexibilitäten hinausgehen (IV.). Die Synthese berücksichtigt insbesondere die Notwendigkeit einer Suspendierung des TRIPS-Abkommens und die adäquate Funktionalität der herrschenden Ausnahmeregeln. Der Aufsatz soll eine Einschätzung der aktuellen Lage, aber auch Chancen und Perspektiven zur Lösung dieser Problematik aufzeigen.

I. Impfstoffe als «globales öffentliches Gut»

Die Begriffsdefinition der Pandemie als «weltweite, d.h. über Landesgrenzen sowie Kontinente hinausgehende Epidemie (zeitlich als auch örtlich begrenzte Krankheiten)» deutet an, dass die Weltgemeinschaft nur im Kollektiv die aktuelle Covid-19-Pandemie und mögliche zu-

3 https://taz.de/Rechte-an-Corona-Impfstoffen/!5759005/, abgerufen am 13. September 2021.

4 Übereinkommen vom 15. April 1994 über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS-Abkommen, SR 0.632.20).

5 Vgl. Richard Senti, Zukunft der WTO, EuZ 2020, 56 ff., 67.

6 Vgl. Judith Bueno de Mesquita/Paul Hunt/Rajat Khosla, The Human Rights Responsibility of International Assistance and Cooperation in Health, in: Gibney/Skogly (Hrsg.), Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations, Philadelphia 2010, 104 ff., 124.

7 Unter dem Begriff Impfnationalismus versteht man die alleinige Versorgung von Bürgern mit Impfstoffen unter einer isolationistischen Gesundheitspolitik und Beschaffung, https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26484&LangID=E%22%20\l%20%22_ftn18, abgerufen am 13. September 2021.

8 Teilweise wird der Terminus auch als «gemeinschaftliches globales Gut» bezeichnet.

9 A strong call for COVID-19 treatments and vaccines to be global public goods: https://www.internationalhealthpolicies.org/featured-article/a-strong-call-for-covid-19-treatments-and-vaccines-to-be-global-public-goods-world-health-assembly/, abgerufen am 13. September 2021; Resolution WHA73.1, WHO COVID-19 response vom 18. Mai 2020, 6.

10 Organisation der Vereinten Nationen für Bildung, Wissenschaft und Kultur.

11 https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26484&LangID=E%22%20\l%20%22_ftn18, abgerufen am 13. September 2021.

12 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt I, SR 0.103.1).

künftige Pandemien bekämpfen kann.[13] Dabei hängt der globale Erfolg der Weltgemeinschaft von der Kapazität des schwächsten Glieds ab. Konsequenterweise muss es jedem Staat effektiv ermöglicht werden, die innerstaatlichen Auswirkungen der Pandemie zu bewältigen. Die ungleiche Ressourcenverteilung innerhalb der Weltgemeinschaft erschwert die Pandemiebekämpfung in finanziell schwächeren Ländern. Deshalb erscheint eine universelle Zusammenarbeit unumgänglich, um die Pandemie weltweit zu bekämpfen.[14]

Die Generalversammlung der UN hat betreffend den schnellen Zugang und die gerechte Verteilung der Impfstoffe die rechtlich unverbindlichen Resolutionen A/RES/74/270 und A/RES/74/274 verabschiedet.[15] Da die Kriterien des gerechten Zugangs sowie der fairen Verteilung in den Resolutionen jedoch nicht klar definiert sind, erweist sich die rechtzeitige Verfügbarkeit von Impfstoffen für die Weltbevölkerung als ein Problemfaktor.[16] Es stellt sich die berechtigte Frage, ob Impfstoffe als vielversprechende Lösung zur Pandemiebekämpfung als globales öffentliches Gut anerkannt und gerecht verteilt werden müssten.

A. Definition des globalen öffentlichen Guts

Der Terminus des globalen öffentlichen Guts ist ein vornehmlich politischer Begriff, welcher einem stetigen Wandel unterworfen ist.[17]

Öffentliche Güter wie eine intakte Umwelt können als reine Eigengüter ohne konkurrierenden oder ausschliesslichen Gebrauch definiert werden.[18] Dies manifestiert sich in der uneingeschränkten Zugänglichkeit des Guts für alle Staaten, Menschen und über Generationen hinweg, indem es für alle zugänglich ist und die Nutzung anderer Menschen den eigenen Gebrauch nicht verhindert.[19] Bei einer Knappheit der öffentlichen Güter kann es zu einem Schaden für einen Teil der Nutzungsberechtigten kommen. In solchen Fällen können Güter ebenso durch eine politische Entscheidung als öffentlich deklariert werden und ihr Nutzen allen zufliessen, unabhängig von der Tatsache, ob jemand für die Bereitstellung bezahlt hat oder nicht.[20]

Weitergehend erstrecken sich *globale öffentliche Güter* über nationale Grenzen hinweg. Die Bezeichnung eines solchen führt zu einem Handeln der Staatengemeinschaft, um sicherzustellen, dass die Ressource für jeden zugänglich ist.[21] Folglich darf die Nichtexklusivität eines globalen öffentlichen Guts bei einer Unerschwinglichkeit

13 Vgl. https://www.euro.who.int/en/health-topics/communicable-diseases/influenza/pandemic-influenza, abgerufen am 13. September 2021; Pandemie und Epidemie wurden ausgelegt im Sinne des Oxford Dictionary.

14 Daniel Moeckli, Das Klima als globales öffentliches Gut, in: Biaggini/Diggelmann/Kaufmann (Hrsg.), Polis und Kosmopolis, Festschrift für Daniel Thürer, Zürich/St.Gallen 2015, 485 ff., 492.

15 Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 (SR 0.120): Nach Art. 10 der Charta der Vereinten Nationen sind die Resolutionen der Generalversammlung als Empfehlungen völkerrechtlich unverbindlich. Vgl. Global solidarity to fight the coronavirus disease 2019 (COVID-19): https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/087/28/PDF/N2008728.pdf?OpenElement, abgerufen am 13. September 2021; International cooperation to ensure global access to medicines, vaccines and medical equipment to face COVID-19: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/101/42/PDF/N2010142.pdf?OpenElement, abgerufen am 13. September 2021.

16 Vgl. Henrique Zeferino de Menezes, The TRIPS waiver proposal: an urgent measure to expand access to the COVID-19 vaccines, Genf 2021, 3.

17 Vgl. Hans Morten Haugen, Does TRIPS (agreement on trade-related aspects of intellectual property rights) prevent COVID-19 vaccines as a global public good?, The Journal of World Intellectual Property 2021, 195 ff., 197; vgl. Rolf Weber, Realizing a New Global Cyberspace Framework, Publikationen aus dem Zentrum für Informations- und Kommunikationsrecht der Universität Zürich, Zürich 2014, 11.

