Susanne von Saint André

Genetische Ressourcen und traditionelles Wissen

Zugang, Teilhabe und
Rechtsdurchsetzung

Universitätsdrucke Göttingen

Susanne von Saint André
Genetische Ressourcen und traditionelles Wissen

This work is licensed under the
[Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/) License 3.0 “by-nd”,
allowing you to download, distribute and print the
document in a few copies for private or educational
use, given that the document stays unchanged
and the creator is mentioned.

erschieden in der Reihe der Universitätsdrucke
im Universitätsverlag Göttingen 2013

Susanne von Saint André

Genetische Ressourcen und traditionelles Wissen

Zugang, Teilhabe und
Rechtsdurchsetzung

Universitätsverlag Göttingen
2013

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Autorenkontakt

Susanne Freifrau von Saint André

e-mail: susanne.vonsaintandre@googlemail.com

Dieses Buch ist nach einer Schutzfrist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den OPAC der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar und darf gelesen, heruntergeladen sowie als Privatkopie ausgedruckt werden. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Steffen Herrmann

Umschlaggestaltung: Franziska Lorenz

Titelabbildungen:

http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Gel_electrophoresis_2.jpg

(Author: Mnolf)

<http://commons.wikimedia.org/wiki/File:STLUC-kafee-unreif.jpg>

(Author: Bgabel)

Reisernte 2: Manfred Schütze / pixelio.de

© 2013 Universitätsverlag Göttingen

<http://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-86395-082-8

Inhaltsübersicht

Einleitung.....	1
A. Gegenstand der Untersuchung.....	1
B. Gang der Untersuchung.....	5
1. Teil: Die Schutzgegenstände: Genetische Ressourcen und traditionelles Wissen im Kontext der Bioprospektion und der sog. Biopiraterie.....	7
A. Begriffsbestimmungen: Genetische Ressourcen, traditionelles Wissen, biotechnologische Erfindung und Biopiraterie.....	7
2. Teil: Die Regelungen über den Zugang zu genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen	31
A. Die Zugangs- und Teilhabeordnung des Übereinkommens über die Biologische Vielfalt	31
B. Zusammenfassung und Bewertung.....	60
3. Teil: Regionale und nationale Regelungen für die Umsetzung der Zugangs- und Teilhabeordnung der CBD	63
A. Die Umsetzung der CBD in den sog. klassischen Ressourcengeberstaaten.....	64
B. Regelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten	109
C. Regelungen in anderen Ressourcengeberstaaten	161
D. Zusammenfassung und Bewertung.....	186
E. Umsetzung der CBD-Prinzipien zum Zugang zu genetischen Ressourcen in den Nachfragestaaten bzw. Nutzerstaaten	190
F. Zusammenfassung und Bewertung:.....	211

4. Teil: Möglichkeiten der Durchsetzung von Rechten an genetischen Ressourcen nach geltendem Recht.....	213
A. Phasen der sog. Biopiraterie.....	214
B. Rechtliche Mittel zur Unterbindung des konventionswidrigen Erwerbs und der Nutzung (ausländischer) genetischer Ressourcen.....	219
C. Mögliches Vorgehen nach Einfuhr genetischer Ressourcen bei Nichtbeachtung der Zugangsregelung eines anderen Staates mit den Mitteln des Privatrechts	226
D. Ergebnis.....	267
5. Teil: Entwicklungen zur Schaffung internationaler Regelungen	271
A. Durchsetzung von Rechten an genetischen Ressourcen und traditionellem Wissen mit Hilfe des Patentrechts.....	273
B. Das internationale Regime zum Zugang zu genetischen Ressourcen und zum gerechten Vorteilsausgleich.....	298
6. Teil: Schlussfolgerungen und Ausblick	345
Literaturverzeichnis	353

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	1
A. Gegenstand der Untersuchung.....	1
B. Gang der Untersuchung.....	5
 1. Teil: Die Schutzgegenstände: Genetische Ressourcen und traditionelles Wissen im Kontext der Bioprospektion und der sog. Biopiraterie.....	 7
A. Begriffsbestimmungen: Genetische Ressourcen, traditionelles Wissen, biotechnologische Erfindung und Biopiraterie.....	7
I. Genetische Ressourcen	9
II. Traditionelles Wissen.....	11
1. <i>Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities</i>	12
2. <i>Inter-American Commission on Human Rights (IACHR)</i>	15
3. <i>World Intellectual Property Organization (WIPO)</i>	17
4. Das Übereinkommen über die biologische Vielfalt (CBD).....	21
5. Zusammenfassung.....	22
III. Der Begriff der Biopiraterie.....	24
1. Hintergrund.....	24
2. Die Bedeutung der Bioprospektion.....	26
3. Der Begriff der Biopiraterie in dieser Arbeit.....	28
 2. Teil: Die Regelungen über den Zugang zu genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen	 31
A. Die Zugangs- und Teilhabeordnung des Übereinkommens über die Biologische Vielfalt	31

I.	Einleitung.....	31
II.	Das Übereinkommen über die Biologische Vielfalt (CBD)	32
III.	Der rechtliche Rahmen nach der CBD: Der Zugang zu genetischen Ressourcen und Vorteilsteilhabe nach der CBD.....	33
IV.	Die Zugangsordnung der CBD	34
1.	Genetische Ressourcen und der Anspruch auf gerechte Teilhabe im Kontext der CBD.....	34
2.	Der Zugang: ein tatsächlicher Vorgang	34
3.	Das souveräne Recht der Staaten an genetischen Ressourcen.....	35
a.	Die Reichweite des Souveränitätsrechts an genetische Ressourcen	37
(1)	Art. 4 (a) CBD	37
(2)	Anknüpfungspunkte: Ursprung und Erwerb oder Belegenheit der genetischen Ressource	38
(a)	Anknüpfung an den Ursprung und den Erwerb – Art. 15 Abs. 3 CBD	39
(b)	Anknüpfung an die Belegenheit.....	40
(c)	Problem: Anknüpfung des Souveränitätsrechts im Falle des konventionswidrigen Erwerbs – Regelungslücke in der CBD	40
b.	Ergebnis	41
4.	Regelungsbefugnis für den Zugang zu genetischen Ressourcen	43
a.	Adressaten der Zugangs- und Teilhabeordnung der CBD	43
b.	Inhalt der Regelungsbefugnis	44
5.	Grundsätze des Zugangs zu genetischen Ressourcen	45
a.	Vorherige informierte Zustimmung.....	45
(1)	Die Parteien des PIC-Verfahrens	46
(2)	Die Beteiligten des PIC-Verfahrens auf der Nachfragerseite.....	46
(3)	Die Beteiligte des PIC-Verfahrens auf der Ressourcengeberseite	47
b.	Einvernehmlich vereinbarte Bestimmungen	48
6.	Die Vorteilsbeteiligung – Grundsätze der Teilhabegebote der CBD	48
a.	Begünstigte und Verpflichtete	49
(1)	Staaten als Begünstigte.....	49
(2)	Staaten als Verpflichtete	50

b. Forschungsbeteiligung und Verlagerung.....	50
c. Ergebnisbeteiligung.....	51
d. Technologietransfer.....	52
e. Ergebnis und Bewertung.....	54
V. Die CBD und das traditionelle Wissen.....	54
1. Art. 8 lit. j CBD.....	55
2. Traditionelles Wissen und der Zugang zu genetischen Ressourcen .	56
VI. Die CBD und die sog. Biopiraterie.....	57
VII. Die CBD und der Schutz des geistigen Eigentums – Art. 16 CBD.....	58
B. Zusammenfassung und Bewertung.....	60
 3. Teil: Regionale und nationale Regelungen für die Umsetzung der Zugangs- und Teilhabeordnung der CBD.....	 63
A. Die Umsetzung der CBD in den sog. klassischen Ressourcengeberstaaten.....	64
I. Die Zugangsregelungen in der Andengemeinschaft.....	65
1. Entstehungsgeschichte.....	65
2. Die Rechtsordnung der Andengemeinschaft.....	70
3. Regionale Biodiversitätsstrategie für die Mitgliedstaaten der Andengemeinschaft	74
II. Der Beschluss 391 der Andengemeinschaft: Ziele und Anwendungsbereich.....	76
III. Aufbau des Beschlusses 391 der Andengemeinschaft.....	78
IV. Verfahrensablauf für den Zugang zu genetischen Ressourcen nach dem Beschluss 391	79
1. Anwendungsbereich.....	80
2. Behördenorganisation und Zuständigkeit.....	81
3. Das Zugangsverfahren.....	82
a. Der Antrag und seine Zulassung.....	82
b. Der Zugangsantrag und die Resolution 414 zum Beschluss 391	84
c. Die Nationale Unterstützende Einrichtung – <i>Institución Nacional de Apoyo</i>	84
d. Die Evaluierung und die Entscheidung durch behördlichen Bescheid	85

e.	Der nachfolgende Abschluss eines Zugangsvertrages.....	86
(1)	Vertragstypen.....	86
(2)	Der Zugangsvertrag (Hauptvertrag).....	87
(3)	Der Zugangsvertrag und die Resolution 415 zum Beschluss 391	88
(4)	Anhang zum Hauptvertrag (Annexvertrag).....	89
(5)	Akzessorische Verträge	90
f.	Materiellrechtliche Sondervorschriften	91
g.	Entstehung des Zugangsrechts	91
(1)	Art. 17 Beschluss 391 – Mindestanforderungen inhaltlicher Art.....	92
(2)	Art. 19 Beschluss 391 – Vertraulichkeit.....	93
(3)	Art. 45 Beschluss 391 – Zugangsbeschränkungen	93
h.	Sondervorschriften zu Ausbildung, Forschung und Technologietransfer	94
i.	Kosten des Verfahrens	94
V.	Der Beschluss 391 und das traditionelle Wissen	94
VI.	Der Beschluss 391 und die Frage des Eigentums am biologischen Material.....	98
VII.	Der Beschluss 391 und die Vorgaben der CBD.....	99
VIII.	Das Sanktionssystem des Beschlusses 391 bei Nichtbeachtung der Zugangsvorschriften	101
1.	Verwaltungsrechtliche Sanktionen.....	101
2.	Versagung von gewerblichen Schutzrechten.....	102
IX.	Zusammenfassung und Bewertung.....	105
B.	Regelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten	109
I.	Der Zugang zu genetischen Ressourcen in Bolivien.....	110
1.	Rechtlicher und institutioneller Rahmen.....	111
2.	Verfahrensablauf für den Zugang zu genetischen Ressourcen	112
a.	Der Antrag.....	113
b.	Die Evaluierung	113
c.	Der Vertrag	114
3.	Die Berücksichtigung des traditionellen Wissens.....	114
4.	Zusammenfassung und Bewertung	115
II.	Der Zugang zu genetischen Ressourcen in Ecuador.....	117

1. Rechtlicher und institutioneller Rahmen	117
a. Die ecuadorianische Biodiversitätsstrategie und die Regelungsvorhaben.....	117
b. Bereits bestehende Regelungen	118
2. Überblick über den Verfahrensablauf für den Zugang zu genetischen Ressourcen nach nationalem Recht	119
a. Der Zugang zu biologischen Ressourcen	119
b. Der Zugang zu genetischen Ressourcen.....	120
3. Die Verordnung zur Umsetzung des Beschlusses 391	121
a. Der Antrag	121
b. Die Evaluierung	123
c. Der Vertrag	124
4. Die Verordnung und Forschungsgenehmigungen	126
5. Sondervorschriften	127
6. Regelungen betreffend die Rechte der indigenen, lokalen und afro-ecuadorianischen Gemeinschaften	127
7. Die Verordnung und das traditionelle Wissen	127
a. Der Zugangsvertrag zu genetischen Ressourcen und das damit verbundene traditionelle Wissen: Art. 34–38 der Verordnung	128
b. Die Regelungen zum Konsultationsprozess	128
c. Rechtsnatur des Konsultationsprozesses	129
d. Die vorherige Konsultation (sog. <i>Consulta Previa</i>) und die ecuadorianische Verfassung	130
e. Form	132
f. Ergebnis	133
8. Zusammenfassung und Bewertung	134
III. Der Zugang zu genetischen Ressourcen in Kolumbien	135
1. Rechtlicher und institutioneller Rahmen	135
2. Verfahrensverlauf für den Zugang zu genetischen Ressourcen	137
a. Der Antrag	138
b. Die Evaluierung	138
c. Der Vertrag	139
3. Die Zugangsregelungen Kolumbiens und der Schutz des traditionellen Wissens	139
4. Zusammenfassung und Bewertung	140

IV.	Der Zugang zu genetischen Ressourcen in Peru.....	141
1.	Rechtlicher und institutioneller Rahmen	144
2.	Verfahrensablauf für den Zugang zu genetischen Ressourcen	144
a.	Der Antrag	145
b.	Die Evaluierung	145
c.	Der Vertrag	145
3.	Der Schutz des traditionellen Wissens in Peru	146
a.	Das Gesetz 27811	146
	(1) Schutzgegenstand, Schutzzumfang und Rechtsdurchsetzung	148
	(2) Begriff der <i>Public Domain</i> nach dem Gesetz 27811	150
	(3) Das Registersystem.....	152
	(4) Der Lizenzvertrag bei kommerziellen Nutzungsvorhaben	154
	(5) Der Entwicklungsfonds für indigene Völker	157
4.	Zusammenfassung und Bewertung	158
V.	Gesamtzusammenfassung und Bewertung.....	159
C.	Regelungen in anderen Ressourcengeberstaaten	161
I.	Brasilien.....	161
1.	Rechtlicher und institutioneller Rahmen	163
2.	Verfahrensablauf für den Zugang zu genetischen Ressourcen	164
a.	Der Antrag	165
b.	Die vorherige informierte Zustimmung.....	166
c.	Der Vorteilsausgleich.....	167
d.	Der Zugangsvertrag	167
e.	Der Schutz des traditionellen Wissens durch die <i>Medida Provisória</i> 2.186.16/01	168
3.	Zusammenfassung und Bewertung	170
II.	Die Philippinen	170
1.	Rechtlicher und institutioneller Rahmen	171
2.	Verfahrensablauf für den Zugang zu genetischen Ressourcen	174
3.	Der Schutz des traditionellen Wissens	177
4.	Zusammenfassung und Bewertung	178

III.	Costa Rica	179
1.	Verfahrensverlauf für den Zugang zu genetischen Ressourcen	181
2.	Der Schutz des traditionellen Wissens	183
3.	Das Herkunftszertifikat – <i>Certificado de Origen</i>	184
4.	Zusammenfassung.....	184
D.	Zusammenfassung und Bewertung.....	186
E.	Umsetzung der CBD-Prinzipien zum Zugang zu genetischen Ressourcen in den Nachfragestaaten bzw. Nutzerstaaten	190
I.	Umsetzungsbestrebungen auf EU-Ebene	190
1.	Umsetzungsbestrebungen im Bereich des Naturschutzes i.w.S.....	190
2.	Umsetzungsbestrebungen mit Auswirkungen auf das europäische Patentrecht	195
II.	Umsetzungsbestrebungen in den EU-Mitgliedstaaten	196
1.	Umsetzungsbestrebungen der EU-Mitgliedstaaten im Bereich des Naturschutzes i.w.S.....	197
2.	Umsetzungsbestrebungen der Mitgliedstaaten mit Auswirkungen auf das Patentrecht.....	202
III.	Umsetzungsbestrebungen in den Vereinigten Staaten von Amerika.....	205
IV.	Umsetzungsbestrebungen in Kanada.....	209
F.	Zusammenfassung und Bewertung:.....	211
4. Teil:	Möglichkeiten der Durchsetzung von Rechten an genetischen Ressourcen nach geltendem Recht.....	213
A.	Phasen der sog. Biopiraterie.....	214
I.	Prospektion oder Sammeln	214
II.	Die (biotechnologische) Erfindung	215
III.	Patentanmeldung, Kommerzialisierung	215
IV.	Ergebnis und Bewertung	216
B.	Rechtliche Mittel zur Unterbindung des konventionswidrigen Erwerbs und der Nutzung (ausländischer) genetischer Ressourcen.....	219
I.	Verhinderung der Einfuhr unzulässig erlangter genetischer Ressourcen durch Grenzkontrollen.....	219
1.	Bestimmungen des Artenschutzes.....	219
2.	Weitere Regelungen.....	222

II.	Strafrechtliche Sanktionen der unzulässigen Erlangung genetischer Ressourcen	223
III.	Bewertung	225
C.	Mögliches Vorgehen nach Einfuhr genetischer Ressourcen bei Nichtbeachtung der Zugangsregelung eines anderen Staates mit den Mitteln des Privatrechts	226
I.	Anspruchsinhaber/Anspruchsberechtigter	226
II.	Sanktionsmöglichkeiten aufgrund des Privatrechts	228
	1. Mögliche Hindernisse für den Erwerb und die Weiterveräußerung	228
	2. Nichtigkeit von Erwerbs- und Weiterveräußerungsgeschäften wegen §§ 134 und 138 BGB	228
III.	Arten der Beteiligung des Berechtigten am wirtschaftlichen Erfolg von biotechnologischen Erfindungen	232
	1. Partizipation entsprechend der aktuellen Gesetzeslage im Anmeldestaat	233
	a. Ansprüche aus Vertrag/Vertragsverletzung	234
	b. Anspruch auf Gewinnverteilung, § 722 BGB	234
	c. Schadensersatzansprüche aus entgangenem Gewinn, §§ 280, 281, 252 BGB	235
	d. Erfinderrechtliche Vindikation, § 8 PatG	237
	e. Ansprüche aus §§ 946 ff. BGB	240
	f. Schadensersatzansprüche aus Delikt, §§ 823 ff. BGB	241
	g. Ungerechtfertigte Bereicherung, §§ 812 BGB	242
	h. Geschäftsanmaßung / angemaßte Eigengeschäftsanmaßung (GoA), §§ 677 BGB	243
	i. Ergebnis	245
	2. Nicht-Partizipation – Patentangriff nach dem Patentgesetz des Anmeldestaates	246
	a. Das Europäische Patentübereinkommen	246
	b. Neuheit, Art. 54, 55 EPÜ	250
	c. Widerrechtliche Entnahme, Art. 60, 61 EPÜ	254
	d. Verstoß gegen <i>ordre public</i> , Art. 53 (a) EPÜ	255
	e. Offenbarung, Art. 83 EPÜ	256
	f. Zwischenergebnis	257
IV.	US-amerikanisches Patentrecht	257

a. Neuheit	260
b. Zwischenergebnis	261
c. Exkurs: weitere Regelungen.....	263
V. Beschluss 486 der Andengemeinschaft	264
D. Ergebnis.....	267
5. Teil: Entwicklungen zur Schaffung internationaler Regelungen	271
A. Durchsetzung von Rechten an genetischen Ressourcen und traditionellem Wissen mit Hilfe des Patentrechts	273
I. TRIPs-Mindeststandards im Bereich des Patentrechts	274
II. Verankerung der CBD-Zugangsregelungen in das TRIPs-Übereinkommen.....	278
1. Verbot der Patentierung ressourcenbasierter Erfindungen.....	279
2. Offenlegung der Herkunft als Voraussetzung für die Patentanmeldung oder -erteilung.....	280
a. Berechtigte Nutzung von genetischen Ressourcen und/oder traditionellem Wissen als Patenterteilungsvoraussetzung – Art. 27 Abs. 1 TRIPs	283
b. Ausschluss vom Patentschutz – Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs	284
c. Formelle Patentierungsvoraussetzung – Art. 29 TRIPs.....	287
d. Einführung eines neuen Art. 29bis TRIPs.....	292
e. Ergebnis	293
3. Regionale Vorläufermodelle zum Thema Offenlegung der Herkunft	296
a. EU-Biopatentrichtlinie	296
b. Der Beschluss 486 der Andengemeinschaft	297
B. Das internationale Regime zum Zugang zu genetischen Ressourcen und zum gerechten Vorteilsausgleich.....	298
I. Die <i>ABS Working Group</i>	301
II. Das Mandat der <i>ABS Working Group</i> bis zur COP 10	309
1. Rechtsnatur	313
2. Anwendungsbereich und wesentliche Elemente	314
3. Zwischenergebnis	315
III. Rechtliche Ausgestaltungsmöglichkeiten des internationalen ABS-Regimes.....	317
1. Der Begriff des Regimes	317

2.	Normsetzungsmöglichkeiten im Rahmen der CBD	318
a.	Beschlüsse der Vertragsstaatenkonferenz	318
b.	Änderungen der CBD	319
c.	Anlagen.....	320
d.	Protokolle zur CBD.....	320
e.	Ergebnis	322
IV.	Das Nagoya Protokoll zu ABS	322
1.	Anwendungsbereich.....	323
a.	Sachlicher Anwendungsbereich	323
(1)	Zugang zu genetischen Ressourcen	323
(2)	Erteilung von PIC	324
(3)	Nutzung genetischer Ressourcen	325
(4)	Derivate	326
b.	Zeitlicher Anwendungsbereich	327
c.	Örtlicher Anwendungsbereich.....	331
2.	Fairer und gerechter Vorteilsausgleich.....	332
3.	Einhaltung von einvernehmlich vereinbarten Bedingungen, Art. 18 NP.....	334
4.	Traditionelles Wissen.....	336
5.	PIC und das international anerkannte Zertifikat über die Einhaltung von nationalen ABS-Bestimmungen (sog. Konformitätszertifikat)	339
6.	Zwischenergebnis und Bewertung	341
6. Teil:	Schlussfolgerungen und Ausblick	345
Literaturverzeichnis		353

Einleitung

A. Gegenstand der Untersuchung

Durch die rasante Weiterentwicklung der modernen Biotechnologie haben genetische Ressourcen einen steigenden wissenschaftlichen und kommerziellen Wert¹ erlangt. Sie bilden das unerlässliche Ausgangsmaterial zum Beispiel für Pflanzenzucht, Pharmakologie, aber auch Kosmetik. Ihre Bestandteile können einerseits direkt als therapeutisches Mittel, andererseits als Basismaterial bei der Synthetisierung von Pharmaka angewendet werden. Bei der gentechnischen Entwicklung können genetische Ressourcen als Vorlage für im Labor erzeugte Wirkstoffe oder als Extrakte Anwendung finden.² Von erheblicher Bedeutung für Forscher, Uni-

¹ Für einen Überblick über die Bedeutung genetischer Ressourcen als Wirtschaftsfaktor siehe *ten Kate/Laird*, *The Commercial Use of Biodiversity: Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing*. Diese Studie von Forschern der *Royal Botanic Gardens, Kew* (UK) aus dem Jahr 1999 wurde für die Europäische Kommission angefertigt.

² Für die Rückbesinnung auf natürliche Substanzen Anfang der 90er für die Biotechnologie siehe *Roberts*, *Science* Vol. 256 (1992), S. 1142 ff.

versitäten und private Unternehmen zur Entwicklung neuer Produkte oder Verfahrensmethoden in diesen Bereichen ist das sog. traditionelle³ Wissen, d.h. die Kenntnisse indigener⁴ Gemeinschaften über diese genetischen Ressourcen. Das überlieferte Wissen einer solchen Gemeinschaft von der heilenden Wirkung einer bestimmten wildwachsenden Pflanze diente in der Forschung oft als wesentlicher Ausgangspunkt für die Entwicklung eines neuen Medikaments.⁵

Im Rahmen des internationalen Austausches von genetischen Ressourcen und des Zurückgreifens auf traditionelles Wissen stehen sich regelmäßig zum einen die Industrienationen mit ihrem Interesse an einem möglichst freien und unkomplizierten Zugang zum benötigten genetischen Material und zum anderen die ressourcenreichen (Herkunfts-) Länder, in der Regel Entwicklungsländer, mit ihrer Forderung nach einer gerechten Beteiligung am Gewinn widerstehend gegenüber.⁶

Die rechtlichen Regeln dieses neuen sog. grünen Marktes sind bisher noch unzureichend entwickelt und bedürfen einer von den Beteiligten als gerecht und angemessen empfundenen Ausgestaltung. Der Großteil der genetischen Ressourcen bzw. der Gebiete mit der höchsten Dichte an biologischer Vielfalt (sog. *Biodiversity Hotspots*) befindet sich in den Territorien der Entwicklungs- und Schwellenländer

³ Die Bezeichnung „traditionell“ bezieht sich auf die Art und Weise der Weitergabe des Wissens.