18 Giulia Neri-Casracane, Interactions between philanthropy and corporate social responsibility, Expert Focus 3/2019, 143 ff., 143; vgl. Christian Seidel, Klimawandel, globale Gerechtigkeit und die Ethik globaler öffentlicher Güter – einige grundlegende begriffliche Fragen, in: Maring (Hrsg.), Globale öffentliche Güter in interdisziplinären Perspektiven, Karlsruhe 2012, 179 ff., 182; Richard Smith/David Woodwards/Arnab Acharya/Robert Beaglehole/Nick Drager, Communicable disease control: a «Global Public Good» perspective, Health policy and planning 2004, 271 ff., 271.

19 David Kelleher, Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century, International Review of Public Administration 2000, 153 ff., 154; Haugen (Fn. 17), 196; Inge Kaul, Through the lens of global public goods: Managing global risks in the national interest, Politorbis 3/2005, 5 ff., 8; Weber (Fn. 17), 11.

20 Richard Gerster/Niklaus Eggenberger-Argote, Globale Gemeinschaftsgüter aus entwicklungspolitischer Sicht, Politorbis 3/2005, 30 ff., 31; Inge Kaul, Global Public Goods – A concept for framing the Post 2015 Agenda?, Bonn 2013, 9.

21 Salma M. Abdalla/Nason Maani/Chatherine K. Ettman/Sandro Galea, Claiming Health as a Public Good in the Post-Covid-19 Era, Society for International Development 2/2020, 200 ff., 202.

der Güter nicht dazu führen, dass die Bezugsberechtigten von der Nutzniessung ausgeschlossen werden.[22]

Des Weiteren nimmt die Nachfrage nach globalen öffentlichen Gütern durch die Globalisierung zu, wobei es zur weltweiten Befriedigung der sozialen Bedürfnisse, unter Berücksichtigung der globalen Herausforderungen, einer internationalen Zusammenarbeit bedarf.[23] Die Schwierigkeit einer Bereitstellung von öffentlichen Gütern liegt hauptsächlich nicht auf nationaler, sondern auf internationaler Ebene, da es keine souveräne globale Regierung gibt, die darüber bestimmen kann.[24] Insbesondere können souveräne Staaten nicht dazu verpflichtet werden, Verträge zur Bereitstellung öffentlicher Güter abzuschliessen.[25]

B. Begriffsanwendung auf Impfstoffe

Grundsätzlich wird die weltweite Sicherung der Gesundheit durch staatliche Kooperation immer mehr als ein globales öffentliches Gut im Sinne einer «*publicness*» angesehen. Hier kann unterschieden werden, ob die Gesundheit selbstständig oder anerkannte Massnahmen zur Förderung der Gesundheit als globales öffentliches Gut von der Gesellschaft anerkannt und geschützt werden können.[26] Ein gesundes Leben für alle Menschen jeden Alters und die Förderung ihres Wohlergehens, insbesondere auch im Kampf gegen übertragbare Krankheiten, wird durch das Ziel Nr. 3 der UN «Sustainable Development Goals» von der Staatengemeinschaft anerkannt.[27] Dabei wird der Zugang zu einer Gesundheitsversorgung und insbesondere auch zu wirksamen, bezahlbaren wie auch hochwertigen Arzneimitteln und Impfstoffen für alle gefordert.[28] In diesem Sinne wäre die Verteilung von Covid-19-Impfstoffen ein wesentlicher Aspekt des Gedankenguts eines globalen öffentlichen Guts, indem es die Solidarität und die Fairness unter den Ländern fördert.[29]

Andererseits kann argumentiert werden, dass die Gesundheit lediglich ein öffentliches Gut ist, wenn sie kostenlos zur Verfügung gestellt werden kann, was nicht auf alle gesundheitsdienenden Güter zutrifft.[30] Impfstoffe als Mittel zur Förderung der Gesundheit werden in einem langen und kostenintensiven Prozess von Wissenschaftlerinnen, Wissenschaftlern und Pharmakonzernen entwickelt, mit dem Ziel, die Ware an den Markt zu bringen. Es handelt sich folglich um Eigengüter, welche unter der Berücksichtigung des geistigen Eigentums nicht per se für alle ohne Einschränkungen zugänglich sind. Dementsprechend sind Impfstoffe keine globalen öffentlichen Güter.

Da beide Ansichten vertretbar erscheinen, ist es sinnvoll, den gerechten Zugang zu Impfstoffen im Lichte des öffentlichen Interesses als globales öffentliches Gut zu evaluieren. Sowohl die Eindämmung als auch die Prävention von Infektionskrankheiten wie der Covid-19-Pandemie sind von grossem öffentlichem Interesse, da die Minderung von Infektionen dem Gemeinwohl (z.B. in der Krankheitsprävention, Vermeidung einer Überlastung des Gesundheitssystems, Minderung wirtschaftlicher Folgen) zugutekommt. Infektionskrankheiten haben globale, gesundheitliche, wirtschaftliche und auch politische Auswirkungen. Dementsprechend kann die Bekämpfung von Infektionskrankheiten mit Impfstoffen als globales öffentliches Gut betrachtet werden – insbesondere durch die globale Verbreitung der Krankheit, die infolge der Verflechtung unserer internationalen Handels- und Reisegewohnheiten erst in dieser Grössenordnung ermöglicht wurde.[31]

Da die internationale Staatengemeinschaft jedoch nicht zu einer Anerkennung der Impfstoffe als globales öffentliches Gut gezwungen werden kann, ist ein multilateraler Konsens im Sinne eines politischen Entscheids eine Lösung, die universelle und erschwingliche Verfügbarkeit von Impfstoffen für alle zu ermöglichen. Denn die Immunisierung einer Person führt bereits zu einem

22 Ames Dhai, Access to COVID-19 vaccines as a global public good: A co-ordinated global response based on equality, justice and solidarity is key, South African Bioethics Law 1/2021, 2 ff., 2; https://www.oecd.org/dac/evaluation/Evaluation-of-Global-Public-Goods-Evalnet-note.pdf, abgerufen am 13. September 2021.

23 Suerie Moon/John-Arne Røttingen/Julio Frenk, Global public goods for health: weakness and opportunities in the global health system, Cambridge 2017, 196.

24 Moon/Røttingen/Frenk (Fn. 23), 197.

25 Kelleher (Fn. 19), 155.

26 Ilona Kickbusch, Gesundheit als globales öffentliches Gut: eine politische Herausforderung des 21. Jahrhunderts, Politorbis 3/2005, 12 ff., 15.

27 https://unric.org/de/17ziele/sdg-3/, abgerufen am 13. September 2021.

28 Vgl. Thurid Bahr, Gesundheit und Menschenrechte: Das Recht auf Gesundheit, in: Bonk/Ulrichs (Hrsg.), Global Health. Das Konzept der globalen Gesundheit, Berlin 2021, 105 ff., 110; Schweizerisches Department für auswärtige Angelegenheiten, Die Umsetzung der Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung durch die Schweiz, 2018, 9.

29 Ladina Zegg, Benefit Sharing – Anspruch auf Teilhabe an Forschungsergebnissen, Diss. Luzern, Zürich 2020, 121; Dhai (Fn. 22), 2.