⁴ Die Kennzeichnung „indigen“ bezieht sich auf die Eigenschaft der Gemeinschaft, der das Wissen gehört. Die amtliche deutsche Übersetzung der Konvention über die biologische Vielfalt verwendet die Begriffe „eingeboren und ortsansässig“.

⁵ So stellte eine Studie der Weltbank fest, dass im Jahre 1990 weltweit 43 Milliarden Dollar mit Arzneimitteln aus Naturstoffen umgesetzt wurden, die von indigenen Völkern bereits entdeckt und genutzt worden waren. Diese erhielten keinen nennenswerten Anteil an den Gewinnen. Vgl. dazu *Greenpeace*, *Gene, Monopole und „Life-Industry“ – Eine Dokumentation über die Patentierung von Leben*, 1999, S. 73. Vgl. *Cabrera Medaglia*, *Revista Istitia* No. 132 (1997), S. 17 (24); *Dutfield*, *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, S. 91; zu der Bedeutung ethnobiologischer Informationen in diesem Bereich siehe auch *Rodriguez/Camacho*, in: *Utting*, *The Greening of Business in Developing Countries*, S. 58 (68).

⁶ Die im Rahmen dieser Arbeit verwendete Terminologie bzw. verwendeten Begriffspaare („Industrie-/Entwicklungsländer“, „Nord/Süd“) und die damit vorgenommene Unterscheidung enthalten kraft Natur der Sache inhaltliche Unzulänglichkeiten und Ungenauigkeiten. Sie beinhalten insbesondere auch aus der Sicht des jeweils anderen Teils des Begriffspaars interpretatorische Vorbehalte. Diese Unterteilung, die sich in der völkerrechtlichen Rhetorik wiederfindet, kann sehr hilfreich sein, um unabhängig von der Wahl der Begrifflichkeiten in der vorliegenden zu analysierenden Thematik des Zugangs zu genetischen Ressourcen die widerstehenden Interessen dieser zwei relativ stabilen Gruppen von Staaten gegenüber zu stellen und im Lichte dieser Problematik eine deren Interessen und Bedarfe ausgleichende Lösung zu ermitteln. Siehe ausführlich zu den verschiedenen antonymen Begriffspaaren, die sich in diesem Kontext entwickeln haben, *Mgbeoji*, *Beyond Rhetoric: State Sovereignty, Common Concern, and the Inapplicability of the Common Heritage Concept to Plant Genetic Resources*, *Leiden Journal of International Law* 16 (2003), S. 821 (822 f., Fn. 2–5 m.w.Nachw.; 834 m.w.Nachw.), der sich mit den Unzulänglichkeiten und vorgenommen Wertungen der Begriffspaare „Nord/Süd“ und „Industrienationen/Entwicklungsländer“ befasst.

der Südhalbkugel⁷ – welche aufgrund ihrer besonders reichen Artenvielfalt auch als „megadiverse“ Länder bezeichnet werden. Die erforderlichen Finanzbudgets und das technologische Wissen für die wirtschaftliche Verwertung von genetischen Ressourcen wiederum konzentrieren sich in den Industrieländern. Vor dieser Konstellation zeichnet sich ein Ungleichgewicht in den Wirtschaftsbeziehungen im sich etablierenden „grünen Markt“ zwischen Nord und Süd ab.⁸

Aus den Entwicklungsländern erheben sich zunehmend Stimmen gegen die Art und Weise der Beschaffung und Sicherung des „grünen Goldes“ und des damit verbundenen traditionellen Wissens durch die oben genannten Akteure. Kritisiert wird insbesondere die Vorgehensweise von Pharmaunternehmen, die ohne Erlaubnis Boden- oder Pflanzenproben aus diesen Ländern sammeln, um sie für die Entwicklung ihrer Produkte ohne Gewinnbeteiligung zu verwerten.⁹ So ermunterte der Biotechnologiekonzern *Monsanto* seine Angestellten noch im Jahre 1991, aus exotischen Regionen Boden- und Pflanzenproben „zum Wohle der Wissenschaft“ mitzubringen.¹⁰ Kritische Stimmen erheben sich ebenfalls gegen die Durchleuchtung von Sammlungen aus botanischen Gärten ohne vorherige Erlaubnis der Herkunftsländer zum Zwecke der Gewinnung von Ausgangsmaterial für die Produktentwicklung. Schließlich kritisieren Nichtregierungsorganisationen (NGOs)¹¹ und indigene Gruppen, dass Pharmaunternehmen oder andere Konzerne das traditionelle Wissen von Medizinmännern und Bauern unentgeltlich nutzen sowie auf Material, dessen potentieller Wert schon in traditionellen Formen der Nutzung erkannt und aus-

⁷ Nur vier von den weltweit 25 Regionen mit der höchsten Dichte an „Biodiversity hotspots“ befindet sich auf dem Gebiet von Industriestaaten. Dabei handelt es sich um Kalifornien (USA), Neuseeland, Südwest Australien und den nördlichen Mittelmeerrand (Frankreich, Italien, Spanien und Griechenland). Siehe hierzu *Myers et al.* (Hrsg.), *Biodiversity hotspots for conservation priorities*, *Nature* Vol. 403 (24. Februar 2000), S. 853 (854). Siehe hierzu auch die Datenbank „Biodiversity hotspots“, die allerdings 34 Regionen nennt, aber von der Zuordnung im Hinblick auf die Regionen in den Industriestaaten entsprechend der hier gemachten Angaben nicht abweicht, vgl. <http://www.biodiversityhotspots.org/xp/Hotspots>.

Sämtliche im Text der Arbeit angegebenen Internetadressen sind überprüft und zuletzt im Dezember 2012 abgerufen worden.

⁸ Zwar liegt auf der Hand, dass nicht alle Länder der Südhalbkugel Rohstofflieferanten sind und nicht alle Länder der Nordhalbkugel dieselben Interessen hinsichtlich der Verwertung von genetischen Ressourcen verfolgen. Die meisten Sammlungen der Agrarforschungszentren stammen aber aus Ländern der Südhalbkugel, die in der Regel auch Entwicklungsländer sind. So gibt die Benutzung der Begriffe „Nord“ und „Süd“ den Kern der politischen Auseinandersetzung wieder.

⁹ *Dalton*, *Bioprospects less than golden*, *Nature* Vol. 429 (10. Juni 2004), S. 598 (599), der sich auf den Fall von französischen Wissenschaftlern bezieht, die als Touristen getarnt bei dem Versuch gefasst wurden, pflanzliches Material aus den Philippinen auszuführen.

¹⁰ Vgl. FAZ vom 11. April 2002, S. 50.

¹¹ Z.B. Greenpeace, GRAIN (*Genetic Resources Action International*), RAFI (*Rural Advancement Foundation International*) oder *Third World Network*.

genutzt wird, ungefragt zugreifen und hierauf Monopol- und Verwertungsrechte¹² erlangen.¹³

Der oben aufgezeigte Interessenkonflikt zwischen Industriestaaten und nicht-industrialisierten Staaten (Entwicklungsländern) wirkt sich auf verschiedene Regelungsbereiche und Ebenen des internationalen und nationalen Rechts aus.

Im Rahmen des oben geschilderten Konflikts um den Zugang zu genetischen Ressourcen (*access*), die Nutzung bzw. das Zurückgreifen auf sich auf genetische Ressourcen beziehendes traditionelles Wissen und die Verteilung daraus resultierender Vermögensvorteile¹⁴ (*Access and Benefit-Sharing*, ABS) stehen sich im Ergebnis zwei Regelungssysteme gegenüber: das Übereinkommen über die biologische Vielfalt¹⁵ und das Welthandelsrecht, speziell das internationale Patentrecht nach dem TRIPs-Übereinkommen und seinen Mindestschutzstandards.¹⁶ Die Vertragsparteien zu diesen beiden Übereinkommen sind verpflichtet, deren Bestimmungen gemäß den Anforderungen des jeweiligen Übereinkommens in nationales Recht zu transformieren.

Aus der Konvention über die biologische Vielfalt (*Convention on Biological Diversity*, CBD) folgen die Teilhaberechte bzw. Teilhabeinteressen der Staaten an den aus der Nutzung ihrer Ressourcen und des damit verbundenen traditionellen Wissens erzielten Gewinnen. Demgegenüber steht der Schutz geistiger Eigentumsrechte, der vorwiegend in den Industriestaaten nachgesucht wird, und zwar insbesondere für Erfindungen, die auf genetischen Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen basieren und die nicht nach den Zugangsregelungen der CBD konventionsgemäß erworben worden sind. Die Herkunftsstaaten genetischer Ressourcen sehen sich bei der Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen in einem Spannungsverhältnis zwischen den Erwartungen (Erhalt der biologischen Vielfalt) und Verpflichtungen der CBD (Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen) einerseits und den Anforderungen des TRIPs-Übereinkommens nach einem Mindestschutzstandard insbesondere im Bereich des Patentrechts andererseits. Denn im Mittelpunkt die-

¹² Als Beispiel kann hier auf die Patentierung von Basmati-Reis der texanischen US-Firma RiceTec verwiesen werden. Dieser patentierte Reis setzt sich aus thailändischen, pakistanischen und indischen Reissorten zusammen und erlangte nach US-Markenrecht den Namen „Basmati“. In der Region Punjab in Indien und Pakistan wird seit Jahrhunderten Basmati-Reis angebaut. So ist nach Angaben der indischen Regierung der Export von indischem Basmati-Reis, mit dem jährlich 800 Millionen Dollar verdient werden, bedroht, da der Handel unter der Bezeichnung „Basmati-Reis“ gegen den Patentschutz verstößt. Vgl. dazu *Greenpeace*, a.a.O., S. 75.

¹³ Die restriktive und wenig Flexibilität bietenden nationalen Zugangsregelungen vieler Entwicklungs- und Schwellenländer haben in den vergangenen Jahren dazu geführt, dass zahlreiche Pharmaunternehmen ihre Forschungsschwerpunkte auf andere Bereiche als die Forschung an biologischem Material gelegt haben. Siehe hierzu *Gehl Sampath*, *Regulating Bioprospecting*, S. 166.

¹⁴ = *Benefit-Sharing*.

¹⁵ *Convention on Biological Diversity*, CBD. Siehe dazu ausführlich den 2. Teil der Arbeit.

¹⁶ Siehe dazu ausführlich den 4. Teil der Arbeit.

ses Spannungsverhältnisses steht hier die Frage des Umgangs mit geistigen Eigentumsrechten an genetischen Ressourcen, insbesondere wenn solche Rechte ohne Zustimmung der Herkunftsländer erlangt und außerhalb von deren Jurisdiktion vermarktet werden. Hierdurch sehen diese Staaten ihr Recht auf Vorteilsteilhabe erheblich gefährdet bzw. in der Praxis auf null reduziert. Diese Situation und die fehlende Beteiligung indigener Gemeinschaften an potentiellen Vorteilen, die aus der Nutzung ihres Wissens resultieren, bietet seit längerer Zeit den Nährboden für den Vorwurf der sog. Biopiraterie.

B. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit umfasst sechs Teile. Im 1. Teil gibt die Arbeit eine Einführung zu den Begriffen „genetische Ressource“ und „traditionelles Wissen“, wobei auf ihre Bedeutung im Kontext der Bioprospektion und der sog. Biopiraterie eingegangen wird. Sodann werden im 2. Teil der Arbeit die Regelungen zum Zugang zu genetischen Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen dargestellt, und zwar ausgehend von der CBD als dem völkerrechtlichen Vertrag, der zum ersten Mal die Aufstellung solcher Zugangsrahmenbedingungen über den Erhalt und die nachhaltige Nutzung der biologischen Vielfalt zum Gegenstand hat. Im 3. Teil der Arbeit werden die regionalen und nationalen Umsetzungsbestrebungen der CBD-Vertragsstaaten dargestellt. Diese Untersuchung wird zur besseren Veranschaulichung in zwei Gruppen unterteilt. Die erste untersuchte Gruppe betrifft überwiegend Entwicklungs- und Schwellenländer, die im Kontext der CBD-Verhandlungen bisher als sog. Ressourcengeberstaaten (*provider countries*) bzw. Herkunftsstaaten (*countries of origin*) bezeichnet werden. Diese Staaten sind reich an biologischer Vielfalt, ihnen mangelt es in der Regel aber an den erforderlichen Technologien und finanziellen Ressourcen, um diese Vielfalt gewinnbringend zu nutzen. Die andere Gruppe umfasst die sog. Industriestaaten, die auch als Nutzerstaaten oder Ressourcennehmer (*user countries*) bezeichnet werden. Diese Staaten sind im Vergleich zu der ersten Gruppe in der Regel nicht so reich an biologischer Vielfalt, verfügen aber über die erforderlichen Technologien und die finanziellen Ressourcen für deren (wirtschaftliche) Nutzung.¹⁷ Die Umsetzungsbestrebungen der Vertragsstaaten werden im Hinblick auf ihre Schwerpunkte und Unterschiede analysiert, wobei sie auch auf eventuell getroffene Maßnahmen zur Verhinderung der rechtswidrigen Erlangung genetischer Ressourcen und/oder damit verbunde-

¹⁷ Es ist anerkannt, dass Ressourcengeberstaaten auch Ressourcennehmerstaaten und umgekehrt sein können. Diese künstliche Unterscheidung dient nur der Veranschaulichung des aufgezeigten Konfliktes und der unterschiedlichen Perspektiven dieser Gruppen bei der Befolgung deren Verpflichtungen aus der CBD. Bei der Umsetzung der Rahmenbedingungen der CBD und des im Oktober 2010 angenommenen Nagoya Protokolls zu ABS stehen alle Unterzeichnerstaaten in der Pflicht, ein effektives nationales ABS-System einzurichten, das sowohl Nutzer- wie auch Geberinteressen berücksichtigt.

nem traditionellen Wissens untersucht werden. Im 4. Teil der Arbeit werden am Beispiel des Anwendungsgebietes des Europäischen Patentübereinkommens und unter Bezugnahme auf das deutsche Patent- und Zivilrecht sowie am Beispiel des US-amerikanischen Patentrechts diese Rechtsordnungen dahingehend untersucht, ob sie den an seinen Rechten verletzten Herkunftsstaat Rechtsschutzmöglichkeiten einräumen, gegen die rechtswidrige Erlangung seiner Ressourcen und den nicht erfolgten Vorteilsausgleich (außerhalb dessen Jurisdiktion) vorzugehen. Die Untersuchung, ob auf nationaler Ebene derartige Rechtsschutzmöglichkeiten vorhanden sind, konzentriert sich auf den Bereich des Patentrechts dieser wirtschaftlich relevanten Marktordnungen, da hier in der internationalen Diskussion der primäre Ansatzpunkt für die Bekämpfung und Auseinandersetzung mit der sog. Biopiraterie gesehen wird. Im 5. Teil der Arbeit wird auf die unterschiedlichen Bestrebungen zur Optimierung der Zugangsregelungen sowie des Vorteilsausgleichs aus der Nutzung genetischer Ressourcen eingegangen. Dabei wird der Schwerpunkt der Untersuchung auf die Darstellung der verschiedenen Ansätze einerseits aus dem Bereich des internationalen Patentrechts und andererseits aus den Ergebnissen der neuesten Verhandlungsvorschläge im Kontext der CBD gelegt. Diese zielen darauf, das Spannungsverhältnis zwischen den Erwartungen der CBD, effektive Zugangsregelungen aufzustellen, und den Anforderungen des TRIPs-Übereinkommens, Mindestschutzstandards im Bereich des Patentrechts zu gewährleisten, zu entschärfen. Zudem wird im zweiten Teil des 5. Kapitels die Arbeit der ABS-Working-Group der CBD dargestellt und auf die seit März 2010 konkret laufenden Verhandlung zur Verabschiedung eines Protokolls zum Zugang zu genetischen Ressourcen und dem aus ihrer Nutzung resultierenden gerechten und fairen Vorteilsausgleich eingegangen. Im Oktober 2010 ist in Nagoya, Japan, auf der 10. Vertragsstaatenkonferenz der CBD das Nagoya Protokoll zu ABS von den Vertragsstaaten angenommen worden. Die wesentlichen Elemente dieses Protokolls werden vorgestellt und analysiert.¹⁸ Die gewonnen Erkenntnisse werden herangezogen, um im 6. Teil der Arbeit Schlussfolgerungen für die künftige Ausgestaltung eines Zugangs- sowie fairen und gerechten Vorteilsausgleichssystems für genetische Ressourcen und sich auf genetische Ressourcen beziehendes traditionelles Wissen zu ziehen.

¹⁸ Die vorliegende Dissertation ist im September 2010 inhaltlich abgeschlossen worden. Grundlage für die Analyse im 5. Teil der Arbeit war damit der zu diesem Zeitpunkt verhandelte Entwurf eines ABS-Protokolls. Das Rigosum fand im März 2011 statt. Für die Veröffentlichung der Arbeit ist die Analyse im 5. Teil dahingehend aktualisiert worden, als diese sich nun auf den im Oktober 2010 angenommenen Text des Nagoya Protokolls zu ABS bezieht. Zu beachten ist, dass die Verhandlungen zum Nagoya Protokoll weiterhin laufen. Der Protokolltext ist seitdem unverändert geblieben. Eine Ratifizierung des Protokolls ist nicht vor 2014 zu erwarten.

1. Teil: Die Schutzgegenstände: Genetische Ressourcen und traditionelles Wissen im Kontext der Bioprospektion und der sog. Biopiraterie

A. Begriffsbestimmungen: Genetische Ressourcen, traditionelles Wissen, biotechnologische Erfindung und Biopiraterie

Die Begriffe für die Diskussion der internationalen Biodiversitätspolitik, die den Schutz und die Erhaltung der lebenden Natur betrifft, sind in dem nach zehnjähriger Verhandlungsdauer auf der Konferenz der Vereinten Nationen über Umwelt und Entwicklung vom 3. bis 14. Juni 1992 in Rio de Janeiro¹⁹ verabschiedeten

¹⁹ Im Rahmen der Konferenz der Vereinten Nationen über Umwelt und Entwicklung in Rio wurden fünf Dokumente verabschiedet: Die Rio-Deklaration, die Klimakonvention, das Übereinkommen über die biologische Vielfalt, die Waldgrundsatzerklärung und die Agenda 21. Nur die Klimakonvention und die CBD sind völkerrechtliche Übereinkommen. Die anderen Dokumente stellen außerrechtliche Texte dar, die nur politisch moralische Verpflichtungen begründen, siehe dazu *Beyerlin*, ZaöRV 1994, S. 124 (132 ff.).

Übereinkommen über die biologische Vielfalt²⁰ geprägt worden.²¹ Mit diesem Übereinkommen²² griffen die Vereinten Nationen das Thema der biologischen Vielfalt (Biodiversität) erstmals umfassend auf.

Das Übereinkommen²³ verfolgt insbesondere die Ziele der Erhaltung der biologischen Vielfalt, der nachhaltigen Nutzung ihrer Bestandteile und der ausgewogenen und gerechten Aufteilung der sich aus der Nutzung der genetischen Ressourcen ergebenden Vorteile (Art. 1 CBD). Dabei bedeutet biologische Vielfalt oder Biodiversität die Variabilität unter lebenden Organismen jeglicher Herkunft und Ausprägung. Die Konvention definiert die biologische Vielfalt in Art. 2 (2)²⁴ als „die Variabilität unter lebenden Organismen jeglicher Herkunft, darunter unter anderem Land-, Meeres- und sonstige aquatische Ökosysteme und die ökologischen Komplexe, zu denen sie gehören; dies umfasst die Vielfalt innerhalb der Arten und zwischen den Arten und die Vielfalt der Ökosysteme.“

Komponenten des Gutes Biodiversität sind damit die sog. biologischen Ressourcen, die genetischen Ressourcen, das genetische Material und die domestizierten/gezüchteten Arten, die jeweils in Art. 2 CBD definiert werden.

²⁰ *Convention on Biological Diversity*, CBD, auch Konvention von Rio genannt, von Juni 1992, BGBl. 1993 II, 1742; ILM 31 (1992), 818. Das Übereinkommen ist für die Bundesrepublik am 21. März 1994 in Kraft getreten, die Bekanntmachung erfolgte am 31. Mai 1995, BGBl. 1955 II, S. 350. Das Übereinkommen wurde auf der UNCED am 22. Mai 1992 unterzeichnet und trat gemäß Art. 36 CBD neunzig Tage nach der Hinterlegung der dreißigsten Ratifikations- bzw. Beitrittsurkunde am 29. Dezember 1993 völkerrechtlich in Kraft. Bis heute sind 187 Staaten und die EU Vertragsparteien der Konvention beigetreten. Davon haben die EU und 157 Staaten das Übereinkommen ratifiziert. Die Vereinigten Staaten von Amerika haben zwar die CBD unterzeichnet, eine Ratifizierung ist aber bislang nicht erfolgt (Stand: Dezember 2012, <http://www.cbd.int/information/parties.shtml>).

²¹ Hinsichtlich der für diese Arbeit wesentlichen Begrifflichkeiten und Definitionen wird auf die CBD verwiesen, da sie diesbezüglich den rechtlichen Rahmen für die vorliegende Untersuchung bildet.

²² Gemäß Art. 42 CBD ist das Übereinkommen in seiner arabischen, chinesischen, englischen, französischen, russischen und spanischen Fassung authentisch und gleichermaßen verbindlich. Für die Zwecke dieser Arbeit ist die deutsche Übersetzung nach dem Amtsblatt der EG oder des Bundesgesetzblattes herangezogen worden. Soweit der Darstellung dienlich wird auf die englischen Originalbegriffe Bezug genommen.

²³ Zum Übereinkommen über die biologische Vielfalt siehe ausführlich den 2. Teil der Arbeit.

²⁴ Art. 2 CBD enthält in alphabetischer Reihenfolge 17 Begriffsbestimmungen. Die im Folgenden in Klammern gemachten Zahlenangaben beziehen sich auf die deutsche Übersetzung des Vertragstextes.

I. Genetische Ressourcen

Unter dem Begriff der „genetischen Ressource“²⁵ wird die genetische Zusammensetzung von Pflanzen, Tieren und Mikroorganismen verstanden,²⁶ also jedes „genetische Material von tatsächlichem oder potentielltem Wert“²⁷. Die genetischen Ressourcen sind damit Bestandteil der „biologischen Ressourcen“,²⁸ welche nach Art. 2 (1) CBD neben den genetischen Ressourcen auch noch Organismen oder Teile davon, Populationen oder einen anderen biotischen Bestandteil von Ökosystemen einschließen, insofern diese einen tatsächlichen oder potentiellen Nutzen oder Wert für die Menschheit haben. Gemäß der Definition des Art. 2 (8) CBD ist biotechnologisch verändertes Material im Zweifel als „genetisches Material sonstigen Ursprungs“ zu qualifizieren, soweit es nicht bereits einen pflanzlichen, tierischen oder mikrobiologischen Ursprung hat.²⁹ Ferner werden von dem Begriff „genetische Ressourcen“ Extrakte bzw. Derivate von Organismen, wie z.B. biochemische Extrakte oder Derivate, die zwar keine funktionalen Erbinheiten enthalten, aber durch einen metabolischen Prozess im Organismus hergestellt werden,³⁰ nicht umfasst und damit von dem Regelungsbereich der Art. 15, 16 und 19 CBD ausgeschlossen.³¹ Den Staaten steht es aber frei, auf nationaler Ebene die Nutzung von Extrakten, Derivaten oder die Herstellung von anderen Substituten in die Zugangs- und Teilhaberegulungen aufzunehmen.³²

Nach der im Konsens angenommenen Entschließung II/11 der Zweiten Vertragsstaatenkonferenz der CBD wird genetisches Material menschlichen Ursprungs nicht vom Regelungsbereich der Konvention umfasst.³³

Das Übereinkommen betont als erstes völkerrechtliches Vertragswerk, dass neben Pflanzen, Tieren und ihren Produkten auch deren genetische Informationen

²⁵ Vergleiche zu der vielfältigen Klassifizierung von genetischen Ressourcen u.a. nach Typus und Nutzen umfassend *Henne*, Genetische Vielfalt als Ressource – Die Regelung ihrer Nutzung, S. 40–48. Siehe auch *Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-Sharing*, Report of the Meeting of the Group of Legal and Technical Experts on Concepts, Terms, Working Definitions and Sectoral Approaches, UN-Doc. UNEP/CBD/WG-ABS/4/7, S. 7–9.

²⁶ Siehe zu der Definition der biologischen Vielfalt und der Entwicklung des Begriffs der genetischen Ressourcen und deren unterschiedlicher Klassifizierungen insbesondere *Henne*, a.a.O., S. 42 ff. und S. 139 f. m. w. Nachw.

²⁷ Siehe Art. 2 CBD.

²⁸ UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, Annex para. 3.

²⁹ Siehe dazu auch *Henne*, a.a.O., S. 139 f.

³⁰ Vgl. dazu *Henne*, a.a.O., S. 139.

³¹ *Glowka/Burhenne-Guilmin/Synge*, A guide to the Convention on Biological Diversity, (IUCN), Environmental Policy and Law Paper No. 30, 1994, S. 21.

³² Diese Befugnis ist z.B. für die Länder der Andengemeinschaft durch den Beschluss 391 wahrgenommen worden.

³³ Dec. II/11 Pkt. 2, UNEP/CBD/COP/2/19 Annex II, S. 62: “Reaffirms that human genetic resources are not included within the framework of the Convention.” Dies kann durch eine anders lautende Entscheidung der Vertragsstaatenkonferenz geändert werden, vgl. Art. 31 Abs. 3 (a) WÜRV.

wirtschaftlich nutzbar sind und damit einen wirtschaftlichen Wert haben. Es ist aber allgemein anerkannt, dass sich der Wert der genetischen Informationen nicht ausschließlich in einem wirtschaftlichen Wert erschöpft.³⁴ Im ersten Erwägungsgrund der Präambel wird der biologischen Vielfalt und ihren Bestandteilen, also auch den genetischen Ressourcen, ausdrücklich ein Wert in „ökologischer, genetischer, sozialer, wirtschaftlicher, wissenschaftlicher, erzieherischer, kultureller und ästhetischer Hinsicht“ zugesprochen. Welchen (konkreten) Wert diese genetischen Ressourcen bzw. das ihr zugrundeliegende Material haben sollen, wird in der Konvention aber nicht definiert. Der Wert der genetischen Ressourcen wird durch die Art ihrer Nutzung bestimmt. Diese kann insbesondere in der Verwendung als Ausgangsmaterial für die Weiterentwicklung, Züchtung oder Verbesserung bereits vorhandener Pflanzen, Tiere oder ihrer Bestandteile (also biologischer Ressourcen), als Basismaterial für die Entwicklung und Herstellung neuer Produkte wie z.B. Pharmazeutika, Lebensmittel oder Kosmetika oder auch in der Verwendung in der chemischen Industrie liegen.³⁵

Demnach stellt die im Rahmen dieser Arbeit verwendete Definition der genetischen Ressource auf die im genetischen Material enthaltenen funktionellen Erbinheiten ab und somit auf den durch sie verkörperten Informationswert. Von der genetischen Ressource als funktionaler Erbinheit und somit als Informationseinheit ist der organische Träger, die biologische Ressource (z.B. die Pflanze), zu unterscheiden.³⁶ Der Zugang zu genetischen Ressourcen impliziert den vorherigen Zugriff auf die biologische Ressource³⁷ als Trägerin der genetischen Ressource.

Zwar bietet die CBD eine Arbeitsdefinition für „genetische Ressourcen“ an. Festzuhalten ist aber, dass der Begriff „genetische Ressourcen“ seit seiner ersten offiziellen Verwendung in der CBD³⁸ sich ebenfalls wie die Biotechnologie, Biochemie und synthetische Biologie konstant weiter entwickelt. Neue Kenntnisse über Techniken zur Nutzung von genetischem Material wachsen ständig. Diese laufenden wissenschaftlichen Entwicklungen öffnen die Tür für neue Interpretationen und Bewertungen des Nutzens und Wertes von genetischen Ressourcen, also von „funktionalen Erbinheiten“. Bei einer ohne Einbeziehung laufender wissenschaftlicher Entwicklungen engen Definition des Begriffes „genetische Ressourcen“ in ein in-

³⁴ Siehe UNEP/CBD/WG-ABS/8/INF/3, S. 1 (28) m.w. Nachw.

³⁵ Eine umfassende Analyse des Begriffes „Genetische Ressourcen“ anhand möglicher Verwendungen unter Berücksichtigung evolvierender Nutzungen bietet die Studie von *Schei/Tvedt* (Fridjof Nansen Institut), „Genetic Resources“ in the CBD: the Wording, the Past, the Present and the Future, UNEP/CBD/WG-ABS/9/INF/1.

³⁶ Siehe zur differenzierten eigentumsrechtlichen Zuordnung von biologischen und genetischen Ressourcen Teil 4 dieser Arbeit.

³⁷ Gemäß Abs. 4 der Präambel haben die Staaten über biologische Ressourcen souveräne Rechte.

³⁸ Erst mit Inkrafttreten der CBD wird die dort aufgenommene Definition als Rechtsbegriff verwendet. Erst seitdem hat dieser Begriff Einzug in verschiedene Übereinkommen, Dokumente und Diskussionen gehalten, siehe dazu m.w. Nachw. *Schei/Tvedt* (Fridjof Nansen Institut), a.a.O., S. 1 (6).

ternational anerkanntes ABS-Regime³⁹ ist die Gefahr immanent, dass dieses Regime nicht in der Lage sein wird, auch das zukünftige Potential (und die neuen Nutzungen) genetischer Ressourcen von seinem Anwendungsbereich zu umfassen. Ein internationales ABS-System könnte ein breites und dynamisches Verständnis des Begriffes „genetische Ressourcen“ beibehalten, um solche Entwicklungen nicht *per se* auszuschließen. Dies würde aber das Dilemma mit sich bringen, dass die gewollte Rechtssicherheit und effektive Rechtsdurchsetzung durch eine eindeutige Begriffsverwendung⁴⁰ nicht mit einer weiten, auch neue Entwicklungen umfassenden Begriffsdefinition zu vereinbaren ist.

II. Traditionelles Wissen

Die Begrifflichkeiten „traditionelles Wissen“ (*traditional knowledge*),⁴¹ „indigenes Wissen“ (*indigenous knowledge*), „indigene Völker“ (*indigenous people*) und „lokale Gemeinschaften“ (*local communities*) haben im Rahmen der internationalen Debatte um die nachhaltige Entwicklung sowie den Schutz geistigen Eigentums eine weite Akzeptanz im Sprachgebrauch gefunden. Dennoch führt ihr Gebrauch immer wieder zu Missverständnissen. Trotz der zahlreichen Versuche, diese Begriffe zu definieren, gibt es derzeit noch keine weltweit anerkannte rechtliche Begriffsbestimmung.⁴²

Der Begriff des traditionellen Wissens ist eng verbunden mit der Problematik der Anerkennung indigener Gemeinschaften und/oder Völker als Rechtssubjekte im internationalen Rechtssystem⁴³ und die seit Mitte des 20. Jahrhunderts durch die Vereinten Nationen⁴⁴ aktiv aufgenommenen ersten Schritte zu ihrer internationalen Anerkennung sowie der Stärkung ihrer Rechte.

³⁹ Siehe zum Thema „internationales ABS-Regime“ den 5. Teil dieser Arbeit.

⁴⁰ Eine Rechtssicherheit und -klarheit bietende international anerkannte Begriffsdefinition von „genetischen Ressourcen“ wird von allen Vertragsstaaten als notwendig für ein funktionierendes ABS-Regime erachtet. Siehe UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, para. 5.

⁴¹ Zum Thema „traditionelles Wissen“ im Kontext der Verhandlungen um die Errichtung eines internationalen ABS-Regimes siehe u.a. UNEP/CBD/WG-ABS/7/INF/7; UNEP/CBD/WG-ABS/8/INF/1 und UNEP/CBD/WG-ABS/8/INF/4.

⁴² Siehe umfassend zu der Problematik der Definition des Begriffes des „traditionellen Wissens“ und der Problematik seines Schutzes *Lewinski* (Hrsg.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, 2004; *von Hahn*, *Traditionelles Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften*, S. 14; *Dutfield*, a.a.O., S. 93.

⁴³ Hierzu siehe *WIPO Report on Fact-Finding Mission in Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998–1999)*, 2001. *Fikentscher/Ramsauer*, *Traditionswissen – Tummelplatz immateriälgüterrechtlicher Prinzipien*, in: FS Dietz, S. 25–41.

⁴⁴ Siehe z.B. *Burger*, *Indigenous Peoples and the United Nations*, in: *Price Cohen* (Hrsg.), *The Human Rights of Indigenous Peoples*, S. 3–16; *Minde*, *The Making of an International Movement of Indigenous Peoples*, in: *Horn* (Hrsg.), *Minorities and Their Right of Political Participation*, S. 90–128.

1. *Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*

Im Rahmen seiner Bemühungen um die Stärkung der Rechte indigener Völker beauftragte 1971 der Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen⁴⁵ die *Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*⁴⁶ (Unterkommission für die Verhinderung von Diskriminierung und Schutz der Minderheiten) mit der Durchführung einer Studie über die Diskriminierung indigener Bevölkerungsgruppen.⁴⁷ Der erst 1986 veröffentlichte Abschlussbericht der Studie – besser bekannt als die *Cobo-Studie*⁴⁸ – bietet eine detaillierte Analyse der Lebensbedingungen indigener Völker weltweit. Die Schlussfolgerungen und Empfehlungen dieser Studie beeinflussten die Tätigkeit der Vereinten Nationen in diesem Bereich sehr. Unter anderem wurde die Revision des ILO-Übereinkommens Nr. 107⁴⁹ (diese erfolgte 1989)⁵⁰ und die Schaffung einer *Working Group on Indigenous Peoples (WGIP)*⁵¹ empfohlen. Zudem wurde eine Definition für den Begriff „In-

⁴⁵ Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen (*United Nations Economic and Social Council*) ECOSOC Resolution 1589 (L) vom 21. Juni 1997.

⁴⁶ 1999 änderte der Wirtschafts- und Sozialrat den Namen dieser Unter-Kommission in *Sub-Commission on the Protection of Human Rights* um.

⁴⁷ *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7.

⁴⁸ Die Studie wurde benannt nach dem mit ihrer Durchführung offiziell betrauten UN-Berichterstatter *José Martínez Cobo*.

⁴⁹ *Convention Concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries* von 1957.

⁵⁰ Verbindliches Völkerrecht stellt die ILO-Konvention 169 von 1989 dar, die die Vorgängerkonvention ILO-Konvention 107 revidiert. Die ILO-Konvention 169 ist bislang von 18 Staaten ratifiziert worden, davon sind 13 Staaten aus Lateinamerika und der Karibik. Diese Staaten sind Argentinien, Bolivien, Brasilien, Costa Rica, die Dominikanische Republik, Ecuador, Guatemala, Honduras, Mexiko, Kolumbien, Paraguay, Peru und Venezuela. Die ILO-Konvention 169 geht nicht ausdrücklich auf die Thematik des Schutzes indigenen Wissens ein. Vielmehr regelt sie Fragen, die sich auf diesen Schutz auswirken können. Ein wichtiger Punkt in diesem Zusammenhang ist, dass die beigetretenen Staaten dazu angehalten werden, Eigentums- und Besitzrechte an von indigenen Völkern besiedeltem und genutztem Land anzuerkennen (siehe Art. 14 Nr. 1 ILO-Konvention 169). Zu der Frage der Landrechte siehe insbesondere *Barsh*, RECIEL Vol. 10 (2002), 13 (14 f.). Nach Art. 15 Nr. 1 ILO-Konvention 169 sind „die Rechte der betreffenden Völker an den natürlichen Ressourcen ihres Landes besonders zu schützen. Diese Rechte schließen das Recht dieser Völker ein, sich an der Nutzung, Bewirtschaftung und Erhaltung dieser Ressourcen zu beteiligen.“ Ausführlich zur ILO-Konvention siehe *Grote*, ZaöRV 59 (1999), 497 (526 ff.); *Richardson*, RECIEL Vol. 10 (2001), 1 (5); *Verma*, *The Journal of World Intellectual Property*, 7/6 (2004), 765 (771); *von Hahn*, *Traditionelles Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften*, S. 85 ff.; *Stoll/von Hahn*, in: *Lewinski* (Hrsg.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, S. 21 ff.; UN-ECOSOC-Commission on Human Rights, *Standard-Setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People*, Dok. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2 vom 10. Juni 1996, S. 10 ff.

⁵¹ Die *Working Group on Indigenous Peoples (WGIP)* wurde von der *Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities* 1982 geschaffen; ECOSOC Resolution 1982/34

digenous Peoples“ oder „*Indigenous Population*“ vorgeschlagen. 1993 präsentierte der WGIP die *Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*,⁵² die 1994 von der *Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities* angenommen wurde.⁵³ Der Entwurf stellte den am weitesten reichenden Standard zum Schutz indigener Völker dar.⁵⁴ Beruhend auf diesem Entwurf hat die Generalversammlung der Vereinten Nationen am 13. September 2007 die Erklärung über Rechte indigener Völker⁵⁵ verabschiedet. Nach mühevollen Bemühungen stimmten 143 Staaten für die Erklärung. Die Vereinigten Staaten von Amerika, Kanada, Australien und Neuseeland lehnten die Erklärung vor dem Hintergrund ab, dass indigene Minderheiten auf ihrem Staatsgebiet Land mit wertvollen Rohstoffvorkommen beanspruchen. Besondere Bedeutung hat in diesem Zusammenhang der Artikel 3 *UN-Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, der wie folgt lautet:

“Indigenous Peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.”⁵⁶

vom 7. Mai 1982. Die Arbeitsgruppe besteht aus fünf Mitgliedern der *Sub-Commission*, die jährlich in Genf zusammenkommen, um insbesondere die Menschenrechtssituation indigener Völker weltweit zu untersuchen und zur Schaffung von Mindestschutzstandards indigener Rechte beizutragen. Zur WGIP siehe *Pritchard*, Working Group on Indigenous Peoples: Mandate, Standard-Setting Activities and Future Perspectives, in: *Indigenous Peoples, the United Nations and Human Rights*, S. 40–64.

⁵² *Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, E/CN.4/1995/2; E/CN.4/Sub2/1994/56 vom 28. Oktober 1994. Die *Sub-Commission* reichte die *Draft Declaration* 1995 an die *Commission on Human Rights* in deren 51. Sitzung zur Annahme weiter. Um den Status einer offiziellen UN-Deklaration zu erlangen, muss die *Draft Declaration* nach Annahme durch die *Commission on Human Rights* von der Generalversammlung angenommen werden. Siehe auch die im UN Dok. A/61/L.67 vom 12. September 2001 abgedruckte *Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* mit Stand aus dem Jahr 2001.

⁵³ Ausführlich zur *Draft Declaration* siehe: *Berman*, „Introductory Note“ for the Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, I.L.M. Vol. 34 (1995), 541 ff.; *Gray*, The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples is Still Intact, in: *The Indigenous World 1998–1999* (IWGIA), S. 355–372; *Stoll/von Hahn*, in: *Lewinski* (Hrsg.), a.a.O., S. 22; *Comunidad Andina de Naciones (CAN)*, Estrategia Regional de Biodiversidad – Protección, Recuperación y Difusión de Conocimientos y Prácticas Tradicionales, 2001, S. 59 f.; *Thornberry*, *Indigenous Peoples and Human Rights*, S. 370 ff.

⁵⁴ Innerhalb der genannten Rechte vollzieht der Entwurf eine klare Unterscheidung zwischen zwei Typen von Kollektivrechten (*collective rights*). Differenziert wird zwischen *group rights* (Rechte, die in der Gemeinschaft/Kollektiv als solche liegen/begründet sind) und Individualrechten, die kollektiv ausgeübt werden.

⁵⁵ *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* vom 13. September 2007, UN-Dokument A/RES/61/295. Siehe zu der Geschichte, Verhandlungshistorie und den Kernbestimmungen der *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*: *Wiessner*, United Nations Declaration on the Rights of indigenous Peoples, United Nations Audiovisual Library of International Law, S. 1–7.

⁵⁶ Der jetzige Artikel entspricht dem Art. 3 der *Draft Declaration*.

Das hier formulierte Recht der Selbstbestimmung (*right of self-determination*) wird besonders kontrovers diskutiert.⁵⁷ Aufgrund der politischen Brisanz dieses Rechts insbesondere auf nationaler Ebene in Verbindung mit den ebenfalls anerkannten Rechten auf Land insbesondere in Art. 26 (z.B. Eigentumsrecht) und in Art. 27 (z.B. Restitutionsrecht) ist angenommen worden, dass diese Bestimmungen den institutionellen Weg bis zur Abstimmung in der Generalversammlung in ihrer ursprünglichen Konzeption nicht erreichen würden.⁵⁸ Die ausdrückliche Anerkennung von kulturellen und geistigen Eigentumsrechten ist nun in Art. 31 festgeschrieben:

“1. Indigenous peoples have the right to maintain, control, protect and develop their cultural heritage, traditional knowledge and traditional cultural expressions, as well as the manifestations of their sciences, technologies and cultures, including human and genetic resources, seeds, medicines, knowledge of the properties of fauna and flora, oral traditions, literatures, designs, sports and traditional games and visual and performing arts. They also have the right to maintain, control, protect and develop their intellectual property over such cultural heritage, traditional knowledge, and traditional cultural expressions.

2. In conjunction with indigenous peoples, States shall take effective measures to recognize and protect the exercise of these rights.”

Art. 31 der *UN-Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* enthält keine Angaben über den auf nationaler Ebene umzusetzenden Schutzzumfang dieser Rechte. Art. 31 räumt aber indigenen Völkern das Recht ein, selbst über Prioritäten und Strategien der Landnutzung zu entscheiden. Im Kontext des Zugangs zu genetischen Ressourcen und dem damit verbundenen traditionellen Wissen kann daher diese Vorschrift dahingehend interpretiert werden, dass zum Beispiel bei der Durchführung von Prospektierungsprojekten die vorherige und informierte Zustimmung der

⁵⁷ Siehe dazu *Alfredsson*, The Right of Self-determination and Indigenous Peoples, in: *Tomuschat* (Hrsg.), *Modern Law of Self-Determination*, S. 41–54; *Lâm*, The Indigenous Assertion of Self-Determination at the United Nation, in: *dies.*, *At the Edge of State: Indigenous Peoples and Self-Determination*, S. 41–84. Siehe auch *Schulte-Tenckhoff*, The Irresistible Ascension of the UN Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Stopped Short in its Tracks?, *European Review of Native American Studies* (1995) Vol. 9 (2):5–6; *Venne*, The Response of the UN to the Draft Declaration. In: *dies.*, *Our Elders Understand Our Rights: Evolving International Law Regarding Indigenous Rights*, S. 135–171.

⁵⁸ In *Part III* der *Draft Declaration* (Art. 12–14) wurden kulturelle und spirituelle Rechte anerkannt sowie deren Ausübung, Weiterentwicklung, Übermittlung und Erhaltung geschützt. Art. 12 der *Draft Declaration* besagt zum Beispiel, dass: „Indigenous peoples have the right to practise and revitalize their cultural traditions and customs. This includes the right to maintain, protect and develop the past, present and future manifestations of their cultures, such as archaeological and historical sites, artefacts, designs, ceremonies, technologies and visual and performing arts and literature, as well as the right to the restitution of cultural, intellectual, religious and spiritual property taken without their free and informed consent or in violation of their laws, traditions and customs.“

Gemeinschaften des Projektgebietes eingeholt werden muss.⁵⁹ Die *UN-Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* liefert keine Definition für den Begriff „traditionelles Wissen“ oder „indigenes Wissen“. Der von der WIPO verwendete Begriff der „traditionellen kulturellen Ausdrucksformen“ (*traditional cultural expressions*) wird zwar aufgegriffen, eine Definition dafür wird aber nicht geliefert.

Zudem ist zu bemerken, dass die *UN-Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* selbst nach ihrer Verabschiedung kein verbindliches Völkerrecht darstellt; sie entfaltet keine direkte rechtsverbindliche Wirkung, wobei allerdings das politische Gewicht solcher Erklärungen nicht zu unterschätzen ist.

2. *Inter-American Commission on Human Rights (IACHR)*

Die *Inter-American Commission on Human Rights (IACHR)*⁶⁰ der *Organization of American States (OAS)* bestätigte am 26. Februar 1997 in ihrer 133. Sitzung die überprüfte Fassung der 1995⁶¹ angenommenen *Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*.⁶² Der Entwurf wird gegenwärtig von den Mitgliedsstaaten der OAS überprüft. Auch wenn die Generalversammlung sie annehmen sollte, bliebe sie unverbindliches Recht.⁶³

⁵⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang im Rahmen der Erörterung der *Draft Declaration* bereits von Hahn, Traditionelles Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften, S. 92.

⁶⁰ Die *Inter-American Commission on Human Rights* ist neben dem *Inter-American Court of Human Rights* Teil des inter-amerikanischen Systems zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte und hat ihren Sitz in Washington D.C., USA. Sie ist ein unabhängiges Organ der OAS. Ihr Mandat folgt aus der *OAS Charta* und der *American Convention on Human Rights*. Sie setzt sich aus sieben von der Generalversammlung gewählten unabhängigen Mitgliedern zusammen, die keine bestimmte Staatszugehörigkeit besitzen.

⁶¹ Die IACHR arbeitete den zuerst am 18. September 1995 angenommenen Entwurf aufgrund einer Resolution der Generalversammlung aus dem Jahre 1989 (AG/RES. 1022 (XIX-O/89)) aus. 1999 beschloss die Generalversammlung eine Arbeitsgruppe (*Working Group to prepare the Draft American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*) einzurichten, um die Bearbeitung des Entwurfes fortzusetzen.

⁶² Für den Text in der englischen Fassung: <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Indigenas.en.01/index.htm>. Zu der *Proposed American Draft Declaration* siehe: „Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. The Process of Preparation, Regional Consultations and Proposal of the Inter-American Commission on Human Rights“, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights (OEA/Ser.L/V/II.95.doc.7, Rev. 1997).

⁶³ Eine vergleichende Darstellung vom 19. September 2007 der *Draft American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* und der im September 2007 verabschiedeten *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* kann in dem vom Office of International Law der Working Group to Prepare the Draft American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples der Organization of American States (OAS) erstellten Dokument GT/DADIN/doc.317/07 corr. 1 („Table of Comparing the Draft American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples“) vom 14. März 2008 eingesehen werden.