30 Vgl. Ingolf Metze, Ist Gesundheit ein öffentliches Gut? Zur Bedeutung der Selbstverwaltung in der Krankenversicherung, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 4/1980, 182 ff., 183.

31 Vgl. Lincoln C. Chen/Tim G. Evans/Richard a. Cash, Health as a global public good, in: Kaul/Grunberg/Stern (Hrsg.), Global public goods: International Cooperation in the 21st century, Oxford 1999, 284 ff., 289.

Vorteil für die ganze Weltbevölkerung. Ein solcher politischer Entscheid der internationalen Staatengemeinschaft ist noch nicht gefallen. Diesbezüglich ist es essenziell, die Hindernisse und Chancen im Verhältnis des Rechts auf Gesundheit in menschenrechtlicher Hinsicht zu analysieren und unter den wettbewerbsrechtlichen Aspekten des TRIPS-Abkommens zu beurteilen.

II. Zugang zu Impfstoffen im Lichte des Rechts auf Gesundheit

In Anbetracht der Covid-19-Pandemie und dem internationalen Kontext der Analyse wird das Recht auf Gesundheit mit Schwerpunkt staatlicher Verpflichtungen unter UNO-Pakt I ausgelegt. Hierbei ist anzumerken, dass dessen Justiziabilität[32] kritisch diskutiert wird. Die internationale Rechtsprechung zeigt auf, dass die wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Rechte durchaus einklagbar sein können, was 2008 im Fakultativprotokoll[33] durch die Generalversammlung der UN bestätigt wurde.[34]

Die Schweiz beispielsweise hat das Fakultativprotokoll bislang nicht ratifiziert,[35] weswegen das Bundesgericht wie auch die traditionelle Lehre die Meinung vertreten, dass den sozialen Menschenrechten nach UNO-Pakt I lediglich ein programmatischer Charakter zukommt.[36] Zum Teil wird jedoch die Auffassung vertreten, dass die Rechte aus dem UNO-Pakt I durchaus einen justiziablen Anspruch begründen können.[37]

In der folgenden Diskussion zur gerechten Verteilung von Impfstoffen wird von der im Fakultativprotokoll international teilweise anerkannten Justiziabilität der Rechte im UNO-Pakt I ausgegangen.

A. Recht auf Gesundheit im UNO-Pakt I

Im Jahr 1946 wurde das Recht auf Gesundheit als Menschenrecht in der Verfassung der WHO etabliert und 1949 in Art. 25 der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte im Sinne einer Absichtserklärung ohne Justiziabilität statuiert.[38] Darauf basierend wurde der völkerrechtlich verbindliche UNO-Pakt I erarbeitet, wobei Art. 12 Abs. 1 des UNO-Paktes I das Recht auf Gesundheit als «*das Recht eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit*» etabliert.[39] Bei dieser Definition kann eine Differenzierung zwischen der Gewährleistung eines Rechts auf Gesundheit und dem Schutz der Gesundheitsversorgung vorgenommen werden.[40]

---

32 Der Begriff der Justiziabilität wird teilweise unterschiedlich ausgelegt, wobei einerseits von der materiellen und andererseits von der prozessualen Justiziabilität gesprochen wird. Bei der prozessualen Justiziabilität sind effektive Durchsetzungsmöglichkeiten vorhanden, wobei bei der materiellen Justiziabilität ein quasi-gerichtliches Instrument ausreicht: vgl. Michael Krennerich/Priska Stammiger, Die wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen Menschenrechte: Die Interpretation ist nicht beliebig!, Nürnberger Menschenrechtszentrum, Nürnberg 2004, 11.

33 Fakultativprotokoll vom 10. Dezember 2008: https://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/OPCESCR.aspx, abgerufen am 13. September 2021.

34 https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/armut-sozialrechte/sozialrechte-schweiz-ueberkommene-positionen, abgerufen am 13. September 2021; die Justiziabilität ist u.a. ersichtlich in: Treatment Action Campaign et al. v. Minister of Health et al. Transvaal Provincial Division of the High Court of South Africa, Case No 21182/2001 vom 14. Dezember 2002; Mariela Viceconte v. Argentinian Ministry of Health and Social Welfare, Case No 31.777/96 vom 2. Juni 1998; Jorge Odir Miranda Cortez et al v. El Salvador, Report No. 27/09, Case 12.249, March 20 2009; Purohit and Moore v. The Gambia (Communication No. 241/2001).

35 https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/aussenpolitik/voelkerrecht/internationale-uebereinkommenzumschutzdermenschenrechte/internationaler-pakt-wirtschaftlich-soziale-kulturelle-rechte.html, abgerufen am 13. September 2021.

36 Cristina Bognuda, Die Verletzung des Rechts auf Gesundheit, Diss. Zürich 2011, N 211; Claudia Seitz, Gesundheitsschutz im internationalen Recht und die Ausgestaltung durch Bund und Kantone, ASYL 4/18, 3 ff., 3; Jörg Künzli/Alberto Achermann, Gesundheitsrelevante Rechte inhaftierter Personen im Bereich des Schutzes vor Infektionskrankheiten und Kompetenzen des Bundes zu ihrer Durchsetzung, Bern 2007, 12; Jörg Künzli/Anja Eugster/Alexander Spring, Die Anerkennung justiziabler Rechte im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte durch das Bundes- und das kantonale Recht, Bern 2014, 5; BGE 120 Ia 1, 11, E. 5c; 130 I 113, 123 f., E. 3.3.; 121 V 229, 232 ff., E. 3 ff.

37 Vgl. Künzli/Eugster/Spring (Fn. 36), 45 ff.

38 Seitz (Fn. 36), 3; Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Zur Reichweite des menschenrechtlichen Schutzes im Bereich der Gesundheitsversorgung unter besonderer Berücksichtigung von Art. 9 und 12 ICESCR, WD 2-3000-066/15, 8; Michael Krennerich, Das Menschenrecht auf Gesundheit: Grundzüge eines komplexen Rechts, in: Frewer/Bielefeldt (Hrsg.), Das Menschenrecht auf Gesundheit, Menschenrechte in der Medizin, Band 1, Bielefeld 2016, 57 ff., 58 (zit. Menschenrecht auf Gesundheit).

39 Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag (Fn. 38), 8; Michael Duttwiler, Der Zugang zu Medikamenten im Spannungsfeld zwischen dem internationalen Patentschutz und dem Recht auf Gesundheit, Diss. Freiburg, Zürich 2014, N 297; Krennerich, Menschenrecht auf Gesundheit (Fn. 38), 60.