Der Entwurf enthält keine Definition für den Begriff „indigene Völker“ (*indigenous peoples*). Besonderes Merkmal indigener Völker soll aber das Recht der Selbstidentifizierung (*self-identification*⁶⁴) sein. Adressaten dieser *Proposed American Declaration* sollen also Völker sein, die sich selbst als indigen ansehen.

Neben dem Recht auf Land und Ressourcen⁶⁵ erkennt die *Proposed American Declaration* auch geistige Eigentumsrechte⁶⁶ an. So besagt Art. XX (*Intellectual Property Rights*) der *Proposed American Declaration*, dass:

“1. Indigenous peoples have the right to the recognition and the full ownership, control and protection of their cultural, artistic, spiritual, technological and scientific heritage, and legal protection for their intellectual property through trademarks, patents, copyright and other such procedures as established under domestic law; as well as to special measures to ensure them legal status and institutional capacity to develop, use, share, market and bequeath that heritage to future generations.

2. Indigenous peoples have the right to control, develop and protect their sciences and technologies, including their human and genetic resources in general, seed, medicine, knowledge of plant and animal life, original designs and procedure.”

Dieser Entwurf enthält ebenfalls keine explizite Definition des Begriffes „traditionelles Wissen“ (*traditional knowledge*). In Art. XII Absatz 1 und 2⁶⁷ erkennt die *Proposed American Declaration* aber z.B. die traditionelle Medizin als indigenen Brauch an und stellt diese sowie die dafür verwendeten (Medizin-)Pflanzen wie auch Tiere und Mineralien in ihren traditionell genutzten Gebieten unter ihren Schutz. In diesem Kontext verlangt der Erklärungsentwurf ebenfalls die Schaffung effektiver rechtlicher Rahmenbedingungen für die Teilhabe an den in diesen Gebieten befindlichen natürlichen Ressourcen.⁶⁸

⁶⁴ Art. I (Scope and Definitions) para. 2: „Self identification as indigenous shall be regarded as a fundamental criterion for determining the peoples to which the provisions of this Declaration apply“.

⁶⁵ Siehe Art. XIII (*Right to environmental protection*), insbesondere paras. 3, 4, 7; Art. XVIII (*Traditional forms of ownership and cultural survival, Rights to land, territories and resources*) insbesondere para. 2, 4 der *Proposed American Declaration*.

⁶⁶ Siehe Meyer, RECIEL Vol. 10 (2001), S. 37 f.

⁶⁷ “Article XII. (Health and well-being): 1. Indigenous peoples have the right to legal recognition and practice of their traditional medicine, treatment, pharmacology, health practices and promotion, including preventive and rehabilitative practices. 2. Indigenous peoples have the right to the protection of vital medicinal plants, animals and minerals in their traditional territories.”

⁶⁸ Siehe hierzu Stoll/von Hahn, in: Lewinski (Hrsg.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, S.24 f.; Meyer, RECIEL Vol. 10 (2001), 37 (44 f.); Thornberry, a.a.O., S. 397 ff.

3. *World Intellectual Property Organization (WIPO)*

Die *World Intellectual Property Organization* (WIPO)⁶⁹ begann ihre Arbeit im Bereich „Traditionelles Wissen, Innovationen und Kreativität“ in der Zeit von 1998–99.⁷⁰ Die WIPO verwendet seitdem die folgende Arbeitsdefinition⁷¹ für „traditionelles Wissen“: Sie versteht unter „traditionellem Wissen“ alle auf einer bestimmten Tradition basierenden geistigen Schöpfungen und/oder Innovationen, die von Generation zu Generation weitergegeben werden, sich in Erwiderung auf ein verändertes Umfeld kontinuierlich weiterentwickeln und nach allgemeiner Auffassung einem speziellen Volk oder Territorium zugeordnet werden können.⁷² Die Generalversammlung der WIPO beschloss in ihrer 26. Sitzung⁷³ im Jahre 2000 auf Vorschlag der WIPO-Mitgliedstaaten die Schaffung des sog. „Zwischenstaatlichen Komitees für Immaterialgüterrecht und genetische Ressourcen, traditionelles Wissen und Folklore (IGC)“.⁷⁴ Das IGC beschäftigt sich mit Fragen des geistigen Eigentums im Kontext (1) des Zuganges zu genetischen Ressourcen und des gerechten Vorteilsausgleiches, (2) des Schutzes traditionellen Wissens, von Innovationen und Kreativität und (3) des Schutzes von Folklore.⁷⁵ In seiner 3. Sitzung befasste sich das IGC u.a. mit der Erarbeitung einer Definition für das Konzept des „traditionellen

⁶⁹ Die Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) ist eine zwischenstaatliche Organisation mit Sitz in Genf, die seit 1974 den Status einer UN-Sonderorganisation besitzt. Sie wurde durch das „Übereinkommen zur Errichtung der Weltorganisation für geistiges Eigentum“ gegründet, das am 14. Juli 1967 in Stockholm unterzeichnet wurde und 1970 in Kraft trat. Ziel der WIPO ist es, den Schutz des geistigen Eigentums durch die Zusammenarbeit der Staaten und die Kooperation mit anderen internationalen Organisationen weltweit zu fördern und die administrative Zusammenarbeit zwischen den Verbänden für den Schutz des geistigen Eigentums sicherzustellen. Weitere Informationen zur WIPO und ihrer Arbeit können auf der offiziellen Internetseite abgerufen werden, http://www.wipo.int/about-wipo/en/what_is_wipo.html.

⁷⁰ Siehe WIPO/WO/GA/26/6, S. 3.

⁷¹ Die WIPO bezeichnet selbst die hier wiedergegebene Definition als Arbeitsdefinition („working term“), *WIPO Report on Fact-Finding Mission in Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998–1999)*, 2001, S. 25, abrufbar unter <http://www.wipo.int/tk/en/tk/ffm/report>.

⁷² *WIPO Report on Fact-Finding Mission in Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998–1999)*, 2001, S. 25: “‘Traditional knowledge’ is one of several terms used to describe broadly the same subject matter. Other terms in usage include ‘indigenous cultural and intellectual property’, ‘indigenous heritage’ and ‘customary heritage rights’.”

⁷³ Die Sitzung fand vom 26. September bis zum 3. Oktober 2000 in Genf statt.

⁷⁴ *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*. Zum Mandat siehe WIPO/WO/GA/26/6, S. 4 ff. Bisher haben zwölf Sitzungen stattgefunden: die erste Sitzung fand vom 3. April – 3. Mai 2001 statt. Die zwölfte Sitzung des IGC fand vom 25. bis zum 29. Februar 2008 statt. Im Rahmen der 11. Sitzung des IGC ist der Vorschlag unterbreitet worden, das bis Dezember 2007 gültige Mandat des IGC im Hinblick auf die Fortsetzung der bisherigen Arbeit zu verlängern. Dieses Mandat ist von der Generalversammlung der WIPO Ende 2007 erneuert worden, so dass die 12. Sitzung des IGC im Februar 2008 unter dem neuen Mandat stattfand.

⁷⁵ Ausführliche Informationen zur Arbeit des IGC können auf der offiziellen Website abgerufen werden: <http://www.wipo.int/tk/en/igc/>.

Wissens“. Im Annex I ihrer Studie über Definitionen betreffend das „Traditionelle Wissen“⁷⁶ listet die WIPO 20 unterschiedliche Bezeichnungen⁷⁷ auf, die für diesen Begriff verwendet werden. In den Annexen II und III der Studie werden die u.a. in nationalen und regionalen Gesetzen und Gesetzentwürfen, von internationalen Organisationen, Konventionen, NGOs und der wissenschaftlichen Literatur verwendeten unterschiedlichen Definitionen wiedergegeben.

Diese Studie gibt die Vielfältigkeit, die unterschiedliche Natur sowie die differierend zugewiesene Bedeutung wieder, die bislang mit dem Terminus „traditionelles Wissen“ verbunden sind. Zudem arbeitet das IGC seit seiner 6. Sitzung⁷⁸ an der Entwicklung von Instrumenten für den umfassenden Schutz von traditionellem Wissen und traditionellen kulturellen Ausdrucksformen (*traditional cultural expressions*) vor Entwendung und Missbrauch. Diese Arbeit führte zu der Erarbeitung von Entwürfen zweier Zusammenstellungen bzw. Aufstellungen von Bedingungen für den Schutz von traditionellem Wissen und traditionellen kulturellen Ausdrucksformen (sog. *Draft Provisions for the Protection of Traditional Cultural Expressions/Folklore* (TCEs) *and for the Protection of Traditional Knowledge* (TK), im folgenden *Draft Provisions*) gegen Entwendung und Missbrauch.⁷⁹ Diese Instrumente stellen im Ergebnis eine Zusammenstellung von Grundsätzen und Zielen dar, die bei der Erarbeitung von Schutzmechanismen für traditionelles Wissen und traditionelle kulturelle Ausdrucksformen berücksichtigt werden sollten.⁸⁰ Eine Definition für die

⁷⁶ WIPO, Traditional Knowledge – Operational Terms and Definitions, WIPO/GRTKF/IC/3/9, vom 20. Mai 2002.

⁷⁷ Im Folgenden die aufgelisteten Begriffe: Traditional Knowledge, Indigenous Knowledge, Community Knowledge, Traditional Ecological Knowledge, Local Knowledge, Traditional Environmental Knowledge, Aboriginal Tradition, Cultural Patrimony, Folklore, Expressions of Folklore, Cultural Heritage, Traditional Medicine, Cultural Property, Indigenous Heritage (Rights), Indigenous Cultural and Intellectual Property (Rights), Indigenous Intellectual Property, Customary Heritage Rights, Traditional Knowledge – Innovations and Practices, Popular Culture, Intangible Component, WIPO/GRTKF/IC/3/9 Annex I.

⁷⁸ Bericht der 6. Sitzung des IGC, WIPO/GRTKF/IC/6/14, para. 109, unter Annahme des in subparagraph 104 (ii) des WIPO-Dokuments WIPO/GRTKF/IC/6/4 festgelegten Ansatzes.

⁷⁹ Im Rahmen der 7. Sitzung des IGC wurden diese Entwürfe zum ersten Mal überarbeitet: WIPO/GRTKF/IC/7/3 in Bezug auf traditionelle kulturelle Ausdrucksformen und WIPO/GRTKF/IC/7/5 in Bezug auf traditionelles Wissen. Die Stellungnahmen der unterschiedlichen Beteiligten im Rahmen des ersten von der IGC initiierten Umfrageprozesses (November 2004 bis Februar 2005) und des zweiten Umfrageprozesses (April 2005 bis Dezember 2006) können unter http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/draft_provisions.html abgerufen werden. Die aktuellen Versionen dieser Dokumente sind als Sitzungsdokumente der 10. Sitzung des IGC zur Verfügung gestellt worden: WIPO/GRTKF/IC/10/4 und WIPO/GRTKF/IC/10/5.

⁸⁰ Ein vergleichbares Dokument mit vergleichbarer Zielrichtung ist über Ziele und Grundsätze für den Schutz genetischer Ressourcen erstellt und ebenfalls laufend überarbeitet worden: siehe erster Entwurf WIPO/GRTKF/IC/11/8(a) und die aktuelle überarbeitete Version WIPO/GRTKF/IC/16/6 vom 22. May 2010 abrufbar unter http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_16/wipo_grtkf_ic_16_6.pdf.

in Frage stehenden Begriffe stellen sie aber nicht zur Verfügung. Diese Dokumente sind fortlaufend, ohne ihre grundsätzliche Struktur zu verändern, überarbeitet und weiterentwickelt worden, zuletzt im Rahmen der 22. Sitzung des IGC im Juli 2012.⁸¹

Durch die aufgezeigte Arbeit der WIPO wird deutlich, dass die Erarbeitung einer adäquaten, einheitlichen und international anerkannten Definition eine große Herausforderung darstellt und möglicherweise nicht erreicht werden kann. Zudem ist aber zu bemerken, dass die Erarbeitung einer bestimmten Definition für die Bestimmung der Reichweite des Schutzbereiches möglicherweise auch nicht erforderlich ist. Zu denken ist hier zum Beispiel an das Verwenden von offenen Definitionen in internationalen Regelungswerken wie zum Beispiel der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (im Folgenden Berner Übereinkunft).⁸² Art. 2.1 der Berner Übereinkunft⁸³ stellt keine bestimmte Definition des Begriffes „Werke der Literatur und Kunst“ zur Verfügung. Vielmehr arbeitet die Berner Übereinkunft mit einem nicht abgeschlossenen Katalog von Beispielen, die dazu dienen, die Kategorien von Werken zu bestimmen, die in ihren Schutzbereich fal-

⁸¹ Zu den Aktualisierungen der Ziele und Grundsätze des Schutzes von traditionellem Wissen siehe WIPO/GRTKF/IC/16/5, vom 22. May 2010, Text abrufbar unter http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_16/wipo_grtkf_ic_16_5.pdf. Zu den Aktualisierungen der Ziele und Grundsätze des Schutzes von traditionellen kulturellen Ausdrucksformen und Folklore siehe WIPO/GRTKF/IC/16/6, vom 22. May 2010, Text abrufbar unter http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_16/wipo_grtkf_ic_16_4.pdf. Zu diesen Dokumenten sind bisher drei Kommentierungsrunden durchgeführt worden. Die jeweiligen Stellungnahmen können chronologisch unter http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/draft_provisions.html abgerufen werden. Folgende Dokumente enthalten Studien zur Annahme und Umsetzung der aufgestellten Ziele und Prinzipien auf regionaler und nationaler Ebene: WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4 (TCEs) und WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5 (TK). Zum Zwecke der Veröffentlichung ist die Arbeit hier auf den Stand der 22. Sitzung des IGCs (Juli 2012) gebracht worden. Die nächste Sitzung des IGC ist für 2013 geplant.

⁸² Die am 5. Dezember 1887 zunächst in acht Staaten (Belgien, Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Italien, Schweiz, Spanien und Tunesien) in Kraft getretene Berner Übereinkunft begründete zum ersten Mal die Anerkennung des Urheberrechts zwischen souveränen Nationen. Die Berner Übereinkunft war auf Veranlassung von Victor Hugo erarbeitet worden. In der Pariser Fassung vom 24. Juli 1971 abgedruckt in: Bundesgesetzblatt 1973 II S. 1071, 1985 II S. 81.

⁸³ „Art. 2. (1). Die Bezeichnung ‚Werke der Literatur und Kunst‘ umfaßt alle Erzeugnisse auf dem Gebiet der Literatur, Wissenschaft und Kunst, ohne Rücksicht auf die Art und Form des Ausdrucks, wie: Bücher, Broschüren und andere Schriftwerke; Vorträge, Ansprachen, Predigten und andere Werke gleicher Art; dramatische oder dramatisch-musikalische Werke; choreographische Werke und Pantomimen; musikalische Kompositionen mit oder ohne Text, Filmwerke einschließlich der Werke, die durch ein ähnliches Verfahren wie Filmwerke hervorgebracht sind; Werke der zeichnenden Kunst, der Malerei, der Baukunst, der Bildhauerei, Stiche und Lithographien; photographische Werke, denen Werke gleichgestellt sind, die durch ein der Photographie ähnliches Verfahren hervorgebracht sind; Werke der angewandten Kunst; Illustrationen, geographische Karten; Pläne, Skizzen und Darstellungen plastischer Art auf den Gebieten der Geographie, Topographie, Architektur oder Wissenschaft.“

len. Ähnlich verhält es sich mit der Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ)⁸⁴ und dem TRIPs-Übereinkommen. So benennt die PVÜ nur die Gegenstände, die in dem Schutzbereich des gewerblichen Eigentums fallen, definiert diese aber nicht.⁸⁵ Auch das TRIPs-Übereinkommen definiert die relevanten Begriffe, die den Gegenstand beschreiben, für die das Abkommen internationale Schutzstandards setzt, nicht. Es bleibt den Mitgliedstaaten überlassen, diese Begriffe selbst auszufüllen.

Bis dato hat das IGC dreiundzwanzig Mal getagt.⁸⁶ Im Jahre 2009 hat die WIPO-Generalversammlung das Mandat des IGC erneut erweitert. Das von 2009 bis 2011 bestehende neue Mandat des IGC, welches einen genauen Zeitplan enthält, umfasst insbesondere die Aufforderung, im September 2011 an die Generalversammlung der WIPO den Text (oder die Texte) eines international legalen Instruments (oder mehrerer Instrumente), das (die) den effektiven Schutz von genetischen Ressourcen, traditionellem Wissen und traditionellen kulturellen Ausdrucksformen gewährleisten soll (sollen), einzureichen.⁸⁷ Das Ziel dieses Mandats wurde nicht erreicht. Daher hat die General-Versammlung in ihrer 40. Sitzung⁸⁸ das Mandat des IGC erneut verlängert auf den Zeitraum 2012 bis 2013 mit den im Dokument WO/GA/40/7 vereinbarten Arbeitsrahmenbedingungen. Der bis 2013 geltende neue Arbeitsplan legte drei weitere Sitzungen des IGC fest zur weiteren inhaltlichen Verhandlung von Schutzinstrumenten für *Traditional Cultural Expressions* (TCEs), *Traditional Knowledge* (TK) und *Genetic Resources* (GRs) im Verhältnis zum Schutz geistigen Eigentums. Derzeit liegen jeweils konsolidierte Texte für die drei Bereiche vor, wobei der Entwurf für den Schutz von TCEs inhaltlich am weitesten abgestimmt ist. Die Entwürfe für den Schutz von TK und GRs lässt, insbesondere für genetische Ressourcen, sehr viele Fragen offen. Bereits das durch die Generalversammlung verlängerte Mandat des IGCs sieht eine weitere Sitzung des IGCs für 2013 vor. Die 23. IGC Sitzung sollte unter Berücksichtigung der Entscheidung der Generalversammlung von 2012 das weitere Vorgehen in Bezug auf die vorgelegten

⁸⁴ Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums vom 20. März 1883, zuletzt geändert am 22. Juli 2004 (BGBl. II 1984, S. 799). Inzwischen gehören 171 Staaten diesem Abkommen an, jedoch nicht alle der aktuellen (Stockholmer) Fassung.

⁸⁵ Vgl. hierzu den Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 PVÜ.

⁸⁶ Die Dokumente zu allen Sitzungen können unter http://www.wipo.int/meetings/en/topic.jsp?group_id=110&items=10 abgerufen werden.

⁸⁷ Der zitierte Teilabsatz des Mandats lautet wörtlich: „[...] (d) The Committee is requested to submit to the 2011 General Assembly the text (or texts) of an international legal instrument (or instruments) which will ensure the effective protection of GRs, TK and TCEs. The General Assembly in 2011 will decide on convening a Diplomatic Conference.“ *WIPO, Matters Concerning the Intergovernmental committee on intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, 1 – 2 Agenda Item 28, WIPO G. A., 38. Sitzung, 22. September bis 1. Oktober 2009, Text abrufbar unter: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_15/wipo_grtkf_ic_15_ref_decision_28.pdf.

⁸⁸ Assemblies of Members States of WIPO Fortieth (20th Ordinary) Session, September 26 to October 5, 2011, Agenda Item 31, WO/GA/40. Das Dokument kann abgerufen werden unter: http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=23138.

Entwürfe der Schutzinstrumente beraten und Vorschläge für die weitere Arbeit an den Texten erarbeiten. Die im Februar 2013 erfolgte 23. IGC Sitzung hat einen ca. 10-seitigen Textentwurf hervorgebracht (*Consolidated Document Relating to Intellectual Property and Genetic Resources*), der folgende Elemente umfasst: wichtige Definitionen, Ziele (*policy objects*), Schutzgegenstand, Begünstigte, Anwendungsbereich des Instruments, Sanktionen und Rechtsmittel, internationale Kooperation.⁸⁹ Der Textentwurf nebst Kommentare und sonstige Anmerkungen zu neuen Textpassagen wird der Generalversammlung im September 2013 zur weiteren Entscheidung vorgelegt werden.⁹⁰

Auf das Verhältnis zwischen dem aktuell in Verhandlung stehenden internationalen ABS-Regime⁹¹ und der Arbeit des IGC in Bezug auf das neue Mandat zur Entwicklung eines Schutzinstruments für traditionelles Wissen wird ausführlich in Kapitel 5 dieser Arbeit eingegangen.

4. Das Übereinkommen über die biologische Vielfalt (CBD)

Auch das Übereinkommen über die biologische Vielfalt enthält keine explizite Definition für den Begriff des „traditionellen Wissens“. Im Rahmen der *in-situ*-Erhaltung⁹² besagt die CBD in Art. 8 lit. j, dass:

“Each Contracting Party shall, as far as possible and appropriate:

(j) Subject to its national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the approval and involvement of the holders of such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge, innovations and practices.”⁹³

⁸⁹ Der Text des Instruments kann abgerufen werden unter http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=27423.

⁹⁰ Der Abschlussbericht der 23. IGC Sitzung wird korrigiert und der 25. IGC Sitzung zur Abnahme vorgelegt werden, die für Juli 2013 vorgesehen ist.

⁹¹ Siehe zum Thema „internationales ABS-Regime“ ausführlich Kapitel 5 dieser Arbeit. Das *Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits from their Utilization to the CBD* (im folgenden Nagoya Protokoll zu ABS) ist nach Fertigstellung dieser Arbeit auf der 10. Vertragsstaatenkonferenz zur CBD angenommen worden. Kapitel 5 ist dementsprechend zum Zwecke der Veröffentlichung in Bezug auf die wesentlichen Elemente des Protokolls aktualisiert worden. Der Vertragstext kann abgerufen werden unter <http://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>.

⁹² Erhaltung der biologischen Vielfalt in der Umgebung, in der sie bzw. ihre Bestandteile ihre besonderen Eigenschaften entwickelt hat bzw. haben, vgl. Art. 2 CBD.

⁹³ Für den Vertragstext in englischer Fassung: <http://www.cbd.int/convention/text>. Die offiziellen Vertragssprachen sind Arabisch, Chinesisch, Englisch, Französisch, Russisch und Spanisch. Im Folgenden wird grundsätzlich der englische Vertragstext verwandt.

Damit legt Art. 8 (j) CBD fest, dass die entsprechenden Staaten durch innerstaatliche Rechtsvorschriften die Verbreitung und Anwendung traditionellen Wissens nach vorheriger informierter Billigung und angemessener Beteiligung der Träger dieses Wissens fördern sollen. Diese Vorschrift verpflichtet dabei direkt nur die Staaten, in denen die indigenen Gemeinschaften leben.⁹⁴ Durch die genannte Regelung greift die CBD zwar die oben dargelegte allgemeine internationale Entwicklung zur Stärkung der Rechte von indigenen Völkern auf. Die CBD statuiert aber keine eigenen Rechte im umfassenden Sinne, sondern begründet nur eine allgemeine staatliche Förderungspflicht, die wiederum durch einen staatlichen Regelungsvorbehalt ihrerseits abgeschwächt wird.

5. Zusammenfassung

Der im Rahmen dieser Arbeit verwendete Begriff des „traditionellen Wissens“ ist insbesondere an die von der WIPO untersuchten Begriffe und die im Kontext der CBD für das traditionelle Wissen genannten Kriterien angelehnt.

Dabei ist im hier verwendeten Begriff des „traditionellen Wissens“ der zu unterscheidende Begriff des „indigenen Wissens“⁹⁵ (*indigenous knowledge*) mit eingeschlossen.⁹⁶ Als indigenes Wissen wird das Wissen angesehen, das von Völkern, die sich selbst als indigen bezeichnen, gehalten und genutzt wird. Das indigene Wissen ist eng gekoppelt an die Definition der indigenen Gemeinschaften, die nach der *ILO Convention No. 169* durch ein „*claim of prior territorial occupancy*“⁹⁷, also durch geltend gemachte territoriale Vorgeschichte gekennzeichnet sind. Danach kann das indigene Wissen als Bestandteil des traditionellen Wissens angesehen werden, da es als traditionelles Wissen einer indigenen Gemeinschaft eingestuft werden kann.⁹⁸ Dagegen kann nicht jede Art von traditionellem Wissen als indigenes Wissen eingestuft werden, da es nicht immer ortsgebunden ist und nicht nur indigene Gemeinschaften Halter bzw. Träger dieses Wissens sein müssen. Damit wird auch deutlich, dass der Begriff des indigenen Wissens den Wissensträger selbst in den Vordergrund

⁹⁴ Die Ableitung einer rechtlichen Verpflichtung dritter Vertragsstaaten ist zweifelhaft, vgl. dazu *Stoll*, Gestaltung der Bioprospektion, S. 6 f.