40 Vgl. Bahr (Fn. 28), 107; Duttwiler (Fn. 39), N 298 f.

Der Artikel definiert die Gesundheit sowohl mittels einer körperlichen als auch einer geistigen Dimension, postuliert aber auch die Subjektivität dieses Anspruchs. Dementsprechend kann eine Person aus dem UNO-Pakt I nicht einen direkten Anspruch ableiten, *per se* gesund zu sein.[41] Art. 12 UNO-Pakt I wird in der unverbindlichen Allgemeinen Bemerkung Nr. 14 des UN-Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (im Folgenden: CESCR) näher bestimmt.[42] Neben dem Recht auf körperliche sowie geistige Unversehrtheit sei ein Rechtsanspruch auf ein funktionierendes Gesundheitssystem essenziell, das den Menschen ermöglichen soll, das individuell höchste Mass an Gesundheit zu erreichen. Damit dies umgesetzt wird, müssen staatliche Gesundheitsleistungen verfügbar, zugänglich, annehmbar und ausreichend sein.[43] Diese Kriterien der Gesundheitsversorgung beinhalten in ihrer Essenz einen diskriminierungsfreien Zugang zu den notwendigen Medikamenten, wobei diese erschwinglich sein sollten.

B. Zugang zu Impfstoffen in einer Pandemie

Zu den Kernelementen in der Gesundheitsvorsorge gehören nach Art. 12 Abs. 2 lit. c UNO-Pakt I die Immunisierung gegen verbreitete Infektionskrankheiten. Dies erfolgt durch die Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Förderung notwendiger Massnahmen zur Vorbeugung, Behandlung und Bekämpfung epidemischer, endemischer, Berufs- und sonstiger Krankheiten.[44]

Der Zugang zu Medizin in Form von Covid-19-Impfstoffen kann als Rechtsanspruch zur Bekämpfung einer Infektionskrankheit unter die Massnahmen nach Art. 12 Abs. 2 lit. c UNO-Pakt I im Sinne einer «obligation to fulfill» subsumiert werden.[45]

Unter der Berücksichtigung, dass das Recht auf Gesundheit nicht nur ein Höchstmass an individuell erreichbarer psychischer sowie physischer Gesundheit beinhaltet, sondern auch die Verpflichtung der Staaten, ein adäquates Gesundheitssystem zu garantieren, kann argumentiert werden, dass den Menschen ebendiese Möglichkeit in ihrem Gesundheitssystem durch die Bereitstellung von Impfstoffen gewährleistet werden sollte.[46] Gesundheitsnotstände wie Ebola, HIV/AIDS oder aktuell die Covid-19-Pandemie zeigen jedoch, dass die Umsetzung eines solchen Anspruchs aus politischen Gründen teilweise nicht angemessen ermöglicht wird.[47]

C. Anwendung extraterritorialer Prinzipien

Aufgrund des Mangels an finanziellen Ressourcen können Entwicklungsländer die Erfüllung des Rechts auf Gesundheit autonom nicht bewerkstelligen und sind deshalb auf internationale Unterstützung wohlhabender Länder angewiesen.[48] Dieses unfreiwillige Abhängigkeitsverhältnis überträgt den wohlhabenden Industrienationen eine besondere Verantwortung, weil diese in finanzieller und struktureller Hinsicht eher in der Lage sind, Phänomene wie Armut, Krankheiten und Hunger zu bekämpfen.[49] Dennoch ist es umstritten, inwiefern Staaten extraterritorialen Verpflichtungen unterliegen, denn das ursprüngliche Konzept der Menschenrechte war nicht auf eine zusätzliche extraterritoriale Anwendung ausgelegt.[50]

Dennoch schreibt der UNO-Pakt I den Mitgliedstaaten vor, die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte gegenüber der eigenen Bevölkerung sowie darüber hinaus auch die Rechte der Bevölkerung anderer Mitgliedstaaten zu respektieren, zu schützen und zu erfüllen.[51]

---

41 Vgl. Krennerich, Menschenrecht auf Gesundheit (Fn. 38), 61, 65.

42 CESCR E/C.12/2000/4, 11. August 2000, General Comment No. 14, https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf/, abgerufen am 13. September 2021.

43 Vgl. Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag (Fn. 38), 14; Bahr (Fn. 28), 107; Duttwiler (Fn. 39), N 322; vgl. Bognuda (Fn. 36), N 97.

44 Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag (Fn. 38), 14; vgl. Bahr (Fn. 28), 108.

45 Vgl. Krennerich/Stammiger (Fn. 32), 24.

46 Duttwiler (Fn. 39), N 418.

47 Bahr (Fn. 28), 105.

48 Michael Krennerich, Soziale Menschenrechte: Zwischen Recht und Politik, Schwalbach am Taunus 2013, 221 (zit. Soziale Menschenrechte); vgl. auch Stefan Diezig, Umweltvertriebene im flüchtlingsrechtlichen und menschenrechtlichen Kontext, Diss. Freiburg 2017, Zürich 2018, 254, 262.

49 Krennerich, Soziale Menschenrechte (Fn. 48), 107; siehe auch Fons Coomans, The Extraterritorial Scope of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Work of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Human Rights Law Review 2011, 1 ff., 23; Bueno de Mesquita/Hunt/Khosla (Fn. 6), 111.

50 Vgl. Michael Krennerich, Die Universalisierung der Menschenrechte, die rechtlichen und politischen Dimensionen im Fokus, ZfP 2009, Band 1, 51 ff., 58 (zit. Universalisierung); Diezig (Fn. 48), 262; Gorik Ooms/Rachel Hammonds, Global constitutionalism, responsibility to protect, and extra-territorial obligations to realize the right to health: time to overcome the double standard (once again), International Journal of Equity in Health 2014, 13:68, 1 ff.

51 CESCR E/C.12/2000/4, 11. August 2000, General Comment No. 14, Ziff. 33; vgl. auch Paul Hunt/Rajat Khosla, Climate change and the right to the highest attainable standard of health, in: Humphreys/Robinson (Hrsg.), Human Rights and Climate Change, Cambridge 2010, 238 ff., 247 f.; Heiner Bielefeldt, Der Menschenrechtsansatz im Gesundheitswesen.

Ebenso argumentiert ein ehemaliger Sonderberichterstatter für das Recht auf Gesundheit, dass eine Bindung rechtlicher Natur existiere, welche die Staaten zur internationalen Zusammenarbeit und Hilfe zwinge.[52] Infolgedessen wird darauf basierend den wohlhabenden Staaten eine Verantwortung zugeschrieben, Entwicklungsländer zu unterstützen, damit diese ihrerseits das Recht auf Gesundheit zu erfüllen vermögen.[53] Eine Mehrzahl der Entwicklungsstaaten befürwortet im Gegensatz zu reicheren Ländern diese Grenzen überschreitende Verantwortung im Zeichen der Humanität.[54] Jedoch müssen weitere Umstände beachtet werden.

D. Grenzen der Extraterritorialität

Gerade in Bezug auf knapp verfügbare Ressourcen wie Impfdosen stellen sich Fragen der Abwägung von Eigen- und Fremdinteressen unter Beachtung des Rechts auf Gesundheit. Grundsätzlich hängt die menschenrechtliche Verantwortung für internationale Hilfe und Zusammenarbeit vor allem von den eigenen Ressourcen ab, welche die Kapazitäten eines Staates ausmachen.[55] Je nach Verfügbarkeit von Ressourcen sollten die Staaten den Zugang zu elementaren medizinischen Einrichtungen in anderen Ländern, wenn immer möglich, erleichtern und auf Anfrage notwendige Hilfe zur Verfügung stellen.[56] Konsequenterweise liegt in den vorhandenen Ressourcen des Staates die variable Grenze der positiven Staatspflicht im extraterritorialen Bereich. Vor dem Hintergrund der Notlage der Entwicklungsländer in der aktuellen Pandemie sind die wohlhabenden Staaten in der Pflicht, die nötigen medizinischen Mittel zur Bekämpfung der Pandemie inkl. Impfdosen zur Erfüllung ihrer humanitären Pflicht zur Zusammenarbeit und Hilfeleistung beizusteuern, soweit es ihre individuelle Ressourcenkapazität zulässt.[57] Jedoch stehen Phänomene wie der isolationistische Impfnationalismus im Widerspruch zu internationalen Menschenrechtsstandards, insbesondere dem Recht auf Gesundheit.[58]

Im Grossen und Ganzen ist die extraterritoriale Anwendung von Menschenrechten eine kontroverse Angelegenheit und hängt schliesslich von der Bereitschaft zur verstärkten Koordination und Kooperation der Staaten sowie von der freiwilligen Mitwirkung von privaten Akteuren ab.[59] Bei Letzteren wird eine zusätzliche Anwendung der Extraterritorialität diskutiert, wonach nicht-staatliche Akteure, allen voran Wirtschaftsunternehmen, unter gewissen Umständen an die Menschenrechte gebunden sein können.[60] Ungeachtet dessen haben sich bereits Exempel für eine öffentlich-private Kollaboration im Rahmen von internationalen Hilfsprojekten wie COVAX, CEPI und ACT während der Pandemie verwirklicht.[61] Diese Unter-

Einige Überlegungen, in: Frewer/Bielefeldt (Hrsg.), Das Menschenrecht auf Gesundheit, Menschenrechte in der Medizin, Band 1, Bielefeld 2016, 19 ff., 50; Antje Heinen, Zwangslizenzerteilung gemäss Artikel 31 TRIPS-Übereinkommen im Hinblick auf den Zugang zu essentiellen Medikamenten, Diss. Giessen, Frankfurt am Main etc. 2004, 34.

52 Paul Hunt, Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Addendum: Mission to Sweden. A/HRC/4/28/Add.2. 28 February 2007.

53 Hunt/Khosla (Fn. 51), 240; Krennerich, Soziale Menschenrechte (Fn. 48), 222 ff.; Diezig (Fn. 48), 254; vgl. auch Bognuda (Fn. 36), N 168 f., wonach internationale Hilfe und Zusammenarbeit ein grundlegendes Element der Verwirklichung sozialer Rechte aus dem UNO-Pakt I darstellen und durch den Umstand der globalen ungleichen Verhältnisse verstärkt wird.

54 Bueno de Mesquita/Hunt/Khosla (Fn. 6), 112.

55 Bueno de Mesquita/Hunt/Khosla (Fn. 6), 113; Bielefeldt (Fn. 51), 50.

56 CESCR E/C.12/2000/4, 11. August 2000, General Comment No. 14, Ziff. 40; vgl. auch Elif Askin, Extraterritorial Human Rights Obligations of States in the Event of Disease Outbreaks, in: Vierck/Villarreal/Weilert (Hrsg.), The Governance of Disease Outbreaks, International Health Law: Lessons from Ebola Crisis and Beyond, Baden-Baden 2017, 205.

57 Das CESCR trägt allen Staaten die Pflicht zur internationalen Zusammenarbeit und Hilfeleistung auf, siehe dazu CESCR E/1991/23, 14. Dezember 1990, General Comment No. 3, Ziff. 14; vgl. auch zur verstärkten Pflicht in Notsituationen CESCR E/C.12/2000/4, 11. August 2000, General Comment No. 14, Ziff. 40 «States parties have a joint and individual responsibility, in accordance with the Charter of the United Nations and relevant resolutions […] to cooperate in providing disaster relief and humanitarian assistance in times of emergency […]. Each State should contribute to this task to the maximum of its capacities […]. Moreover, given that some diseases are easily transmissible beyond the frontiers of a State, the international community has a collective responsibility to address this problem. The economically developed States parties have a special responsibility and interest to assist the poorer developing States in this regard.»; vgl. auch Askin (Fn. 56), 206.

58 Vgl. https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26484&LangID=E#_ftn18; vgl. auch https://leidenlawblog.nl/articles/the-effect-of-vaccine-nationalism-and-the-global-right-to-health; http://infojustice.org/archives/43030, abgerufen am 13. September 2021.

59 Bielefeldt (Fn. 51), 51.

60 Vgl. Krennerich, Universalisierung (Fn. 50), 58 mit weiteren Literaturhinweisen.

61 Globale Projekte zur humanitären Verteilung von Impfstoffen gegen Covid-19 sind die COVAX Facility von der WHO zusammen mit den privat-öffentlichen Impfstoff-Allianzen Gavi (Global Alliance for Vaccines and Immunizations) und CEPI (Coalition for Epidemic Preparedness Innovations) und in Partnerschaft mit UNICEF. COVAX und COVAX Facility

stützung der Entwicklungsländer durch die wohlhabenden Staaten bestätigt, dass es sich um ein gemeinsames Anliegen aller Länder handelt, die Gesundheit der Weltbevölkerung zu wahren.[62] Angesichts der Abwägung des TRIPS Waiver stellt sich vorerst die Frage, inwiefern das Recht auf Gesundheit im TRIPS-Abkommen unter pandemischen Zuständen beachtet wird und seine Wirkung auch in Bezug auf patentrechtliche Zusammenhänge entfalten kann.