⁹⁵ Bis heute liegt keine allgemein anerkannte Definition des Begriffes „indigen“ vor; seine genaue Bedeutung und Auswirkungen sind weiterhin sehr umstritten. Siehe hierzu *UN-ECOSOC-Commission on Human Rights*, Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations, von *José Martínez Cobo*, Dok. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add. 4, paras. 379–380.

⁹⁶ Dort wo es erforderlich ist, wird auf eine Differenzierung der Begriffe eingegangen werden.

⁹⁷ Siehe zu der Definition Fn. 50.

⁹⁸ Siehe auch *Mugabe*, Intellectual Property Protection and Traditional Knowledge. An Exploration in International Policy Discourse, S. 1 (3 ff.).

rückt.⁹⁹ Demgegenüber legt der Begriff des traditionellen Wissens den Schwerpunkt in der Art, die Form und den Erwerb dieser Kenntnisse.¹⁰⁰

Traditionelles Wissen bezieht sich damit auf Kenntnisse, Innovationen und Verfahrensweisen indigener und brauchtümllich lebender lokaler Gemeinschaften auf der ganzen Welt. Das traditionelle Wissen basiert auf jahrhundertelangen Erfahrungen. Es ist an die örtliche Kultur und Umwelt angepasst und wird in der Regel mündlich von Generation zu Generation weitergegeben. Es befindet sich in der Regel bei der Gemeinschaft (kollektives Eigentum) und zeigt sich insbesondere in Form von Legenden, Liedern, Sprichwörtern, kulturellen Werten, religiösen Überzeugungen, Ritualen, ungeschriebenen Gesetzen, Heilpraktiken oder landwirtschaftlichen Methoden, wie derjenigen der Pflanzen- und Tierzüchtung.

Das traditionelle Wissen ist im Zusammenhang mit genetischen Ressourcen als Bestandteil der biologischen Vielfalt zu sehen. Die genetischen Ressourcen bilden in der Regel das Ausgangsmaterial für die Entstehung und Entwicklung dieses Wissens; es ist das Resultat von über Generationen durchgeführtem experimentellen Forschen mit genetischen Ressourcen jeglicher Erscheinungsart. Eine getrennte Aneignung gefährdet sowohl den Bestand der Trägerschaft (insbesondere indigene Gemeinschaften oder lokale Gruppen) als auch den Bestand und die Erhaltung des traditionellen Wissens selbst.

Im ABS-Kontext spielt das traditionelle Wissen eine wichtige Rolle sowohl bei den Zugangsaktivitäten wie auch in der Nutzungs- bzw. Verwertungsphase, wenn der Wert genetischer Ressourcen angewandt und ausgeschöpft wird. Auf die möglichen Auswirkungen des neuen Mandats des IGC, ein oder mehrere Instrumente zum Schutz traditionelles Wissen der Generalversammlung im September 2012 vorzulegen sowie auf das Verhältnis dieser Arbeit zu den laufenden Verhandlungen eines internationalen ABS-Regimes, wird ausführlich im Kapitel 5 dieser Arbeit eingegangen.

Im Rahmen dieser Arbeit werden in der nach Ländern aufgeteilten Darstellung der Zugangsregime genetische Ressourcen und traditionelles Wissen in der Regel zusammen behandelt, da sich beide Themenbereiche in zahlreichen Punkten überschneiden und auch in den jeweiligen Zugangsregimen parallel geregelt sind.

⁹⁹ Von Hahn, Traditionelles Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften, S. 13. Dutfield, in: Twarog/Kapoor (Hrsg.), Protecting and Promoting Traditional Knowledge, S. 141 (141).

¹⁰⁰ Von Hahn, Traditionelles Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften, S. 13.; Wolfrum/Klepper/Stoll/Franck, Genetische Ressourcen, traditionelles Wissen und geistiges Eigentum im Rahmen des Übereinkommens über die biologische Vielfalt, S. 43; Gervais, Michigan State Law Review (2005) Vol. 137 (140); Lima/Baptista/Bensusan, in: Lima/Bensusan (Hrsg.), Quem cala consente, S. 203 (205); Weeraworawit, in: Bellmann/Dutfield/Meléndez-Ortiz (Hrsg.), Trading in Knowledge, S. 157 (159 f.).

III. Der Begriff der Biopiraterie

1. Hintergrund

Eine anerkannte Definition der „Biopiraterie“ ist bis heute nicht gegeben.¹⁰¹ Der Begriff „Biopiraterie“ ist 1993 zunächst von Pat Mooney geprägt worden, der ihn als Präsident der NGO RAFI¹⁰² in die Diskussion einführte.

Der Begriff bezog sich dabei auf:

“[...] the use of intellectual property systems to legitimize the exclusive ownership and control of biological resources and knowledge, without recognition, compensation or protection for contributions from indigenous and rural communities [...] thus bioprospecting cannot be considered anything but biopiracy¹⁰³”¹⁰⁴

Gemeint ist damit die als einseitige Ausbeutung empfundene Nutzung der vor allem in den Entwicklungsländern konzentrierten genetischen Ressourcen durch die Industrieländer oder die dort angesiedelten Unternehmen.¹⁰⁵ Damit knüpft dieser Begriff anders als der Begriff der Produktpiraterie nicht an das Verhalten von Entwicklungsländern im Zusammenhang mit der Verletzung von Schutzrechten des geistigen Eigentums an. Es enthält vielmehr den Vorwurf der einseitigen und unkompenzierten Ausbeutung der vor allem in Entwicklungsländern vorhandenen biologischen Vielfalt und dem damit verbundenen traditionellen Wissen indigener oder lokaler Gemeinschaften durch Industriestaaten bzw. in Industriestaaten ansässigen Unternehmen insbesondere mittels Patenten auf ressourcenbasierte Erfindungen.¹⁰⁶

¹⁰¹ Eine aktuelle Zusammenstellung der von Vertragsstaaten geäußerten Ansichten zu diesem Begriff ist im Rahmen eines Experten-Workshops zusammengetragen worden: *Ad hoc open-ended Working Group on Access and Benefit-Sharing*, Record of the Discussions of the International Expert Workshop on Access to Genetic Resources and Benefit-sharing: Generating new ideas and thinking – Note by the Executive Secretary, UN-Doc. UNEP/CBD/WG-ABS/3/INF/6/ vom 11. Januar 2005, S. 6. „In the subsequent discussion, it was recognized that there is no agreed definition of biopiracy and that each country would define it according to its own views.“ Zugleich ist aber Konsens darüber entstanden, dass Biopiraterie als illegalen Zugang zu genetischen Ressourcen verstanden werden kann: „Biopiracy could be defined as when illegal access to genetic resources is obtained.“

¹⁰² RAFI: *Rural Advancement Foundation International*, jetzt ECT Group: *Action Group on Erosion, Technology and Concentration* aus Kanada.

¹⁰³ *Delgado*, Biopiracy and Intellectual Property as the Basis for Biotechnological Development: The Case of Mexico, *International Journal of Politics, Culture and Society*, (2002) Vol. 16, No. 2, S. 297 (299).

¹⁰⁴ Vergleiche hierzu auch die nun gängige Begriffsdefinition von „Biopiraterie“ bei *Correa*, *Traditional Knowledge and Intellectual Property*, S. 7.

¹⁰⁵ Vgl. auch *Spranger*, GRUR (2001), S. 89 (89).

¹⁰⁶ Siehe hierzu auch *Spranger*, GRUR (2001), S. 89; *Götting*, GRUR Int. (2004), 731 (732); *Dutfield*, in: *CONABIO*, Taller Internacional de Expertos sobre el Acceso a los Recursos Genéticos

Konkret ist damit die Vorgehensweise von Pharmaunternehmen aus Industriestaaten gemeint, die ohne vorherige Zustimmung der betroffenen Gemeinschaft und/oder des Herkunftslandes Boden- und Pflanzenproben überwiegend aus den Ländern der Südhalbkugel sammeln, um sie für die Entwicklung und spätere Patentierung ihrer Produkte ohne Gewinnbeteiligung der Ursprungsländer bzw. derer indigener Gemeinschaften zu verwerten.¹⁰⁷ Bis zur Entscheidung des *US Supreme Court Diamond v. Chakrabarty*¹⁰⁸ im Jahr 1980 wurden nur technische Produkte als Erfindungen angesehen und nur diese konnten Patentschutz erlangen. Zu bemerken ist aber, dass in Deutschland der BGH mit seiner „Rote-Taube“-Entscheidung bereits im Jahre 1969 die Möglichkeit der Patentierung von Erfindungen auf der Grundlage lebender Materie eröffnet hat.¹⁰⁹ Mit der *Diamond-v.-Chakrabarty*-Entscheidung wurde zum ersten Mal die Patentierbarkeit auf isolierte Gene und genetische veränderte Pflanzensorten ausgedehnt. Diese Entscheidung ebnete in den USA den Weg für die Patentierung gentechnisch veränderter Organismen jeder Art. Nach diesem Urteil setzte sich in zahlreichen Industriestaaten die Patentierbarkeit von lebender Materie, wie z.B. Zellen, Zellteilen und Genen, durch. Diese Praxis beruhte zunächst auf dem Gedanken, dass eine Erfindung allein deshalb nicht vom Patentschutz auszuschließen sei, weil sie auf lebender Materie beruhe oder diese verwende. Bis zum Inkrafttreten des TRIPs-Abkommens¹¹⁰ und unabhängig von diesem allgemein unterstützten Grundsatz differierten die nationalen Gesetze dieser Staaten erheblich im Hinblick auf die Reichweite und den Umfang der Patentierbarkeit von biotechnologischen Erfindungen. Hier waren auch die Unterschiede zu den Entwicklungsländern¹¹¹ am größten, die mehrheitlich einen Schutz durch Patente für Pflanzensorten und Tierarten durch ihre Rechtsordnungen nicht gewährten.¹¹² Diese Neuorientierung in der Praxis der Patentämter bewirkte, dass

y Distribución de Beneficios, S. 103 (104); Schlussbericht der Enquete-Kommission Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderung und Antworten, BT-Drucksache 14/9200, S. 350; *Downes*, Colum. J. Envtl. L. (2000), S. 253 (263); *Woods*, Alb. L. J. Sci & Tech. 2002, S. 123 (134).

¹⁰⁷ Siehe auch *Klaffenböck* et al. (Hrsg.) 2001, S.283. Siehe für eine Zusammenstellung von als Biopiraterie bezeichneten Fällen „Analysis of Claims of ‘Unauthorised Access and Misappropriation of Genetic Resources and Associated Traditional Knowledge’“, Research Report prepared by IUCN-Canada, December 8, 2005, im Umlauf unter der Dokumentenbezeichnung UNEP/CBD/WG-ABS/4/INF/6 vom 22. Dezember 2005.

¹⁰⁸ *US-amerik. Supreme Court, Diamond*, Commissioner of Patents and Trademarks v. Chakrabarty, [1980] 447 U.S. 330. Das 1972 angemeldete Patent bezog sich auf einen genetisch modifizierten Mikroorganismus. Zur Geschichte der Entscheidung siehe ausführlich *Chisum/Nard/Newman/Kieff*, Principles of Patent Law, Cases and Materials, S. 758–763; U.S. Supreme Court, GRUR Int. 1980, 627.

¹⁰⁹ BGHZ 52, 72 – Rote Taube.

¹¹⁰ Ausführlich zum TRIPs-Abkommen unten unter 5. Teil, A.I. und II.

¹¹¹ Siehe dazu *WIPO*, Memorandum on Exclusion from Patent Protection, Document Nr. HL/CE/IV/INF/1, abgedruckt in *Industrial Property* (1988), S. 192 ff.

¹¹² Siehe dazu die kritische Stellungnahme von *Bai* in *Texas Intl L. J.* 32 (1997), S. 139 (148 f.) zu der fehlenden sachlichen Unterscheidung zur Patentierbarkeit von Mikroorganismen.

Patente auf lebende Organismen in den Blickwinkel des allgemeinen, weltweiten wirtschaftlichen Interesses rückten. Heutzutage werden pro Jahr Unmengen von Patenten mit Bezug zu Pflanzen erteilt.¹¹³ Die wachsende Nachfrage für biologische und genetische Ressourcen insbesondere in der Pharma-, landwirtschaftlichen und kosmetischen Industrie haben in den vergangenen Jahrzehnten zu einer vermehrten Durchführung von Prospektionsaktivitäten¹¹⁴ in den sog. megadiversen Staaten, hauptsächlich der Südhalbkugel, geführt.¹¹⁵ Dieses Phänomen ist zunehmend von dem Stichwort „Biopiraterie“ begleitet worden, insbesondere in den Fällen, in denen traditionelles oder indigenes Wissen bei der Suche nach neuen kommerziell vielversprechenden Wirkstoffen in Pflanzen oder andere biologische Ressourcen ohne Beteiligung der betreffenden Gemeinschaften herangezogen worden ist. In diesem Zusammenhang steht die weitergehende Problematik der auf diese Ressourcen beruhenden später entwickelten (biotechnologischen) Erfindungen, die Patentschutz erlangt haben, und zwar ohne Beteiligung der betreffenden Gemeinschaften am wirtschaftlichen Erfolg der ressourcenbasierten Erfindung.¹¹⁶

Damit wird deutlich, dass der Begriff der „Biopiraterie“ kein technischer oder ein – etwa in der CBD – vertraglich definierter Begriff ist. Vielmehr handelt es sich bisher um einen politisch¹¹⁷ und in seinen Ursprüngen geprägten „Kampfbegriff“ mit der Zielsetzung, die rechtliche Zulässigkeit von unter dem Begriff „Biopiraterie“ allgemein zusammengefassten Handlungsweisen in Frage zu stellen und damit eine (rechtliche) Grundlage einerseits zur Unterbindung solcher Handlungen und andererseits zur Errichtung einer Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg der ressourcenbasierten (biotechnologischen) Erfindung zu schaffen.

2. Die Bedeutung der Bioprospektion

Der Vorgang der gezielten Suche nach biologischem Material und die Erforschung seiner Eigenschaften sowie die Analyse seiner Bestandteile im Hinblick auf eine nutzbringende Verwendung durch Industrie¹¹⁸ und Wirtschaft wird als „Biopro-

¹¹³ Nach einem Bericht auf Arte vom 15. November 2005 werden pro Jahr weltweit Tausende von Patenten auf Pflanzen erteilt.

¹¹⁴ Zur Erläuterung des Begriffs der Bioprospektion siehe 1. Teil, A. III.

¹¹⁵ Die Prospektionsaktivitäten auf den besonderen Wert der genetischen Ressourcen, konkretisiert in der genetischen Information, die in den funktionalen Erbinheiten gespeichert ist. Hierbei sind damit zum Beispiel die Pflanze oder das Saatgut und ihre physikalischen Eigenschaften als organisches Trägermaterial an sich irrelevant.

¹¹⁶ Zu der Klassifizierung in sog. *bad patents* und *good patents* siehe Federle, Biopiraterie und Patentrecht, 2005.

¹¹⁷ Siehe auch Stellungnahme von Peru: *Patentes referidas al Lepidium meyenii (maca)*: Respuestas del Perú, WIPO, Dok. WIPO/GRTKF/IC/5/13 vom 12. Mai 2003, S. 2, 4.

¹¹⁸ Siehe ausführlich für die Bioprospektion im Bereich der medizinischen Forschung Gehl *Sampath*, Regulating Bioprospecting: Institutions for Drug Research, Access and Benefit-Sharing, 2005.

spektion¹¹⁹ bezeichnet.¹²⁰ Der Begriff „Bioprospektion“ wird vom Sekretariat der CBD wie folgt definiert „[...] the exploration of biodiversity for commercially valuable genetic resources for the development of new commercial products.“¹²¹ Damit wird deutlich, dass bei diesem Begriff der Schwerpunkt im wirtschaftlichen Bereich liegt, also in der Suche von *wirtschaftlich verwertbaren* genetischen bzw. biochemischen Ressourcen. Der Begriff des „Zugangs zu genetischen Ressourcen“ ist gegenüber dem Begriff der „Bioprospektion“ weiter zu verstehen. Der Zugang zu genetischen Ressourcen umfasst neben der zu wirtschaftlichen Verwertung gezielten Suche genetischer Ressourcen auch deren Suche und Nutzung für andere Zwecke, wie z.B. der nicht-kommerziellen Grundlagenforschung.¹²² Damit ist Bioprospektion lediglich ein Teilaspekt des Zugangs zu genetischen Ressourcen, worüber zwischen den Vertragsstaaten der CBD weitgehend Konsens zu herrschen scheint.¹²³ Die vorliegende Arbeit beschränkt sich nicht auf den kommerziellen Aspekt der Suche nach genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen. Damit bezieht sich im Rahmen dieser Arbeit die Untersuchung schwerpunktmäßig auf den Begriff des Zugangs und nicht allein der Bioprospektion.

Die Aneignung von genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen findet permanent statt.¹²⁴ Einerseits kann diese Aneignung legal ver-

¹¹⁹ Vgl. insbesondere *Stoll*, Gestaltung der Bioprospektion, S. 3. Die WHO definiert den Begriff in *TRIPS, CBD and Traditional Medicines: Concepts and Questions, Report of an ASEAN Workshop on the TRIPS-Agreement and Traditional Medicine, Jakarta, 13.–15. February 2001* folgendermaßen: „Bioprospecting can be defined as the systematic search for and development of new sources of chemical compounds, genes, micro-organisms, macro-organisms, and other valuable products from nature. [...] So, in brief, bioprospecting means looking for ways to commercialise biodiversity. Lately, exploration and research on indigenous knowledge related to the utilization and management of biological resources has also been included into the concept of bioprospecting. Thus, bioprospecting touches upon the conservation and sustainable use of biological resources and the rights of local and indigenous communities.“

¹²⁰ *Thomas Eisner* beschrieb 1991 mit dem Begriff „*Chemical Prospecting*“ erstmals einen Vorgang, bei dem durch gezielte Forschungstätigkeit neue und nützliche Produkte entdeckt werden können („[...] exploratory process by which new, useful natural products are discovered.“), siehe *Eisner*, *Chemical Prospecting: A Proposal for Action*, in: *Bormann/Kellert* (Hrsg.), *Ecology, Economics, Ethics: The Broken Circle*, S. 196 (196).

¹²¹ *Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, Progress Report on the Implementation of the Programmes of Work – Information on Marine and Coastal Genetic Resources including Bioprospecting*, UN-Doc. UNEP/CBD/COP/5/INF/7, para. 7.

¹²² Siehe zu diesem Begriff ausführlich unten 2. Teil, A. III., IV. 2.

¹²³ Vgl. hierzu die Zusammenstellung der von den Vertragsstaaten der CBD dargelegten Definitionsansätze in: *Ad hoc open-ended Working Group on Access and Benefit-Sharing, Further Consideration of Outstanding Issues Related to Access and Benefit-sharing: Use of Terms, Definitions and/or Glossary, as Appropriate*, Note by the Executive Secretariat, UN-Doc. UNEP/CBD/WG-ABS/4/7, S. 3 ff.

¹²⁴ Für eine detaillierte Analyse der bekanntesten als „Biopiraterie“ bezeichneten Fälle, wie z.B. das „Neem-Patent“, das „Ayahuasca-Patent“, und das „Turmeric-Patent“, siehe *Federle*, *Biopiraterie und Patentrecht*, 2005. *Federle* trifft eine Differenzierung zwischen sog. *bad patents* und *good patents*. Als Beispiel für die letztgenannte Kategorie bespricht sie den „Hoodia Pflanzen-Fall“.

laufen, wenn sie innerhalb eines an die CBD angelehnten nationalen rechtlichen Rahmens, und zwar in Gestalt von Zugangsabkommen, auch Bioprospektionsverträge genannt, erfolgt. Die betreffenden Zugangsabkommen können dabei auch am internationalen Recht (z.B. der CBD) orientiert sein, ohne dass dieses bereits in nationales Recht umgesetzt worden sein müsste.

Andererseits kann die Aneignung ganz ohne rechtlichen Rahmen oder innerhalb eines Rahmens, der den Zugangsvorschriften der CBD nicht genügt, erfolgen. Unter dem Blickwinkel der CBD ist jede konventionswidrige Aneignung von genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen als „Biopiraterie“ einzustufen und stellt daher ein Teilaspekt der „*access and benefit sharing*“-Problematik dar. Diese befasst sich mit den Fragen des Zugangs zu genetischen Ressourcen und traditionellem Wissen sowie der ausgewogenen und gerechten Aufteilung der aus ihrer Nutzung entstehenden (wirtschaftlichen) Vorteile.

Der rechtliche Rahmen für den Zugang zu genetischen Ressourcen ist in den Art. 15 ff. CBD geregelt. Dieser Zugang (*access*) zu den genetischen Ressourcen darf nur nach vorheriger Zustimmung des entsprechenden Mitgliedstaates bei Kenntnis der Sachlage erfolgen (*prior informed consent*, PIC; Art. 15 Abs. 5 CBD). Der Zugang soll ferner, soweit er überhaupt gestattet wird, auf der Grundlage beiderseits akzeptierter Bedingungen erfolgen (*mutually agreed terms*, MATs; Art. 15 Abs. 4 CBD). Er muss zudem mit einem gerechten Vorteilsausgleich einhergehen (*Benefit-Sharing*). In Art. 16 CBD sind die Regelungen für den Zugang zur Technologie, einschließlich Biotechnologie niedergelegt und im Abs. 2 mit dem ausdrücklichen Zusatz versehen, dass geistige Eigentumsrechte (*Intellectual Property Rights*, IPRs) gesichert bleiben müssen. Jedoch ist dieses Verfahren sehr kosten- und zeitintensiv und wird deshalb gerne umgangen.¹²⁵

Damit liegt nun durch die CBD ein international anerkannter Rahmen für ein Verfahren vor, das den legalen Zugang zu biologischen Ressourcen ermöglichen soll.

3. Der Begriff der Biopiraterie in dieser Arbeit

Die CBD legt positiv fest, unter welchen Zugangsbedingungen „Biopiraterie“ auszuschließen ist. Im Umkehrschluss umfasst der im Rahmen dieser Arbeit verwendete Begriff der sog. Biopiraterie damit jede konventionswidrige Aneignung von genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen.¹²⁶ Neuerding besteht zudem die Bestrebung, die Fälle der sog. Biopiraterie unter den Begriffen

¹²⁵ Vgl. z.B. die laufenden Debatten in Mexiko um Biopiraterie und um die Illegalität verschiedener Zugangsabkommen im Internet, <http://www.ciepac.org>.

¹²⁶ Zum Thema „unrechtmäßige Aneignung“ und der schwierigen Beurteilung, welche Fälle unter diesem Begriff fallen siehe u.a. *Dutfield*, What is Biopiracy?, document presented at the Expert Workshop on Access and Benefit-Sharing, Cuernavaca, Mexico, October, 2004, and, *Young*, Analysis of Claims of Unauthorized Access and Misappropriation of Genetic Resources and Associated Traditional Knowledge, a report prepared for IUCN-Canada and distributed at the

der „Entwendung genetischer Ressourcen“ oder der „unrechtmäßigen Aneignung“ („*misappropriation of genetic resources*“) zu fassen, da diese Begriffe wertneutral einen Sachverhalt beschreiben und die bisher vorgenommene moralische, ethische und den Nord-Süd Konflikt aufgreifende Wertung von „Biopiraterie“ nicht innehaben.

2. Teil: Die Regelungen über den Zugang zu genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen

A. Die Zugangs- und Teilhabeordnung des Übereinkommens über die Biologische Vielfalt

I. Einleitung

Das Übereinkommen über die biologische Vielfalt¹²⁷ (*Convention on Biological Diversity*, *CBD*)¹²⁸ geht von dem Eigenwert der biologischen Vielfalt (Biodiversität) aus und unterstreicht deren Bedeutung für die Evolution und für die Bewahrung der lebenserhaltenden Systeme der Biosphäre.¹²⁹ Die CBD stellt dabei eine Art

¹²⁷ Im Rahmen dieser Arbeit auch als Konvention über die Biologische Vielfalt bezeichnet.

¹²⁸ Zur *Convention on Biological Diversity* siehe Fn. 21.

¹²⁹ Siehe dazu Präambel der CBD.

„Umbrella“-Konvention¹³⁰ dar: sie bezweckt, für die vielfältigen internationalen Instrumente des Naturschutzes und die unterschiedlichen Ansätze des Gebiets- und Artenschutzes einen gemeinsamen Regelungsrahmen zu schaffen.

Der Charakter als umfassendes völkerrechtliches Rahmenübereinkommen¹³¹ bringt es mit sich, dass die CBD ausfüllungsfähig und ausfüllungsbedürftig¹³² ist. Eine Ausfüllung des Rahmenübereinkommens erfolgt insbesondere durch entsprechende Protokolle.¹³³ Durch das Übereinkommen erklären sich die Vertragsstaaten bereit, einer Reihe von sowohl materiellen wie auch verfahrensrechtlichen Handlungspflichten nachzukommen, die aber durch abstrakte Formulierungen und die Aufnahme einschränkender Klauseln in ihrer Wirkung relativiert sind.¹³⁴

Die wesentlichen Ziele¹³⁵ der CBD sind hierbei der Erhalt der biologischen Vielfalt, die nachhaltige Nutzung ihrer Bestandteile und die ausgewogene und gerechte Aufteilung der sich aus der Nutzung der genetischen Ressourcen ergebenden Vorteile. Dies soll insbesondere durch angemessenen Zugang zu genetischen Ressourcen und angemessene Weitergabe der einschlägigen Technologien unter Berücksichtigung aller Rechte an diesen Ressourcen und Technologien sowie durch angemessene Finanzierung erreicht werden. Das Übereinkommen betont ausdrücklich das souveräne Recht der Staaten zur Nutzung ihrer Ressourcen,¹³⁶ wobei es sie aber gleichzeitig zu deren bestandserhaltenden (nachhaltigen) Nutzung verpflichtet. Damit versucht das Übereinkommen, einen tragfähigen Kompromiss zwischen der Erhaltung dieser Ressourcen und deren Nutzung zu erreichen. Hierbei sind die Interessen der Staaten an der Nutzung der auf ihrem Territorium befindlichen Ressourcen mit den Interessen anderer Staaten an dem Zugang zu diesen Ressourcen im Einklang zu bringen.

II. Das Übereinkommen über die Biologische Vielfalt (CBD)

Der Umgang mit genetischen Ressourcen hat durch die rasante Fortentwicklung der modernen Biotechnologie¹³⁷ in den letzten Jahren für Politik, Industrie und

¹³⁰ Siehe dazu die folgende Zielvorgabe der Entscheidung 14/26 des *UNEP Governing Council* vom 17.06.1987, mit der eine erste Arbeitsgruppe eingesetzt wurde: „[...] to investigate [...] the desirability and possible form of an umbrella convention to rationalize current activities in this field, and to address other areas which might fall under such a convention [...]“. Vgl. dazu auch *Stoll*, in: *Wolff/Köck* (Hrsg.), 10 Jahre Übereinkommen über die biologische Vielfalt, S. 73.

¹³¹ Ausführlich zur Entstehung dieser Regelungstechnik im Völkerrecht siehe *Sand*, *International Environmental Law after Rio*, *European Journal of International Law* (1993), S. 377 (380 f.).

¹³² *Beyerlin*, *Umweltvölkerrecht*, § 14 RN. 391.

¹³³ Siehe zu der Beschlussfassung von Protokollen Art. 28 CBD.

¹³⁴ Siehe dazu die Verwendung der Formulierungen „as far as possible and as appropriate“ in Art. 5, 6 lit. b., 7, 8, 9, 11, 14 oder „in accordance with its particular capabilities“ in Art. 6 CBD.

¹³⁵ Siehe dazu Art. 1 CBD.

¹³⁶ Siehe dazu Art. 3 CBD. Zum souveränen Recht der Staaten über ihre natürlichen Ressourcen siehe ausführlich 2. Teil, A., IV. 3.

¹³⁷ Zum Fortschritt der Biotechnologie siehe *Kleine/Klingelhofer*, *GRUR* 2003, S. 1

Forschung besonders im Bereich der Medizin und der Lebensmittelindustrie an Relevanz gewonnen. Da ca. 90 % der genetischen Ressourcen in den Entwicklungsländern anzutreffen sind,¹³⁸ in der Regel aber die Industriestaaten allein über die erforderlichen technischen Mittel zur Entschlüsselung der biotechnologischen Informationen und deren industriellen Vermarktung verfügen, bietet dieser Bereich hohen politischen Zündstoff für die internationalen Wirtschaftsbeziehungen und das Nord-Süd-Verhältnis.¹³⁹

Hinsichtlich der Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen stellt die CBD somit den ersten Schritt dar, dem vorgenannten Ungleichgewicht durch ein internationales Abkommen zu begegnen.

III. Der rechtliche Rahmen nach der CBD: Der Zugang zu genetischen Ressourcen und Vorteilsteilhabe nach der CBD

In dem Übereinkommen über die biologische Vielfalt sind zum ersten Mal konkret Regelungen über die Einholung von Einwilligungen in die Entnahme bzw. Nutzung von genetischen Ressourcen und eine daraus resultierende Vorteilsbeteiligung zugunsten der Herkunftsländer bzw. der indigenen oder lokalen Gemeinschaften formuliert worden.

In diesem Zusammenhang zielt das Übereinkommen darauf ab, einen international anerkannten Rahmen für den Zugang zu genetischen Ressourcen zu schaffen. Darüber hinaus versucht diese Konvention, dem oben genannten Ungleichgewicht im Nord-Süd-Verhältnis gerade durch die Form eines internationalen Abkommens zu begegnen. Unter Anerkennung der territorialen Souveränität jedes Staates über den Umgang mit seinen biologischen Ressourcen¹⁴⁰ sollen die Vorteile aus der Verwendung genetischer Ressourcen gerecht und gleichberechtigt verteilt werden. Durch die Vereinbarung eines Zugangsvertrages nach den Grundsätzen der CBD sollen damit einerseits die Nutzerstaaten (in der Regel Industriestaaten) mehr Rechtssicherheit bei der Planung von Forschungsvorhaben erhalten, andererseits sollen die Ressourcengeberstaaten (in der Regel Entwicklungsländer) dadurch die Möglichkeit erhalten, an den technologischen Entwicklungen und Forschungsergebnissen beteiligt zu werden. Ferner soll in den ressourcenreichen Staaten der Anreiz geschaffen werden, die Artenvielfalt zu erhalten.

¹³⁸ *Markowski*, Der Gewerbliche Rechtsschutz in den Ländern der Andengemeinschaft, S. 131; *Jacanimijoy*, WIPO-Dokument WIPO/INDIP/RT/98/4E, 1998, Text abrufbar unter http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_indip_rt_98/wipo_indip_rt_98_4e.pdf.

¹³⁹ Sehr umstritten ist dabei die Frage nach dem potentiellen wirtschaftlichen Wert von genetischen Ressourcen. So ist z.B. das Verkaufsvolumen der in den Vereinigten Staaten von Amerika auf den Markt gebrachten verschreibungspflichtigen Medikamenten, die auf pflanzlicher Basis beruhen, zwischen 1980 und 1990 von 4,5 Milliarden US-Dollar auf 15,5 Milliarden US-Dollar gestiegen, siehe dazu *Hill*, International Journal of Biotechnology 2 (2000), S. 189 (196).

¹⁴⁰ Vgl. Präambel der CBD und Art. 3 CBD.

IV. Die Zugangsordnung der CBD

Das Übereinkommen über die biologische Vielfalt ist das erste rechtsverbindliche Dokument auf internationaler Ebene, das sich eingehend mit der Regelung des Zugangs¹⁴¹ zu genetischen Ressourcen befasst.

1. Genetische Ressourcen und der Anspruch auf gerechte Teilhabe im Kontext der CBD

Die CBD stellt erstmalig international bestätigte Regelungen über die Einholung der Einwilligung in die Nutzung genetischer Ressourcen und einer damit verbundenen Teilhabe an den daraus resultierenden wirtschaftlichen Vermögensvorteilen zugunsten der Herkunftsstaaten bzw. deren indigenen und lokalen Gemeinschaften aus.

2. Der Zugang: ein tatsächlicher Vorgang

Der Begriff des Zugangs wird in der CBD nicht positiv definiert. Zugang bedeutet in realer Hinsicht zunächst das Aufsuchen und Entnehmen von genetischem Material aus *In-situ*- oder *Ex-situ*-Quellen und die sich daran anschließenden Vorgänge des Ansichnehmens, des Sammelns, des Verbringens und des Erschließens der Erbinformation durch züchterische oder biotechnologische Maßnahmen.¹⁴²

Diese gestuften Vorgänge können dabei in rechtlicher Hinsicht von unterschiedlichen Regelungsbereichen betroffen sein. So kann z.B. das Betreten und Aufsuchen eines *In-situ*-Standorts sowie das Entnehmen von genetischem Material Regelungen unterfallen, die das Verhalten oder die Tätigkeiten in gebiets- und artenbezogenen Standorten oder mit einzelnen (geschützten) Arten normieren. In diesem Bereich spielen nicht nur öffentlich-rechtliche sondern auch private Eigentumsrechte eine Rolle. Ebenso können auch das Ansichnehmen, das Sammeln, das Transportieren oder züchterische und biotechnologische Aktivitäten mit dem biologischen Material durch Bestimmungen aus verschiedenen Regelungsbereichen normiert werden.

Für den Zugang zu genetischen Ressourcen stellen die Regelungen der Art. 15 – 19 CBD einen festen Regelungsrahmen dar, der von den Staaten bei der Gestaltung der jeweiligen nationalen Zugangsregelungen zu berücksichtigen ist.

¹⁴¹ Die CBD enthält weitere Regelungen, die den Zugang hinsichtlich anderer Regelungsgegenstände regeln, wie zum Beispiel dem Zugang zu Technologie (Präambel Abs. 15, 16 und 20; Art. 16 CBD), Zugang zu Ergebnissen und Vorteilen, die sich aus der Nutzung von genetischen Ressourcen durch Biotechnologien ergeben (Art. 20 Abs. 2 CBD) und dem Zugang zu finanziellen Ressourcen (Art. 20 Abs. 1 CBD). Dem Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit entsprechend wird hier insbesondere auf die Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen und der aus deren Nutzung resultierenden Vermögensteilhabe eingegangen.

¹⁴² Siehe dazu *Wolfrum/Stoll*, Der Zugang zu genetischen Ressourcen nach dem Übereinkommen über die biologische Vielfalt und dem deutschen Recht, S. 39.

Art. 15 Abs. 1 CBD enthält dabei eine Regelung über die Zuständigkeit. Danach ist die Regierung eines Landes vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelungen dazu befugt, den Zugang zu genetischen Ressourcen zu regeln.¹⁴³

3. *Das souveräne Recht der Staaten an genetischen Ressourcen*

In der Präambel¹⁴⁴ und in Art. 3 CBD¹⁴⁵ betont die Konvention das souveräne Recht der Staaten im Hinblick auf *ihre* eigenen (biologischen) Ressourcen. Hier ist festzuhalten, dass die genetischen Ressourcen bereits vor Inkrafttreten der CBD der nationalen Souveränität des Staates unterlagen, in dessen Hoheitsgebiet sie sich befanden. Insofern bestätigt das Übereinkommen bislang geltendes Völkerrechtsgewohnheitsrecht,¹⁴⁶ welches im Rahmen seiner Weiterentwicklung nach dem heutigen Stand den Staaten die Befugnis erteilt, die natürlichen Ressourcen des eigenen Landes zu nutzen, darüber zu verfügen und sämtliche mit der Nutzung zusammenhängenden Vorgänge innerhalb ihrer Jurisdiktion zu regeln.¹⁴⁷ Die Verankerung dieser ausdrücklichen Anerkennung in einem Übereinkommen folgt aus der Aufgabe der bis zum Inkrafttreten des Übereinkommens durch die Literatur vorgenommenen Einordnung der genetischen Ressourcen als „gemeinsames Erbe

¹⁴³ Art. 15 Abs. 1 CBD lautet: „In Anbetracht der souveränen Rechte der Staaten in Bezug auf ihre natürlichen Ressourcen liegt die Befugnis, den Zugang zu genetischen Ressourcen zu bestimmen, bei den Regierungen der einzelnen Staaten und unterliegt den innerstaatlichen Rechtsvorschriften.“

¹⁴⁴ Die Präambel besagt in diesem Zusammenhang: „[...] in Bekräftigung dessen, daß die Staaten souveräne Rechte über ihre eigenen biologischen Ressourcen haben, [...]“

¹⁴⁵ Art. 3 CBD lautet: „Die Staaten haben nach der Charta der Vereinten Nationen und den Grundsätzen des Völkerrechts das souveräne Recht, ihre eigenen Ressourcen gemäß ihrer eigenen Umweltpolitik zu nutzen, sowie die Pflicht, dafür zu sorgen, daß durch Tätigkeiten, die innerhalb ihres Hoheitsbereichs oder unter ihrer Kontrolle ausgeübt werden, der Umwelt in anderen Staaten oder in Gebieten außerhalb der nationalen Hoheitsbereiche kein Schaden zugefügt wird.“

¹⁴⁶ Siehe dazu *Stoll*, Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing: Prospects for Guidance by the CBD-System: Assessment – The Current Situation and Shortcomings, in: *Wolfrum/Stoll*, European Workshop on Genetic Resources Issues and Related Aspects – Access and Benefit Sharing, Intellectual Property Rights, Ex-situ Collections Proceedings and Materials, S. 11.

¹⁴⁷ Zu den kontrovers geführten Diskussionen im Hinblick auf die Weiterentwicklung und Implikationen dieses Rechts im internationalen Umweltschutz siehe die Resolutionen der Generalversammlung der Vereinten Nationen, GA Res. 1803 (XVII) – Permanent Sovereignty over Natural Resources, 14. Dezember 1962, 17 U.N. GAOR Suppl. (No. 17), UN Doc. A/5217 (1962), Declaration on Permanent Sovereignty over National Resources, GA Res. 3171 (XXVII), 28 GAOR Suppl. (No. 30), 521 UN Doc. A/9030 (1973), und *Schrijver*, Permanent sovereignty over natural resources versus the common heritage of mankind: complementary or contradictory principles of international economic law?, in: *de Waart/Peters/Denters* (Hrsg.), International Law and Development, S. 87.

der Menschheit“.¹⁴⁸ Aus dieser Einordnung wurde gefolgert, dass daraus eine Pflicht zur Gewährung ungehinderten Zugangs zu den Ressourcen erwachsen würde.

Die CBD spricht ausdrücklich nur das Souveränitätsrecht der Staaten über ihre biologischen Ressourcen an.¹⁴⁹ Dadurch unterscheidet die CBD dieses Recht von dem Souveränitätsrecht über die genetischen Ressourcen.¹⁵⁰ Das kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, dass die in Art. 15 – 19 CBD festgelegten Bestimmungen *nur* für den Zugang zu genetischen Ressourcen gelten. So ist das Souveränitätsrecht der Staaten über ihre biologischen Ressourcen von der CBD nicht reglementiert. Damit sind die Staaten in ihrer Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Regelung dieses Bereiches weniger eingeschränkt.

Das souveräne Recht der Staaten an ihren genetischen Ressourcen ist nicht als ein internationales, dingliches Recht,¹⁵¹ sondern als Zuweisung einer Regelungskompetenz für diesen Bereich zu verstehen.¹⁵² Demnach können die Staaten die Bedingungen festschreiben, nach denen ein Zugang zu (ihren) genetischen Ressourcen erfolgen soll, sowie Kontrollmechanismen für die Einhaltung dieser Bedingungen errichten.¹⁵³ Damit greift Art. 3 CBD das Prinzip der Stockholmer Deklaration von 1972 auf, wonach zwar jeder Staat über seine Ressourcen entsprechend der eigenen Umweltpolitik verfügen kann, zugleich aber dafür sorgen muss, dass durch die unter seiner Hoheitsgewalt oder Kontrolle ausgeübten Tätigkeiten keine Schäden für die Umwelt in anderen Staaten oder in staatsfreien Räumen verursacht werden.¹⁵⁴ Somit ist das Prinzip der Souveränität insbesondere von dem Begriff des Eigentums zu unterscheiden.¹⁵⁵ Eine Aussage zu den Eigentumsverhältnissen wird von der CBD

¹⁴⁸ Zum Ursprung dieses Begriff siehe ausführlich *Henne*, a.a.O., S. 97 m. w. Nachw., S. 104 f. Siehe zum *Common Heritage of Mankind* im Zusammenhang mit genetischen Ressourcen auch *Straus*, IIC 1993, S. 602 (611) und *German-Castelli*, *Diversidade Biocultural*, S. 110.

¹⁴⁹ Siehe Präambel der CBD.

¹⁵⁰ Festzuhalten ist, dass sich die CBD in Art. 15 Abs. 1 auf das in der Präambel und Art. 3 CBD genannte souveräne Recht der Staaten an seine (biologischen) Ressourcen beruft, hier aber lediglich in indirekter Form feststellt, dass davon auch die *genetischen* Ressourcen umfasst sind.

¹⁵¹ Siehe dazu auch *Wolfrum/Stoll*, *Der Zugang zu genetischen Ressourcen nach dem Übereinkommen über die biologische Vielfalt und dem deutschen Recht*, S. 33.

¹⁵² Siehe dazu *Wolfrum/Stoll*, a.a.O., S. 36; *Glowka/Burbenne-Guilmin/Synge*, *A guide to the Convention on Biological Diversity*, (IUCN), Environmental Policy and Law Paper, No. 30, 1994, S. 76: “While reaffirming a State’s right to exercise jurisdiction over genetic resources, article 15 does not grant the State a property right over these resources, even though the word ‘their’ appears in this paragraph. ‘Their’ is a short way to refer to natural resources under a State’s jurisdiction [...]. Indeed, questions of ownership are not addressed by the text of the Convention, but are determined by national law.”

¹⁵³ Siehe dazu auch Art. 8 (c) CBD: „Jede Vertragspartei wird, soweit möglich und sofern angebracht, [...] (c) biologische Ressourcen von Bedeutung für die Erhaltung der biologischen Vielfalt sowohl innerhalb als auch außerhalb der Schutzgebiete regeln oder verwalten, um ihre Erhaltung und nachhaltige Nutzung zu gewährleisten; [...]“

¹⁵⁴ Siehe dazu *Beyerlin*, *Umweltvölkerrecht*, Rn. 404, S. 199.

¹⁵⁵ Siehe hierzu *Cabrera Medaglia*, *IP Strategy Today* No. 11, 2004, S. 27 (34) und *Sittenfeld/Cabrera/Mora*, *Insula – International Journal of Island Affairs* Year 12, No. 1 (2003), Text ab-

nicht getroffen. Damit obliegt es den einzelnen Staaten eine Entscheidung darüber zu treffen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Ressourcen entweder dem privaten oder dem öffentlichen Eigentum zuzuordnen sind.

a. Die Reichweite des Souveränitätsrechts an genetische Ressourcen

Zu klären bleibt, *welche* genetische Ressourcen von dieser Regelungsbefugnis umfasst werden. Art. 3 CBD¹⁵⁶ bekräftigt in diesem Zusammenhang als Grundnorm das souveräne Recht der Staaten, ihre eigenen Ressourcen gemäß ihrer eigenen Umweltpolitik zu nutzen. Die Vorschrift bietet aber keine weitergehende Definition für das von Art. 15 Abs. 1 CBD statuierte Recht.

(1) Art. 4 (a) CBD

Als erster Anknüpfungspunkt für die Frage, welche genetischen Ressourcen gemäß Art. 15 Abs. 1 CBD vom souveränen Recht eines Staates erfasst werden, könnte Art. 4 (a) CBD in Betracht kommen. Dabei könnte die Formulierung des Art. 15 Abs. 1 CBD „ihre natürlichen Ressourcen“¹⁵⁷ im Zusammenhang mit der Gebietshoheit gemäß Art. 4 (a) CBD betrachtet werden.¹⁵⁸ Demnach würde das souveräne Recht der Staaten die Ressourcen umfassen, die sich unter seiner staatlichen Jurisdiktion und somit unter seiner Gebietshoheit befinden. Nach Art. 4 (a) CBD erstreckt sich der Geltungsbereich des Übereinkommens auf Bestandteile der biologischen Vielfalt – und somit auf genetische Ressourcen – in Gebieten, die innerhalb des nationalen Hoheitsbereichs eines Staates liegen und zwar „vorbehaltlich der Rechte anderer Staaten und sofern nicht in diesem Übereinkommen ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist“. Damit begrenzt diese Vorschrift nur die Souveränitätsrechte auf die biologischen Ressourcen, die sich im Hoheitsgebiet eines Staates

rufbar unter <http://www.iprsonline.org/resources/docs/Bioprospecting.pdf>, die die besondere Bedeutung der Klärung von Eigentumsverhältnissen im Hinblick auf genetische Ressourcen im nationalen Recht hervorheben. Nach *Sittenfeld/Cabrera/Mora* ist die fehlende klare Zuordnung des Eigentums im nationalen Recht eines der größten zu überwindenden Schwierigkeiten bei der Verhandlung von ABS-Verträgen.

¹⁵⁶ Art. 3 CBD lautet in der deutschen Fassung: „Die Staaten haben nach der Charta der Vereinten Nationen und den Grundsätzen des Völkerrechts das souveräne Recht, ihre eigenen Ressourcen gemäß ihrer eigenen Umweltpolitik zu nutzen, sowie die Pflicht, dafür zu sorgen, daß durch Tätigkeiten, die innerhalb ihres Hoheitsbereichs oder unter ihrer Kontrolle ausgeübt werden, der Umwelt in anderen Staaten oder in Gebieten außerhalb der nationalen Hoheitsbereiche kein Schaden zugefügt wird.“

¹⁵⁷ Art. 15 Abs. 1 CBD lautet in der deutschen Fassung: „In Anbetracht der souveränen Rechte der Staaten in Bezug auf ihre natürlichen Ressourcen liegt die Befugnis, den Zugang zu genetischen Ressourcen zu bestimmen, bei den Regierungen der einzelnen Staaten und unterliegt den innerstaatlichen Rechtsvorschriften.“

¹⁵⁸ Siehe dazu *Glowka/Burhenne Guilmin/Synge*, A guide to the Convention on Biological Diversity (IUCN), Environmental Policy and Law Paper, No. 30, 1994, S. 76, 28.

rein tatsächlich befinden. Dies stellt aber keine Konkretisierung des Gehaltes des Souveränitätsrechts dar. Vorgenommen wird hiermit nur eine territoriale Abgrenzung gegenüber solchen biologischen Ressourcen, die sich außerhalb des eigenen Hoheitsgebietes befinden und somit der Gebietshoheit eines anderen Staates unterliegen.¹⁵⁹

Hieraus könnte geschlossen werden, dass Staaten auf *ihre*¹⁶⁰ genetischen Ressourcen keine Rechte aus der CBD herleiten können, wenn diese Ressourcen in das Hoheitsgebiet eines anderen Staates verbracht worden sind. Auf diese Fallkonstellation findet Art. 15 Abs. 1 CBD aber gerade keine Anwendung. Vielmehr ist davon auszugehen, dass diese Vorschrift dazu dient, auszuschließen und damit klarzustellen, dass auch nach der CBD Staaten grundsätzlich keine Rechte an genetischen Ressourcen begründen können, die in staatsfreien Räumen belegen sind.¹⁶¹

Zudem steht Art. 4 (a) CBD nach seinem Satz 1 unter dem Vorbehalt der Rechte anderer Staaten. Danach kann diese Vorschrift auch so ausgelegt werden, dass die Rechte anderer Staaten trotz Verbringung der genetischen Ressourcen in einen anderen Staat weiterhin bestehen bleiben.