III. Verhältnis der Menschenrechte im internationalen Handelsrecht in Bezug auf das TRIPS-Abkommen

Das Verhältnis der Menschenrechte zum TRIPS-Abkommen äussert sich in einem Normenkonflikt zwischen dem Patentschutz und dem Standpunkt eines universellen Zugangs zu Medikamenten. Beim TRIPS-Abkommen wird die Ansicht vertreten, dass die Erforschung und Entwicklung zukünftiger Medikamente vom Patentrecht geschützt werden muss und nur in Ausnahmefällen Beschränkungen dieses Schutzes gewährt werden dürfen. Beim Recht auf Gesundheit wird das Leben von Menschen vor den handelsrechtlichen Normen priorisiert, wobei die Ansicht vertreten wird, dass der Patentschutz eher durch Profitmaximierung als Schutz der Forschungsentwicklung vorangetrieben wird.[63]

Fakt ist, dass der Zugang zu lebensnotwendigen Medikamenten für einen Drittel der Weltbevölkerung unerreichbar bleibt, wobei das Monopol an Patentrechten als treibende Kraft der Verwehrung des Zugangs zu essenziellen Arzneimitteln betrachtet wird.[64] Ein Wendepunkt kam 2001 mit der Deklaration von Doha,[65] wobei ein Paradigmenwechsel innerhalb des TRIPS-Regimes angestrebt und das Recht auf Gesundheit gefördert werden sollte.[66] Die Umsetzung des «Vorrangs des Rechts auf Gesundheit vor dem Recht auf geistiges Eigentum» wird jedoch seither, auch im Zuge der Covid-19-Pandemie, kritisch hinterfragt. Die geltenden Regeln des Schutzes von geistigem Eigentum, inkl. seiner Ausnahmen wie Zwangs- oder vertragliche Lizenzen, würden ein Regime der sozialen Ungerechtigkeiten schaffen, indem sie einem Selbstzeck dienen und für die faire Verteilung von Impfstoffen oder zur medizinischen Entwicklung hinderlich sind. Diese stringente Aufrechterhaltung des Patentschutzes hätte unter solchen Umständen keine Rechtfertigung und würde das Recht auf Gesundheit verletzen.[67]

Bei diesem Normenkonflikt muss allerdings berücksichtigt werden, dass sich die Systeme diametral unterscheiden. Menschenrechte werden Individuen auf Basis einer ihnen innewohnenden Würde anerkannt, wobei die Normen des WTO-Systems nicht an Individuen verliehen werden, sondern als handelsbezogene Rechte eine instrumentalisierte Zielsetzung verfolgen. Ungeachtet dessen sollte die WTO bei ihrer grenzüberschreitenden Zusammenarbeit die Menschenrechtsgarantien beachten, auch wenn sie die Stärkung der wirtschaftlichen Freiheit zum Ziel hat.[68] Dieses Spannungsverhältnis kann einen gerechten Zugang zu Impfstoffen hemmen, jedoch kann eine konstruktive Auseinandersetzung auch neue Lösungen hervorbringen.

IV. Rechtfertigung einer Suspendierung des TRIPS-Abkommens

Die Antragsteller des TRIPS Waiver fordern eine dezentrale Diversifizierung und Produktionserhöhung der Covid-19-Impfstoffe. Die aktuelle ausserordentliche Lage vermag nach ihrer Ansicht temporäre Abweichungen von völkerrechtlichen Verträgen zugunsten der öffentlichen Gesundheit zu rechtfertigen.[69] Ihre Forderungen erstre-

gehören der Dachorganisation «Access to COVID-19 tools» (ACT, deutsch: Zugang zu Covid-19-Instrumenten) an.

62 Vgl. CESCR E/C.12/2000/4, 11. August 2000, General Comment No. 14, Ziff. 38: «the existing gross inequality in the health status of the people, particularly between developed and developing countries, as well as within countries, is politically, socially and economically unacceptable and is, therefore, of common concern to all countries».

63 Saskia Scholz/Klaus D. Wolf, Ordnungswandel durch Umkehrung einer Normenhierarchie: Der Schutz geistigen Eigentums und das Recht auf Gesundheit, KSFK-Report Nr. 5/2014, 19.

64 Scholz/Wolf (Fn. 63), 2 ff.; Duttwiler (Fn. 39), N 348.

65 Die Erklärung von Doha zum TRIPS-Übereinkommen und zur öffentlichen Gesundheit vom 14. November 2001.

66 Vgl. Christoph Herrlich, Internationale Menschenrechte als Korrektiv des Welthandels: Eine Vertragskonkurrenz im Spannungsfeld von Pharmapatentschutz und den Zugang zu Medikamenten, Münster 2005, 1; Duttwiler (Fn. 39), N 123.

67 Vgl. Scholz/Wolf (Fn. 63), 10 ff.

68 Vgl. Klaus D. Bleiter, Establishing Conformity Between Trips and Human Rights: Hierarchy in International Law, Human Rights Obligations of the WTO and Extraterritorial State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in: Ullrich/Hilty/Lamping/Drexl (Hrsg.), TRIPS plus 20: From Trade Rules to Market Principles, Berlin Heidelberg 2016, 445 ff., 450; vgl. Haugen (Fn. 17), 197.

69 WTO, Waiver from Certain Provisions of the Trips Agreement for the Prevention, Containment and Treatment of Covid-19:

cken sich u.a. auf die Suspendierung der Patentrechte zugunsten der am wenigsten entwickelten Mitgliedsstaaten der UN nach Art. 66 Abs. 1 des TRIPS-Abkommens, solange die Bedrohung für die Gesundheit der Weltbevölkerung durch die Covid-19-Pandemie anhält.[70] In der revidierten Fassung vom 25. Mai 2021[71] soll die Beendigung der Massnahmen erst nach drei Jahren erfolgen, unter der Bedingung einer vorzeitigen, praktischen und flexiblen Auflösung der Suspendierung der TRIPS-Normen.[72]

Am 4. Juni 2021 reichte die Europäische Union ihre Mitteilung über dringliche handelspolitische Massnahmen gegen die Pandemie ein, wobei diese auf die Auflösung von Exportbeschränkungen abzielt.[73] Der Fokus liegt auf der Ausweitung der Produktion, indem die Nutzung von Zwangslizenzen vereinfacht werden soll, damit die Pandemie ein Ende findet. Das Augenmerk des europäischen Vorschlags liegt auf der Beibehaltung der geistigen Eigentumsrechte, um die Innovationsbereitschaft mit dem damit verbundenen Lizenzsystem aufrechtzuerhalten. Dabei soll die Sicherstellung eines gerechten weltweiten Zugangs zu Impfstoffen nicht gefährdet werden.[74]

Zur Beurteilung der Anträge muss untersucht werden, ob die herrschende Flexibilität des TRIPS-Abkommens (insb. dessen Art. 31) in der derzeitigen Versorgungsknappheit aufgrund der pandemischen Lage eine ausreichende Option zur weltweiten Beendigung der Pandemie verkörpert oder nicht.

A. Flexibilität des TRIPS-Abkommens

Das TRIPS-Abkommen kann und sollte nach der Deklaration von Doha in einer Weise ausgelegt und umgesetzt werden, die öffentliche Gesundheit zu schützen und vor allem den Zugang zu Medikamenten für alle zu fördern.[75] Das System des TRIPS-Abkommens kennt in Bezug auf den Durchbruch der patentrechtlichen Exklusivität von pharmazeutischen Produkten sogenannte Flexibilitäten, wie vertragliche Lizenzen[76] und Zwangslizenzen[77]. Letztere wurden in der Doha-Deklaration als Mittel anerkannt, um das Zusammenwirken der globalen Gesundheitssysteme zu verbessern.[78] Ihre Erteilung ist an mehrere Bedingungen geknüpft. Neben anderen Voraussetzungen[79] muss der potenzielle Lizenznehmer sich nach Art. 31 lit. b TRIPS-Abkommen im Vorfeld erfolglos bemüht haben, beim Patentinhaber eine vertragliche Lizenz zu angemessenen Bedingungen zu erlangen. Davon darf abgewichen werden, sofern ein Rechtfertigungsgrund nach Art. 31 lit. b TRIPS-Abkommen vorliegt: Krise der öffentlichen Gesundheit, nationaler Notstand oder sonstige Umstände von äusserster Dringlichkeit sowie bei unterlassener beziehungsweise ungenügender Ausübung von vertraglichen Lizenzen oder im Fall des öffentlichen Interesses.[80] Angesichts der aktuellen Pandemie kommt

Communication from India and South Afrika, 2nd October 2020, IP/C/W/669.