Im Ergebnis kann diese Vorschrift nicht zur Klärung der Frage herangezogen werden, auf welche genetische Ressourcen sich das Souveränitätsrecht der Staaten im Sinne der Art. 3 CBD und Art. 15 CBD erstreckt.

(2) Anknüpfungspunkte: Ursprung und Erwerb oder Belegenheit der genetischen Ressource

Bei der Frage nach der Souveränität über genetische Ressourcen und somit nach der Zuordnung der Regelungsbefugnis im Sinne des Art. 15 Abs. 1 CBD kann grundsätzlich an zwei Aspekte angeknüpft werden:

- Einerseits kann das Souveränitätsrecht auf den Staat bezogen werden, von dem die genetische Ressource ursprünglich stammt (Ursprungsland). Nach Art. 2 (17) CBD bedeutet „Ursprungsland der genetischen Ressourcen“ das Land, das diese genetischen Ressourcen unter *In-situ*-Bedingungen besitzt.“ Unter *In-situ*-Bedingungen versteht die CBD „die Bedingungen, unter denen genetische Ressourcen in Ökosystemen und natürlichen Lebensräumen und – im Fall domestizierter oder gezüchteter Arten – in der Umgebung, in der sie ihre besonderen Eigenschaften entwickelt haben, leben“, Art. 2 (9) CBD. Demnach würde das Souveränitätsrecht der Staaten alle genetischen Ressourcen umfassen, die aus seinem Territorium stammen, unabhängig davon, wo sich diese gerade befinden.
- Andererseits kann für das Souveränitätsrecht an die Belegenheit der Ressource angeknüpft werden und damit auf den Staat, auf dessen Territorium sich die

¹⁵⁹ Vgl. dazu auch Henne, a.a.O., S. 141; Wolfrum/Stoll, a.a.O., S. 25.

¹⁶⁰ Im Sinne des Art. 15 Abs. 1 CBD.

¹⁶¹ Vgl. dazu auch Wolfrum/Stoll, a.a.O., S. 25.

genetische Ressource rein tatsächlich befindet (Belegenheitsstaat), bezogen werden. Hierfür wäre die Frage, wie die genetische Ressource in das Territorium dieses Staates gelangt ist, ohne Bedeutung.

(a) Anknüpfung an den Ursprung und den Erwerb – Art. 15 Abs. 3 CBD

Für die Beantwortung der Frage, welche Staaten über „ihre“ eigenen Ressourcen im Sinne des Art. 15 Abs. 1 CBD verfügen können, wird von *Wolfrum/Stoll* Art. 15 Abs. 3 CBD¹⁶² als Auslegungshilfe herangezogen.¹⁶³ Dem Wortlaut nach legt Art. 15 Abs. 3 CBD nur fest, was unter „genetic resources provided by a Contracting Party“ im Sinne der Art. 15, 16 und 19 CBD zu verstehen ist. Danach stellen im Sinne dieser Vorschriften nur diejenigen Staaten genetische Ressourcen zur Verfügung, die entweder Ursprungsstaaten sind oder die Ressourcen übereinkommensgemäß erworben haben (konventionsgemäßer Erwerbsstaat).

Nur in den vorgenannten Fällen könnten diese Staaten aus der Teilhabeordnung der Art. 15 Abs. 6, 7, Art. 16 Abs. 3, Art. 19 Abs. 1, 2 CBD Rechte herleiten. Da diese Teilhabeordnung mit der Zugangsordnung verschränkt sei, könne Art. 15 Abs. 3 CBD als Auslegungshilfe für den Begriff der „eigenen Ressourcen“ gemäß Art. 15 Abs. 1 CBD herangezogen werden. Demnach könnten nur die Staaten eine Befugnis zur Bestimmung des Zugangs über „ihre genetischen Ressourcen“ geltend machen, die entweder Ursprungsstaat oder konventionsgemäßer Erwerbsstaat sind. Daraus resultiere eine geschlossene, konsistente Verfügungsordnung, die aber in Bezug auf die konventionswidrige Ein- und Ausfuhr keine Regelung treffe.¹⁶⁴

Zwar sei Art. 15 Abs. 3 CBD nicht direkt auf Art. 15 Abs. 1 CBD anwendbar. Die Konvention stelle aber einen untrennbaren Zusammenhang zwischen der Zugangsregelung und der Teilhabeordnung bzw. Teilhabegebote her. Dieser Zusammenhang stütze sich auf Art. 15 Abs. 5 CBD – das Erfordernis der vorherigen Zustimmung – und auf Art. 15 Abs. 4 CBD – wonach der Zugang zu gegenseitig akzeptierten Bedingungen erfolgen soll. Der Status der *Contracting Party providing genetic Resources* sei eng mit diesem von der Konvention hergestellten Zusammenhang zwischen Zugang und Teilhabegebote verbunden.¹⁶⁵ Aus diesem Grund sei dieser Status als Auslegungshilfe für die Konkretisierung des Begriffes „ihre genetischen Ressourcen“ heranzuziehen.

¹⁶² Art. 15 Abs. 3 CBD lautet in der deutschen Textfassung: „(3) Für die Zwecke dieses Übereinkommens gelten als von einer Vertragspartei nach diesem Artikel oder den Artikeln 16 und 19 zur Verfügung gestellte genetische Ressourcen nur diejenigen, die von Vertragsparteien, die Ursprungsländer dieser Ressourcen sind, oder von den Vertragsparteien, die diese Ressourcen in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen erworben haben, zur Verfügung gestellt werden.“

¹⁶³ Zu dieser Ansicht siehe *Wolfrum/Stoll*, a.a.O., S. 25–36.

¹⁶⁴ Vgl. dazu ausführlich *Wolfrum/Stoll*, a.a.O., S. 25–36.

¹⁶⁵ *Wolfrum/Stoll*, a.a.O., S. 27.

Unabhängig davon ob diese Auslegungshilfe systemkonform¹⁶⁶ ist oder nicht, kann nach Sinn und Zweck der CBD nur der Ursprungs- oder der konventionsgemäße Erwerbsstaat Träger des souveränen Rechts im Sinne des Art. 15 Abs. 1 CBD sein.

(b) Anknüpfung an die Belegenheit

Die Anknüpfung an die bloße Belegenheit der genetischen Ressource ist schon deshalb abzulehnen, weil sie aus dem Wortlaut der Konvention nicht abzuleiten ist und wie bereits oben erörtert, dem Sinn und Zweck der Konvention zuwiderlaufen würde.

Zudem bietet diese Anknüpfung keine plausible Lösung für die Regelung der Fälle des konventionswidrigen Erwerbs von genetischen Ressourcen. Ein Abstellen allein auf die bloße Belegenheit der genetischen Ressource in diesen Fällen würde bedeuten, dass dem Ursprungs- oder vorherigen rechtmäßigen Erwerbsstaat die Möglichkeit der Teilhabe genommen werden würde, wenn die genetische Ressource ohne seine vorherige Kenntnis und Zustimmung in einen anderen Staat verbracht wurde.

(c) Problem: Anknüpfung des Souveränitätsrechts im Falle des konventionswidrigen Erwerbs – Regelungslücke in der CBD

Fraglich ist somit in diesem Zusammenhang, welcher Staat im Falle des konventionswidrigen Erwerbs die Regelungsbefugnis über diese genetischen Ressourcen hat.

Für den sog. Fall des konventionswidrigen Erwerbs, wenn also ohne Befolgung der von der CBD aufgestellten Zugangsordnung genetische Ressourcen in einen anderen Staat verbracht werden, trifft die CBD keine Regelung. Wie bereits oben unter (b) erörtert, ist hier die Annahme der Kompetenz des Belegenheitsstaates, der nicht Ursprungsstaat oder konventionsgemäßer Erwerbsstaat ist, abzulehnen.

Ebenfalls ist hier auch die Kompetenz des Ursprungsstaates und des konventionsgemäßen Erwerbsstaates zu verneinen, weil dies dem Grundsatz der nationalen Gebietshoheit entgegenstehen würde. Nach diesem Grundsatz hat der Inhaber der territorialen Souveränität oder der Gebietshoheit grundsätzlich die ausschließliche Befugnis, in seinem Gebiet Hoheitsakte zu setzen.¹⁶⁷ Dieser allgemein anerkannte Grundsatz verbietet demnach die Anwendung der nationalen (Zugangs-)Regelungen auf fremdem Hoheitsgebiet. Zwar ist die Souveränität und Gebietshoheit nicht „absolut“, da Staaten stets in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen können und auf Gemeininteressen Rücksicht nehmen müssen. Dieser Umstand, der in diversen rechtlichen Beschränkungen der Staatsmacht im Außenverhältnis verkörpert sein kann, kann zu einer (gewollten) Relativierung der Souveränität der

¹⁶⁶ Für die grundsätzliche systematische Zulässigkeit siehe *Wolfrum/Stoll*, a.a.O., S. 25 ff.

¹⁶⁷ *Vitzthum* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Abschn. I 2 a, Rn. 16, S. 373.

einzelnen Staaten führen.¹⁶⁸ Ein Beispiel dafür ist auch die CBD, die über diesen *common-concern-of-humankind*-Ansatz¹⁶⁹ hinausgeht, da sie auch anderen Vertragsstaaten Assistenz- und Schutzpflichten zuweist.¹⁷⁰ Zugleich aber unterstreicht die CBD in Art. 3 das souveräne Recht der Staaten „ihre eigenen Ressourcen gemäß ihrer eigenen Umweltpolitik zu nutzen.“ Sie eröffnet somit keine (ausdrücklich vereinbarte) Ausnahme bzw. bietet keine Grundlage für eine extraterritoriale Regelung. Im Hinblick auf den konventionswidrigen Erwerb besteht somit eine Regelungslücke.

Zu der zu unterscheidenden Frage der Durchsetzung von Rechten an genetischen Ressourcen im Falle des konventionswidrigen Erwerbs siehe den 4. Teil dieser Arbeit.

b. Ergebnis

Art. 15 Abs. 1 CBD spricht ausdrücklich vom *Zugang* zu genetischen Ressourcen. Diese Vorschrift bezieht sich ausdrücklich nur auf die Regelung des Zugangs, also auf die von der CBD aufgestellten Zugangsordnung, wobei sie dafür die Erfüllung insbesondere von zwei weiteren Prinzipien voraussetzt – nämlich die auf Kenntnis der Sachlage gegründete vorherige Zustimmung (PIC)¹⁷¹ und die Zugangsvereinbarung zu einvernehmlich festgelegten Bestimmungen (MATs)¹⁷².

Danach steht diese Regelungskompetenz den Staaten sowohl für Ressourcen zu, soweit sich diese innerhalb ihres Hoheitsgebietes befinden und dort ihren Ursprung haben (Ursprung und Belegenheit) als auch für Ressourcen, die durch einen vorhergehenden, konventionsgemäßen Erwerb in ihr Hoheitsgebiet gelangt sind (konventionsgemäßer Erwerb und Belegenheit).¹⁷³

Daraus folgt, dass Staaten ihre Regelungskompetenz nicht auf diejenigen Ressourcen erstrecken dürfen, die zwar in ihrem Hoheitsgebiet belegen sind, aber (zugleich) ihren Ursprung im Hoheitsgebiet eines anderen Staates haben oder die durch einen nichtkonventionsgemäßen Erwerb auf das Hoheitsgebiet des Staates gelangt sind.

Ferner dürfen die Staaten ihre Zugangsregelungen nicht auf solche Ressourcen erstrecken, die zwar in ihrem Hoheitsgebiet ihren Ursprung haben oder rechtmäßig erworben worden sind, sich aber rein tatsächlich in einem dritten Staat befinden (Ursprung und/oder konventionsgemäßer Erwerb, aber keine Belegenheit).

¹⁶⁸ Vgl. dazu m. w. Nachw. Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Abschn. I 2 a, Rn. 17, S. 373.

¹⁶⁹ Siehe dazu Hunter/Salzman/Zaelke, International Environmental Law and Policy, 1998, S. 343 ff. So ist in der Klimarahmenkonvention von 1992 und im Kyoto-Protokoll von 1997 der Schutz der Erdatmosphäre als „gemeinsames Anliegen der Menschheit“ Sorge und Aufgabe aller Staaten. Siehe zudem Wolfrum, Common Heritage of Mankind, EPIL I (1992), S. 692 ff.

¹⁷⁰ Siehe dazu den 4. Erwägungsgrund der Präambel der CBD.

¹⁷¹ Art. 15 Abs. 5 CBD. Siehe dazu ausführlich 2. Teil, A. IV. 5. a.

¹⁷² Art. 15 Abs. 4 CBD. Siehe dazu ausführlich 2. Teil, A. IV. 5. b und 6.

¹⁷³ Vgl. dazu Wortlaut des Art. 15 Abs. 3 und Art. 15 Abs. 1 CBD.

Die Ausfüllung bzw. Konkretisierung des Begriffs des souveränen Rechts über (ihre) genetische(n) Ressourcen nach Art. 15 Abs. 1 CBD ist nach Sinne und Zweck der CBD als ein zusammengesetzter Tatbestand aus einerseits Ursprung und Belegenheit und andererseits konventionsgemäßem Erwerb und Belegenheit zu verstehen. Diese Güterzuordnung im Sinne eines Verfügungsrechts ist aber im Hinblick auf den Fall eines konventionswidrigen Erwerbs unvollständig, weil hierfür keine Regelung getroffen wird.

Eine Regelung der Eigentumsverhältnisse trifft die CBD ebenfalls nicht, diese soll weiterhin durch die nationalen Rechtsordnungen bestimmt werden.

Zentrale Vorschrift für den Zugang zu genetischen Ressourcen¹⁷⁴ ist somit Art. 15 CBD.¹⁷⁵

Wie bereits oben festgehalten, wird in Art. 15 Abs. 1 CBD den Staaten in Anerkennung ihrer souveränen Rechte über ihre natürlichen Ressourcen das Recht eingeräumt, Regelungen für den Zugang zu ihren genetischen Ressourcen zu treffen.

¹⁷⁴ Zu der Definition genetischer Ressourcen siehe oben 1. Teil, A. I.

¹⁷⁵ Artikel 15 CBD lautet in der deutschen Fassung: „Zugang zu genetischen Ressourcen

- (1) In Anbetracht der souveränen Rechte der Staaten in Bezug auf ihre natürlichen Ressourcen liegt die Befugnis, den Zugang zu genetischen Ressourcen zu bestimmen, bei den Regierungen der einzelnen Staaten und unterliegt den innerstaatlichen Rechtsvorschriften.
- (2) Jede Vertragspartei bemüht sich, Voraussetzungen zu schaffen, um den Zugang zu genetischen Ressourcen für eine umweltverträgliche Nutzung durch andere Vertragsparteien zu erleichtern, und keine Beschränkungen aufzuerlegen, die den Zielen dieses Übereinkommens zuwiderlaufen.
- (3) Für die Zwecke dieses Übereinkommens gelten als von einer Vertragspartei nach diesem Artikel oder den Artikeln 16 und 19 zur Verfügung gestellte genetische Ressourcen nur diejenigen, die von Vertragsparteien, die Ursprungsländer dieser Ressourcen sind, oder von den Vertragsparteien, die diese Ressourcen in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen erworben haben, zur Verfügung gestellt werden.
- (4) Der Zugang, sofern er gewährt wird, erfolgt zu einvernehmlich festgelegten Bedingungen und vorbehaltlich dieses Artikels.
- (5) Der Zugang zu genetischen Ressourcen bedarf der auf Kenntnis der Sachlage gegründeten vorherigen Zustimmung der Vertragspartei, die diese Ressourcen zur Verfügung stellt, sofern diese Vertragspartei nichts anderes bestimmt hat.
- (6) Jede Vertragspartei bemüht sich, wissenschaftliche Forschung auf der Grundlage genetischer Ressourcen, die von anderen Vertragsparteien zur Verfügung gestellt wurden, unter voller Beteiligung dieser Vertragsparteien und nach Möglichkeit in deren Hoheitsgebiet zu planen und durchzuführen.
- (7) Jede Vertragspartei ergreift, sofern angebracht, in Übereinstimmung mit den Artikeln 16 und 19 Gesetzgebungs-, Verwaltungs- oder politische Maßnahmen, erforderlichenfalls durch den in den Artikeln 20 und 21 festgelegten Finanzierungsmechanismus, mit dem Ziel, die Ergebnisse der Forschung und Entwicklung und die Vorteile, die sich aus der kommerziellen und sonstigen Nutzung der genetischen Ressourcen ergeben, mit der Vertragspartei, die diese Ressourcen zur Verfügung gestellt hat, ausgewogen und gerecht zu teilen. Diese Aufteilung erfolgt zu einvernehmlich festgelegten Bedingungen.“

4. Regelungsbefugnis für den Zugang zu genetischen Ressourcen

Diese Regelungsbefugnis liegt bei den Regierungen der Vertragsstaaten.¹⁷⁶ Hierbei ist der Adressatenkreis der Zugangsordnung als auch ihr Inhalt festzulegen.

a. Adressaten der Zugangs- und Teilhabeordnung der CBD

Aus Art. 34 Abs. 1 und Art. 35 Abs. 1 CBD folgt, dass nur Staaten und Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration dem Übereinkommen beitreten können. Nur sie werden aus dem Übereinkommen unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Adressaten der Zugangs- und Teilhabeordnung der CBD sind unmittelbar die anderen Vertragsstaaten. Sie sind die unmittelbar Berechtigten und Verpflichteten dieser Zugangs- und Teilhabeordnung.¹⁷⁷ Aus dieser Zugangs- und Teilhabeordnung resultiert eine internationale¹⁷⁸ und nationale Umsetzungspflicht hinsichtlich ihres Regelungsinhaltes. Dieser Verpflichtung zur Umsetzung kommen die Staaten nach, indem sie für ihr Hoheitsgebiet und ihre Rechtssubjekte entsprechende Regelungen erlassen.

Sobald ein Staat Zugang zu genetischen Ressourcen eines anderen Staates begehrt, ist er grundsätzlich der Zugangsregelungsbefugnis dieses Staates unterworfen. Dabei gehören zu dem nachfragenden Staat alle Behörden des staatlichen Verwaltungsapparates. Auch sind davon alle öffentlich-rechtlich organisierten Einrichtungen wie Forschungsinstitutionen, Universitäten, botanische und zoologische Gärten wie auch Genbanken umfasst.¹⁷⁹

Zu klären ist hierbei, ob auch sonstige juristische wie natürliche Personen von der Zugangsordnung erfasst sind. Sollte dies der Fall sein, würden die Verpflichtungen der Abs. 4 und 5 auch für sie gelten, und der Staat müsste sich bemühen, auch ihnen den Zugang gemäß Art. 15 Abs. 2 CBD zu ermöglichen. Die Vertragsstaaten sind unmittelbar aus dem Übereinkommen zur Erlangung der auf Kenntnis der Sachlage gegründeten vorherigen Zustimmung (*prior informed consent*, PIC) und zur Erzielung von einvernehmlich festgelegten Bedingungen (*mutually agreed terms*, MATs) verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch ohne das Vorhandensein nationaler konkretisierender Normen. Sonstige juristische Personen wie auch natürliche Per-

¹⁷⁶ Siehe dazu den Wortlaut in Art. 15 Abs. 1 CBD: „national governments“.

¹⁷⁷ Vgl. dazu die Formulierungen in Art. 15 Abs. 2 CBD „Zugang [...] durch andere Vertragsparteien“, Abs. 3 „diejenigen, die von Vertragsparteien [...] zur Verfügung gestellt werden“, Abs. 5 „Zustimmung der Vertragsparteien“, Abs. 6 „die von anderen Vertragsparteien zur Verfügung gestellt wurden“. Als Vertragsparteien sind in der CBD die anderen Vertragsstaaten gemeint.

¹⁷⁸ Diese internationale Umsetzungspflicht folgt aus dem Konzept des Übereinkommens als ein auf dynamische Weiterentwicklung angelegtes Rahmenübereinkommen. Siehe dazu *Beyerlin*, Umweltvölkerrecht, S. 188, Rn. 391.

¹⁷⁹ Vgl. dazu auch *Henne*, a.a.O., S. 147.

sonen¹⁸⁰ sind demgegenüber lediglich aus den nationalen Umsetzungsregulierungen zum Zugang zu genetischen Ressourcen ihrer Staaten berechtigt und verpflichtet. Danach können sonstige juristische Personen wie auch natürliche Personen der nationalen Rechtsordnungen der Vertragsstaaten genetische Ressourcen grundsätzlich auch ohne Beachtung von PIC, MATs und der Vorteilsbeteiligung solange nachfragen, wie die Rechtsordnungen des Herkunftsstaates sowie des eigenen Staates es erlauben bzw. bis diese ihrer Umsetzungspflicht nachgekommen sind.¹⁸¹

b. Inhalt der Regelungsbefugnis

Wie bereits oben festgestellt, erstreckt sich die Zugangsregelungsbefugnis der Staaten auf die genetischen Ressourcen als Bestandteile der biologischen Ressourcen.¹⁸² Der Begriff der genetischen Ressource stellt auf die im Trägermaterial (z.B. einer Pflanze) enthaltene funktionale Erbinheiten (Informationseinheit) ab.¹⁸³ Demnach geht es bei der Zugangsordnung nicht um den Zugang zum physischen Material (z.B. einer Pflanze), sondern um die Nutzung des in den genetischen Ressourcen enthaltenen Informationsmaterials bzw. -wertes. Dies resultiert unmittelbar aus dem Begriff der genetischen Ressource, die auf die im physischen Trägermaterial enthaltenen Erbinheiten abstellt.

Aus dem Wortlaut der Art. 15, 16 und 19 CBD ergibt sich, dass es sich bei der Zugangs- und Teilhabeordnung der CBD immer um einen grenzüberschreitenden Vorgang handelt. Die Zugangsvorschriften richten sich nur an die Vertragsparteien, die wiederum nur die Staaten und Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration sein können. Demnach macht also der Umstand, ob der Zugang nur national oder auch grenzüberschreitend begehrt wird, keinen Unterschied aus.¹⁸⁴ Dem einzelnen Staat bleibt es somit unbenommen, eine derartige Differenzierung bzw. Anpassung in seiner nationalen Zugangsordnung vorzunehmen.¹⁸⁵

¹⁸⁰ Hierunter fallen alle nationalen Rechtssubjekte wie z.B. juristische Personen (Unternehmen, Forschungseinrichtungen, Universitäten), aber auch natürliche Personen wie Gemeinschaften, Bauern bzw. Landwirte.