70 David G. Legge/Sun Kim, Equitable Access to COVID-19 Vaccines: Cooperation around Research and Production Capacity is Critical, Journal for Peace and Nuclear Disarmament 2021, 73 ff., 89.

71 Der Vorschlag (IP/C/W/669) wurde an Virusmutationen der Covid-19-Pandemie angepasst. Von zentraler Bedeutung bleibt die Diversifizierung von Produktion und Versorgung. Siehe revidierter Vorschlag vom 25. Mai 2021 (IP/C/W/669/Rev.1).

72 Vgl. revidierter Vorschlag vom 25. Mai 2021 (Fn. 71), Ziff. 5 & Annex Decision Ziff. 2.

73 WTO, Urgent Trade Policy Responses to the Covid-19 Crisis: Intellectual Property, Communication from the European Union to the Council for TRIPS, 4th June 2021, (IP/C/W/68).

74 https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/trip_09jun21_e.htm, abgerufen am 13. September 2021.

75 WTO, Ministerial Conference Fourth Session, Doha, 9–14 Nov. 2001, Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, WT/MIN(01)/DEC/2 (2001); vgl. Asher Alkoby, Improving Access to Essential Medicines: International Law and Normative Change, in: Forman/Kohler (Hrsg.), Access to Medicines as a Human Right, Implications for Pharmaceutical Industry Responsibility, Toronto 2010, 46 ff., 57; Kathrin Rüegsegger, Die erste Revision des TRIPS-Abkommens, sic! 2017, 501 ff., 501; Duttwiler (Fn. 39), N 121 ff.

76 Nach Art. 28 Abs. 2 TRIPS-Abkommen haben die Patentinhaber das Recht, Vertragslizenzen auszugeben.

77 Art. 31 TRIPS-Abkommen regelt die Zwangslizenz, die dem Mitgliedstaat die Erlaubnis erteilen, ohne oder gegen den Willen des Patentinhabers Handlungen vorzunehmen, die normalerweise seiner Zustimmung bedürfen. Vgl. Duttwiler (Fn. 39), N 146; Nerina Boschiero, Intellectual Property rights and public health: an impediment to access to medicines and health technology innovation, Stato, Chiese e pluralismo confessionale 22/2017, 24 ff.

78 WTO, Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, Decision of General Council, WT/L/540 (2003); vgl. Rajat Khosla/Paul Hunt, Human Rights Responsibilities of Pharmaceutical Companies, in: Forman/Kohler (Hrsg.), Access to Medicines as a Human Right, Implications for Pharmaceutical Industry Responsibility, Toronto 2010, 25 ff., 35.

79 Vgl. die weiteren Vorgaben nach Art. 31 lit. a – lit. l TRIPS-Abkommen, dazu ausführlich Rüegsegger (Fn. 75), 503.

80 Rüegsegger (Fn. 75), 503; Heinen (Fn. 51), 102 f.; Claudia Ridder, Die Bedeutung von Zwangslizenzen im Rahmen des TRIPS-Abkommens, unter besonderer Berücksichtigung des Spannungsverhältnisses zwischen patentrechtlichen Vorgaben und gesundheitspolitischen Erfordernissen, Diss. Münster, Heidelberg 2004, 80 ff.

insbesondere die Fallgruppe des nationalen Notstands[81] in Betracht.[82]

Im Allgemeinen sind Entwicklungsländer, die über keine eigenen Produktionsmöglichkeiten verfügen, vom Import von Medikamenten aus dem Ausland abhängig.[83] In dieser Hinsicht ist es besonders problematisch, dass Zwangslizenzen vorwiegend («predominantly») auf den Binnenmarkt beschränkt sind, da sie nach Art. 31 lit. f TRIPS-Abkommen zur Deckung des inländischen Bedarfs gedacht sind.[84] Nur der Export von Überschüssen ist grundsätzlich erlaubt.[85] Folglich ist es Entwicklungsländern ohne ausreichende Herstellungskapazitäten aufgrund der Exportbeschränkung in Art. 31 lit. f TRIPS-Abkommen kaum möglich, von Zwangslizenzen zu profitieren. In Entwicklungsländern wird der effektive Zugang zu Medikamenten dadurch besonders erschwert.[86]

Jedoch steht seit Inkrafttreten der Revision des TRIPS-Abkommens im Jahr 2017[87] den Mitgliedstaaten mit Art. 31bis TRIPS-Abkommen[88] die Möglichkeit offen, bei unzureichenden Produktionskapazitäten in Entwicklungsländern eine Zwangslizenz für Exporte zu erteilen, um die Versorgung mit Arzneimitteln in den am wenigsten entwickelten Ländern sicherzustellen. Zusätzlich beschränkt sich die angemessene Vergütung auf eine einmalige Leistungspflicht.[89] Doch nach Ansicht der Antragsteller stellt der langwierige Prozess unter Art. 31bis TRIPS-Abkommen ein grosses Hindernis bei der raschen Bekämpfung der Pandemie dar. Nach ihrer Meinung würden die Patentinhaber von wirksamen Arzneimitteln für die Bekämpfung der Pandemie wohl kaum an unrentablen Hilfsprojekten teilnehmen und auf den Patentschutz freiwillig verzichten. Weiter wird bemängelt, dass aufgrund des «Opt-out» von Industrienationen bei Zwangsexportlizenzen wichtige Exportländer für eine hohe Distributionskapazität fehlen. Das gegenwärtige Lizenzsystem des TRIPS-Abkommens schränkt die Anzahl an Ländern massiv ein, die durch Zwangsexportlizenzen an medizinische Güter gelangen können, wobei finanzstarke Entwicklungsländer und Schwellenländer von der Regelung Art. 31bis TRIPS-Abkommen keinen Gebrauch machen können, auch wenn sie über keine geeigneten Produktionsstätten verfügen.[90]

V. Verhältnismässigkeit der Suspendierung

Nach der World Health Assembly vom 19. Mai 2020 soll die Covid-19-Pandemie unter Beachtung des TRIPS-Abkommens und seiner Flexibilitäten in internationaler Zusammenarbeit erfolgreich bekämpft werden.[91] Gleicher Ansicht sind die Menschenrechtsexpertinnen und -experten der UNO, welche die Flexibilitäten des TRIPS-Abkommens für die Bewältigung der globalen Gesundheitskrise als ausreichend ansehen und zu deren Gebrauch auffordern.[92] Als Folge einer Suspendierung würden die Erfordernisse zur Erteilung einer Zwangslizenz mit ihren Beschränkungen zwar wegfallen, doch somit wären alle anderen Flexibilitäten ausrangiert – auch die vertraglichen Lizenzen als kooperatives Mittel. Damit würde die nötige Basis für den internationalen Innovationsschutz fehlen und gleichzeitig eine Rechtsunsicherheit geschaffen.[93] Daraus folgend würden Investitionen in die Entwicklung neuer Heilmittel ausbleiben, weil nur bei einem existierenden Patentschutz die Rendite garantiert ist.[94] Eine Suspendierung erscheint in Anbetracht solcher Folgen für die investitions- und innovationsabhängige Phar-

81 Heinen (Fn. 51), 82 f.; s.a. WTO, Ministerial Conference, WT/MIN(01)/DEC/W/2, wonach Epidemien einen nationalen Notstand ausmachen. Zur Krankenhausüberlastung als Indiz für eine Epidemie vgl. Ridder (Fn. 80), 183.

82 Nach dem Max-Planck-Institut liegt bei einer Pandemie ein Grund nach Art. 31 lit. b TRIPS-Abkommen vor. Vgl. Reto M. Hilty/Pedro Henrique D. Batista/Suelen Carls/Daria Kim/Matthias Lamping/Peter R. Slowinski, Covid-19 and the Role of Intellectual Property, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 7 May 2021, München 2021, 4.

83 Heinen (Fn. 51), 104.

84 Rüegsegger (Fn. 75), 503; Ridder (Fn. 80), 98 f.

85 Ridder (Fn. 80), 98 f.

86 Ridder (Fn. 80), 100, 184 ff.; Bueno de Mesquita/Hunt/Khosla (Fn. 6), 126.

87 https://www.wto.org/english/news_e/news17_e/trip_23jan17_e.htm, abgerufen am 13. September 2021.

88 WTO-Generalrat, Änderung des TRIPS-Übereinkommens vom 8. Dezember 2020, WT/L/641, Art. 31bis TRIPS.

89 Vgl. Art. 31bis Abs. 1 & 2 & Annex Art. 2(a)(ii), dazu ausführlich Haugen (Fn. 17), 8; Rüegsegger (Fn. 75), 503 f.

90 Vgl. Legge/Kim (Fn. 70), 89, 104, 111, 117; s.a. https://www.keionline.org/33388, abgerufen am 13. September 2021.

91 WHO, Seventy-third World Health Assembly, COVID-19 response, 19th May 2020, WHA73.1.

92 https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26484&LangID=E#_ftn18, abgerufen am 13. September 2021.

93 https://www.mpg.de/16557172/patentschutz-corona-impfung, abgerufen am 13. September 2021.

94 Zur Kollaborations- und Innovationsfeindlichkeit des TRIPS Waiver (IP/C/W/669) siehe https://www.mpg.de/16557172/patentschutz-corona-impfung; https://www.fuw.ch/article/patentschutz-im-corona-zeitalter/; https://www.chemanager-online.com/news/covid-19-kein-patentschutz-der-pandemie, alle abgerufen am 13. September 2021.

maindustrie als unverhältnismässiges Mittel,[95] da es sich nicht nur auf die Produktion von Heilmitteln gegen die Pandemie beschränkt, sondern auch u.a. die Offenlegung von Krebsforschung mit sich ziehen könnte.[96]

In diesem Sinne ist der Vorschlag der EU vom 4. Juni 2021 im Hinblick auf eine vereinfachte Nutzung der Zwangslizenzen und gleichbleibendem Investitions- und Innovationsschutz die mildere Variante. Folglich stellt eine Suspendierung sämtlicher patentrechtlicher Regelungen des TRIPS-Abkommens im Vergleich zur europäischen Lösungsvariante eine unverhältnismässige Massnahme dar.

VI. Fazit

Die noch währende Debatte bei der WTO zum TRIPS Waiver, der im Oktober 2020 eingereicht wurde, zeigt deutlich auf, dass es sich um eine sehr komplexe Angelegenheit handelt, die durch viele Interessenkonflikte geprägt ist. Um ein Heilmittel gegen Covid-19 für sämtliche Staaten zu entwickeln, müssen Kompromisse in Kauf genommen und Lösungen gesucht werden, die das Recht auf Gesundheit nach Art. 12 UNO-Pakt I für die gesamte Weltbevölkerung im Zeitpunkt einer Pandemie zu erfüllen vermögen. Bislang fehlt es an einem politischen Akt, der Impfstoffe zur Bekämpfung einer Pandemie als globale öffentliche Güter anerkennt. Dennoch üben die gegenwärtige Pandemie und das Ungleichgewicht der Ressourcen einen humanitären Druck auf Industrieländer aus. Die solidarischen Bemühungen der internationalen Gemeinschaft im Rahmen von Kooperationsprojekten wie COVAX und ACT tragen zur Verbreitung der Impfstoffe bei und stehen im Zeichen eines globalen öffentlichen Guts. Mithin weist der extraterritoriale Aspekt des Rechts auf Gesundheit vor allem den wohlhabenderen Mitgliedstaaten die Aufgabe zur Hilfe und Zusammenarbeit in gesundheitlichen Krisen zu. Auf diese Weise erhalten Entwicklungsländer die nötigen medizinischen Ressourcen, um das Menschenrecht auf Gesundheit der eigenen Bevölkerung zu erfüllen. Dabei darf aber die eigene Ressourcenkapazität der Industrienationen nicht unbeachtet bleiben. Der Spielraum des TRIPS-Abkommens achtet das Recht auf Gesundheit. Das über Jahrzehnte entwickelte TRIPS-Abkommen dürfte im Namen der Rechtssicherheit und dessen Fortbestandes auch während einer Pandemie nicht an Gehalt verlieren, sofern seine Flexibilität zugunsten von Entwicklungsländern angewendet wird, die mangels Infrastrukturen über keine eigene Produktionskapazität verfügen. Schliesslich ist die Suspendierung des TRIPS-Abkommens mit der Gefahr verbunden, dass der Innovationsschutz ausgeschaltet wird und damit gleichzeitig das Interesse an Investitionen in Forschung und Entwicklung solcher Impfstoffe sinkt. Deshalb stellt der TRIPS Waiver für die Lösung des weltweiten Impfstoff-Engpasses ein unverhältnismässiges Mittel dar.

---

95 Zur Unverhältnismässigkeit der Forderungen des TRIPS-Waiver (IP/C/W/669) vgl. Hilty/Batista/Carls/Kim/Lamping/Slowinski (Fn. 82), 6.

96 Vgl. https://www.mpg.de/16557172/patentschutz-corona-impfung, abgerufen am 13. September 2021.