¹⁸¹ Vgl. im Ergebnis dazu auch *Henne*, a.a.O., S. 147 und 151f.; *Goebel*, Pflanzenpatente und Sortenschutz im Weltmarkt, S. 115; *Wolfrum/Stoll*, Der Zugang zu genetischen Ressourcen nach dem Übereinkommen über die biologische Vielfalt und dem deutschen Recht, S. 98 f.; *Straus*, AIPPI Yearbook 1998, S. 99, 104.

¹⁸² Die CBD beruft sich in Art. 15 Abs. 1 auf das in der Präambel und Art. 3 CBD genannte souveräne Recht der Staaten über die Nutzung ihrer (biologischen) Ressourcen und stellt hier aber lediglich in indirekter Form fest, dass davon auch die *genetischen* Ressourcen umfasst sind.

¹⁸³ Siehe dazu Art. 2 (6) und (8) CBD. Siehe zu dieser Differenzierung auch *Reid*, 1992, S. 1.

¹⁸⁴ Die philippinische Zugangsgesetzgebung trifft hier eine Differenzierung zwischen einem Antrag auf Zugang durch einen in den Philippinen und außerhalb der Philippinen ansässigen Antragsteller.

¹⁸⁵ Offen bleiben kann im Kontext des Art. 15 CBD somit die Frage, ob aus Art. 8 und 9 der CBD eine Pflicht der Staaten zur Einführung einer Zugangsregelung für Inländer folgen kann. Zu diesem Ansatz siehe *Wolfrum/Stoll*, a.a.O., S. 42.

Die Regelungsbefugnis über den Zugang unterliegt den innerstaatlichen Rechtsvorschriften, Art. 15 Abs. 1 CBD. Bei der Ausübung dieser Regelungsbefugnis konkretisiert durch nationale Gesetzgebung über den Zugang zu genetischen Ressourcen muss der Staat grundsätzlich¹⁸⁶ seinen bestehenden innerstaatlichen Rechtsnormen Rechnung tragen. Davon betroffen sind insbesondere die innerstaatlichen Eigentums- und Verfügungsrechte. Aus der Regelungsbefugnis über den Zugang zu genetischen Ressourcen lässt sich somit keine Aussage über das Eigentum über diese Ressourcen ableiten.¹⁸⁷ Dieses richtet sich weiterhin nach dem innerstaatlichen Recht. Nur wenn der Staat zugleich Eigentümer der genetischen Ressourcen ist, fällt die Regelungsbefugnis mit der Eigentümerposition zusammen. Im Hinblick auf die biologische Ressource als Träger der genetischen Ressourcen haben die meisten Staaten eine differenzierte eigentumsrechtliche Zuordnung vorgenommen. Biologische Ressourcen werden sachenrechtlich wie andere Mobilien behandelt. Demgegenüber stehen genetische Ressourcen zumeist im Staatseigentum¹⁸⁸ oder sind Güter im Gemeingebrauch,¹⁸⁹ die vom Staat treuhänderisch verwaltet werden.

5. Grundsätze des Zugangs zu genetischen Ressourcen

Gemäß Art. 15 Abs. 2 CBD sind die Staaten verpflichtet, Voraussetzungen zu schaffen, um den Zugang zu genetischen Ressourcen für eine umweltverträgliche Nutzung durch andere Vertragsparteien zu erleichtern, und keine Beschränkungen aufzuerlegen, die den Zielen dieses Übereinkommens zuwiderlaufen.

Für den Zugang zu genetischen Ressourcen legt die CBD ausdrücklich drei Grundsätze fest: die auf Kenntnis der Sachlage vorherige informierte Zustimmung, die einvernehmlich festgelegten Bedingungen für den Zugang und die daraus resultierende Vorteilsteilhabe.

a. Vorherige informierte Zustimmung

Nach Art. 15 Abs. 5 CBD erfolgt der Zugang zu genetischen Ressourcen aufgrund einer vorherigen informierten Zustimmung („prior informed consent“, im folgenden PIC)¹⁹⁰ des Staates (im Zweifel der Regierung, Art. 15 Abs. 1 CBD), der die

¹⁸⁶ Es sei denn, er beschließt die einschlägigen Rechtsnormen im Zusammenhang mit der Gesetzgebung zum Zugang zu genetischen Ressourcen zu ändern.

¹⁸⁷ Siehe dazu auch *Glowka/Burhenne-Guilmin/Synge*, A guide to the Convention on Biological Diversity, (IUCN), Environmental Policy and Law Paper, No. 30, 1994, S. 76; *Yusuf*, African YBIL Vol. II, 1994, S. 109 (130).

¹⁸⁸ So zum Beispiel in Costa Rica.

¹⁸⁹ Dies ist zum Beispiel der Fall in Kolumbien und in Brasilien.

¹⁹⁰ Zum Begriff der „vorherigen informierten Zustimmung“ (PIC) siehe *Firestone*, Geo. Int'l Envtl. L. Rev. 16 (2003), S. 171 ff.; *Amradha*, RECIEL 6 (1997), S. 263 (266).

Ressourcen zur Verfügung gestellt hat, sofern dieser nichts anderes bestimmt hat.¹⁹¹ Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung wird deutlich, dass PIC, anders als die Anforderung einvernehmlich vereinbarter Bestimmungen in Art. 15 Abs. 4, abdingbar ist. Zwar ist das PIC-Verfahren systematisch nach der Voraussetzung der Erlangung einvernehmlich vereinbarter Bedingungen geregelt. Dieses Verfahren ist aber im Rahmen des Zugangsverfahrens der letztgenannten Voraussetzung voranzustellen und demnach zuerst durchzuführen. Dies ergibt sich daraus, dass der Staat erst aufgrund der durch das PIC-Verfahren erlangten Informationen in die Lage versetzt wird, hierzu einvernehmliche Bedingungen mit der anderen Vertragspartei auszuhandeln.

(1) Die Parteien des PIC-Verfahrens

Gemäß dem Wortlaut des Art. 15 Abs. 5 CBD wird die auf Kenntnis der Sachlage gegründete vorherige Zustimmung derjenigen Vertragspartei¹⁹² verlangt, die diese Ressourcen zur Verfügung stellt. Dieses grundsätzliche Erfordernis folgt aus dem nationalen Souveränitätsrecht der Staaten über ihre genetischen Ressourcen aus Art. 3, 15 Abs. 1 CBD. Es stellt ein Element der Regelungsbefugnis über den Zugang zu genetischen Ressourcen gemäß Art. 15 Abs. 1 CBD über die genetischen Ressourcen in dem Hoheitsgebiet des Staates dar.

(2) Die Beteiligten des PIC-Verfahrens auf der Nachfragerseite

Auf der Seite der Nachfrager im Rahmen des PIC-Verfahrens kommen Staaten¹⁹³ und Private in Frage.

Die Rechte und Pflichten aus der Konvention richten sich direkt an die Staaten als Vertragsparteien. Diese sind demnach verpflichtet, im Falle der Nutzung genetischer Ressourcen den Herkunftsstaat um informierte Zustimmung zu ersuchen. Die in Kenntnis der Sachlage erlangte Zustimmung des Ressourcengeberstaates ist unabdingbare Voraussetzung, um genetische Ressourcen im Einklang mit der CBD zu erlangen und rechtmäßig zu nutzen. Sollten konkretisierende nationale oder internationale Normen über die Reichweite bzw. des Umfanges hinsichtlich des Inhaltes der Zustimmung nicht gegeben sein, bleibt diese Pflicht trotzdem bestehen. Zum Umfang der Informationspflicht wird in einem solchen Fall jede Information gehören, die nach besten Wissen und Gewissen in den Zusammenhang der nach-

¹⁹¹ Art. 15 Abs. 5 CBD lautet in der deutschen Textfassung: „Der Zugang zu genetischen Ressourcen bedarf der auf Kenntnis der Sachlage gegründeten vorherigen Zustimmung der Vertragspartei, die diese Ressourcen zur Verfügung stellt, sofern diese Vertragspartei nichts anderes bestimmt hat.“

¹⁹² Vertragsparteien zur CBD können nur Staaten und internationale Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration sein.

¹⁹³ Sowie auch internationale Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration als Vertragsparteien der CBD.

gefragten Ressource gehört: insbesondere Art und Ursprung der Ressource, Art und Weise der beabsichtigten Nutzung, Art und Weise des Vorteilsausgleichs.

Für private Rechtssubjekte, die Zugang zu genetischen Ressourcen in einem anderen Staat anstreben, beurteilt sich die Rechtslage anders. Insbesondere sind private Rechtssubjekte nicht an die völkervertraglichen Pflichten ihres Sitz- bzw. Hoheitsstaates gebunden. Sie sind aber an die nationalen Regelungen über den Zugang des Ressourcengeberstaates gebunden. Das bedeutet, dass private Rechtssubjekte als Nachfrager die informierte Zustimmung des Ressourcengeberstaates nur dann benötigen bzw. zu ersuchen haben, wenn dieser entsprechende nationale Regelungen erlassen hat. Unmittelbar aus der CBD leitet sich keine Verpflichtung für private Rechtssubjekte als Nachfrager genetischer Ressourcen zur Einholung der informierten Zustimmung des Ressourcengeberstaates ab. Danach wird ersichtlich, dass für eine effektive Umsetzung dieses Erfordernisses der Staat als Vertragspartei diese in nationales Recht umsetzen muss.

(3) Die Beteiligte des PIC-Verfahrens auf der Ressourcengeberseite

Zunächst muss vom Herkunftsstaat als Ressourcengeberstaat PIC erlangt werden. Die Durchführung des PIC-Verfahrens kann auf eine andere Stelle übertragen werden. Der Staat, (vertreten durch die zuständige Behörde), der die Ressourcen zur Verfügung stellt, muss demnach vorab über die geplante Nutzung bzw. über das Prospektionsvorhaben detailliert informiert werden. Die Art, der Umfang und das Verfahren für die Einholung der vorherigen informierten Zustimmung richten sich hier nach den nationalen Zugangsregelungen. Nach den nationalen Regelungswerken kann es zudem erforderlich sein, die vorherige informierte Zustimmung auch von anderen Akteuren einzuholen.¹⁹⁴

In der Regel ist demnach PIC erforderlich von:

- der betreffenden Regierung des genetische Ressourcen zur Verfügung stellenden Landes

und von

- anderen Beteiligten/Stakeholdern¹⁹⁵ (z.B. indigen oder lokale Gemeinschaften¹⁹⁶ oder anderen Eigentümern und Verfügungsberechtigten).

Der Umfang der zu liefernden Informationen für das PIC-Verfahren richtet sich nach den nationalen Zugangsbedingungen.

¹⁹⁴ Das ist zum Beispiel der Fall, wenn traditionelles Wissen betroffen ist. Hier muss die indigene Gemeinschaft über das Vorhaben informiert werden.

¹⁹⁵ Diese Voraussetzung wird durch die nationalen Regelungen konkretisiert.

¹⁹⁶ Siehe zu den indigenen Gemeinschaften gemäß Art. 8 lit. j CBD unten B. III.

b. Einvernehmlich vereinbarte Bestimmungen

Ferner soll der Zugang zu genetischen Ressourcen auf der Grundlage einvernehmlich vereinbarter Bedingungen („mutually agreed terms and conditions“, im folgenden MATs)¹⁹⁷ und „vorbehaltlich dieses Artikels“ erfolgen, Art. 15 Abs. 4 CBD.¹⁹⁸

Das bedeutet, dass die Parteien die Bedingungen des Zugangsvertrages in Verhandlungen einvernehmlich treffen und festlegen müssen.¹⁹⁹ Die CBD trifft aber keine Regelungen zu Einzelheiten des Verfahrens oder der Form.

Durch die Anforderung der einvernehmlich vereinbarten Bedingungen kommt zudem die Verbindung der Zugangsordnung mit der Teilhabeordnung zum Ausdruck. Art. 15 Abs. 4 CBD knüpft diese Bedingung ausdrücklich an die Teilhabeordnung. Die vorgesehene Vorteilsbeteiligung in Art. 15 Abs. 7 S. 2; 19 Abs. 2 S. 2 CBD und der Technologietransfer verlangen ebenfalls die Erfüllung von MATs. Bei der Verhandlung des Zugangsvertrages zu genetischen Ressourcen sind daher die Teilhabenormen eingehend zu berücksichtigen, da sie sich nach dieser Systematik in den Vertragsbestimmungen widerspiegeln müssen.

6. Die Vorteilsbeteiligung – Grundsätze der Teilhabegebote der CBD

Das komplementäre Gegenstück zur Zugangsordnung ist die Teilhabeordnung der CBD. Nach der Grundsatznorm des Art. 15 Abs. 7 CBD muss jede Vertragspartei Maßnahmen mit dem Ziel ergreifen, die Ergebnisse der Forschung und Entwicklung und die Vorteile, die sich aus der kommerziellen und sonstigen Nutzung der genetischen Ressourcen ergeben, mit der Vertragspartei, die diese Ressourcen zur Verfügung gestellt hat, zu einvernehmlich festgelegten Bedingungen ausgewogen und gerecht zu teilen. Die Gegenleistung der Vertragspartei, die Zugang zu ihren Ressourcen gewährt, soll hiermit vertraglich zugesichert werden, und zwar in Form einer Beteiligung an den Vorteilen aus der Nutzung dieser Ressourcen sowie in Gestalt eines Technologie- und Finanztransfers (Art. 16 CBD). Diese in Aussicht gestellte Erwartung soll bei der Ressourcengeberpartei als Anreiz dienen, ihre biologische Vielfalt zu schützen, nachhaltig zu nutzen und zu erhalten, damit sie weiterhin und auf lange Sicht als Vertragspartei für derartige Austauschvereinbarungen in Betracht kommt.

Die Vorteilsbeteiligung (*Benefit-Sharing*) ist detailliert in den Art. 15 Abs. 3 bis 19 CBD normiert. Die CBD differenziert dabei zwischen verschiedenen Gegenständen und Arten der Beteiligung, den Begünstigten und den Verpflichteten sowie der Regelungsnatur dieser Bestimmungen. Im Grundsatz handelt es sich dabei um

¹⁹⁷ Zum Begriff des MAT siehe Henne, in: Mugabe et al. (Hrsg.), Access to Genetic Resources, S. 71 ff.

¹⁹⁸ Art. 15 Abs. 4 CBD lautet: „Der Zugang, sofern er gewährt wird, erfolgt zu einvernehmlich festgelegten Bedingungen und vorbehaltlich dieses Artikels.“

¹⁹⁹ Damit soll ausgeschlossen werden, dass Staaten die Bedingungen einseitig und hoheitlich festlegen.

Vorschriften über die Beteiligung an Forschungsarbeiten und um deren Verlagerung in die Ursprungsländer, mit dem Ziel, den Technologietransfer sowie die Beteiligung der Herkunftsstaaten an den Ergebnissen und den wirtschaftlichen Nutzen von genetischen Ressourcen zu gewährleisten und zu fördern.

a. Begünstigte und Verpflichtete

Alle Teilhaberegelungen nach der CBD verpflichten und berechtigen grundsätzlich nur die Vertragsstaaten.

(1) Staaten als Begünstigte

Als Begünstigte sind die sog. Ursprungsländer zu sehen. Dieser Begriff wird in Art. 15 Abs. 2 CBD näher definiert. Danach ist als „Ursprungsland der genetischen Ressourcen“ das Land anzusehen, das diese genetischen Ressourcen unter *In-situ*-Bedingungen²⁰⁰ besitzt.

Die Bestimmungen über die Forschungsbeteiligung, die Verlagerung der Forschungsarbeiten, die Ergebnisbeteiligung und den Technologietransfer benennen als Begünstigte die Vertragsparteien, die die genetischen Ressourcen zur Verfügung gestellt haben (Ressourcegeber). Dieser Begriff wird in Art. 15 Abs. 3 CBD²⁰¹ näher definiert. Danach gehören zu den Staaten, die im Sinne dieser Vorschrift genetische Ressourcen zur Verfügung gestellt haben, nur diejenigen Staaten, die nach den Grundsätzen des Übereinkommens diese Ressourcen erworben und zur Verfügung gestellt bzw. weitergegeben haben.

Diese zwischen wild lebenden, gezüchteten oder domestizierten Arten differenzierende Begriffsdefinition der *In-situ*-Bedingungen verfolgt das Ziel, den Berechtigtenstatus für die Teilhaberegelungen auf den Kreis der Staaten einzugrenzen, die entweder als Ursprungsländer einzustufen sind oder die genetische Ressourcen in Übereinstimmung mit der CBD erworben haben. Damit soll insbesondere ausgeschlossen werden, dass Staaten, die über nicht in Übereinstimmung mit der CBD erworbene *Ex-situ*-Bestände der betreffenden genetischen Ressourcen verfügen, eine Teilhabeberechtigung erhalten. Gemeint sind hiermit insbesondere Sammlungen botanischer Gärten oder von Forschungsinstituten, die vor Inkrafttreten der CBD aufgebaut worden sind. Ferner soll durch diese einschränkende Definition im Hin-

²⁰⁰ Hierbei gilt für wild lebende Arten, dass genetische Ressourcen unter solchen *In-situ*-Bedingungen leben, wenn diese in Ökosystemen oder in natürlichen Lebensräumen vorkommen. *In-situ*-Bedingungen sind für domestizierte oder gezüchtete Arten dort gegeben, wo diese Arten ihre besonderen Eigenschaften entwickelt haben.

²⁰¹ Art. 15 Abs. 3 CBD lautet: „Für die Zwecke dieses Übereinkommens gelten als von einer Vertragspartei nach diesem Artikel oder den Artikeln 16 und 19 zur Verfügung gestellte genetische Ressourcen nur diejenigen, die von Vertragsparteien, die Ursprungsländer dieser Ressourcen sind, oder von den Vertragsparteien, die diese Ressourcen in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen erworben haben, zur Verfügung gestellt werden.“

blick auf domestizierte oder gezüchtete Arten auch verhindert werden, dass auch Staaten eine Teilhabeberechtigung zukommt, in denen lediglich irgendein züchterischer Beitrag nur aufgrund des regen weltweiten züchterischen Austausches von genetischen Ressourcen geleistet wurde.²⁰²

(2) Staaten als Verpflichtete

Die oben genannten Bestimmungen richten sich grundsätzlich an die Staaten als Vertragsparteien und verpflichten über die Staatenkooperation daher zunächst diese selbst.²⁰³ Im Rahmen dieser Staatenzusammenarbeit ist auch in der CBD auf die unterschiedlichen Entwicklungsstufen der jeweiligen Staaten eingegangen worden. Es sind besondere Förderungspflichten zugunsten bestimmter Staaten – z.B. der Entwicklungsländer – in das Übereinkommen eingeführt worden.

Ungeachtet dieser Orientierung auf die Vertragsstaaten darf nicht übersehen werden, dass diese Regelungen in zahlreichen Fällen Vorgänge betreffen, die in der Hand Privater liegen und damit auch kommerzieller Natur sind. In diesem Fall sind die Staaten gegebenenfalls dazu verpflichtet, die privaten Organisationen und Wirtschaftssubjekte so zu fördern, dass der Kooperationszweck des Übereinkommens nicht gefährdet wird.²⁰⁴

b. Forschungsbeteiligung und Verlagerung

Art. 15 Abs. 6 CBD²⁰⁵ stellt das Gebot auf, die Ressourcenstaaten an der wissenschaftlichen Forschung mit genetischen Ressourcen in vollem Umfang zu beteiligen.²⁰⁶ Dabei sollte die Planung und die Durchführung der wissenschaftlichen Forschung vorzugsweise in diese Staaten verlagert werden.

Diese Bestimmung verfolgt insbesondere das entwicklungspolitische Ziel, die Ressourcenstaaten in die Lage zu versetzen, nachhaltig eigene Fachkapazitäten und Forschungsstrukturen für die Nutzung der eigenen genetischen Ressourcen aufzubauen.

²⁰² Siehe dazu *Stoll* in: *Wolff/Köck* (Hrsg.), 10 Jahre Übereinkommen über die biologische Vielfalt, S. 80 f.

²⁰³ Siehe dazu ausführlich *Stoll* in: *Wolff/Köck* (Hrsg.), a. a. O., S. 81.

²⁰⁴ Vgl. dazu *Stoll* in: *Wolff/Köck* (Hrsg.), a. a. O., S. 81.

²⁰⁵ Art. 15 Abs. 6 CBD lautet: „Jede Vertragspartei bemüht sich, wissenschaftliche Forschung auf der Grundlage genetischer Ressourcen, die von anderen Vertragsparteien zur Verfügung gestellt wurden, unter voller Beteiligung dieser Vertragsparteien und nach Möglichkeit in deren Hoheitsgebiet zu planen und durchzuführen.“

²⁰⁶ Siehe zur nicht monetären Form der Beteiligung *Hassemer*, in: *Lewinski* (Hrsg.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, 2004, S. 184.

Für den speziellen Fall der biotechnologischen Forschungsarbeiten enthält Art. 19 Abs. 1 CBD ein präzisiertes inhaltsgleiches Beteiligungsgebot.²⁰⁷ Zu bemerken ist, dass das in Art. 19 Abs. 1 CBD aufgenommene Gebot einen höheren Verpflichtungsgrad als das in Art. 15 Abs. 1 CBD festgehaltene Gebot enthält. Dies wird durch die Wortwahl betont: so spricht Art. 15 Abs. 1 CBD lediglich ein Bemühen der Staaten an, während in Art. 19 Abs. 1 CBD der Wortlaut „shall“, „shall take“ und „shall endeavor“ verwendet wird. Zudem wird anders als bei Art. 15 Abs. 1 CBD der Pflichtenumfang der Staaten präzisiert, da spezifisch gesetzgeberische, verwaltungsmäßige oder politische Maßnahmen angesprochen werden.

Sowohl in Art. 15 Abs. 6 CBD als auch Art. 19 Abs. 1 CBD ist der Begriff der Forschung weit zu fassen, insbesondere soll eine anwendungsorientierte Forschung und die Forschung bei einer direkten Produktentwicklung²⁰⁸ mit umfasst sein. So soll eine Beteiligung an Ergebnissen, die bei der direkten Produktentwicklung entstehen können, vom Vorteilsausgleich umfasst sein.

c. Ergebnisbeteiligung

Ferner statuiert Art. 15 Abs. 7 CBD²⁰⁹ das Gebot, mit dem Ressourcengeber eine ausgewogene und gerechte Teilung der „Ergebnisse“ aus der „Forschung und Entwicklung“ sowie der Vorteile aus einer „kommerziellen oder sonstigen Nutzung“ der genetischen Ressourcen durchzuführen. Für „Ergebnisse und Vorteile aus den Biotechnologien“ enthält Art. 19 Abs. 2 CBD²¹⁰ eine inhaltsgleiche Bestimmung und nimmt dabei besonders Bezug auf Entwicklungsländer. Dabei ist der Begriff der

²⁰⁷ Art. 19 Abs. 1 CBD lautet: „Jede Vertragspartei ergreift, sofern angebracht, Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und politische Maßnahmen, um für die wirksame Beteiligung derjenigen Vertragsparteien, insbesondere unter den Entwicklungsländern, welche die genetischen Ressourcen für biotechnologische Forschungsarbeiten zur Verfügung stellen, an diesen Arbeiten zu sorgen, die nach Möglichkeit in diesen Vertragsparteien durchgeführt werden sollen.“

²⁰⁸ Siehe zu der klarstellenden Funktion des Art. 15 Abs. 7 CBD für diese Auslegung *Wolfrum/Stoll*, a.a.O., S. 97.

²⁰⁹ Art. 15 Abs. 7 CBD lautet: „Jede Vertragspartei ergreift, sofern angebracht, in Übereinstimmung mit den Artikeln 16 und 19 Gesetzgebungs-, Verwaltungs- oder politische Maßnahmen, erforderlichenfalls durch den in den Artikeln 20 und 21 festgelegten Finanzierungsmechanismus, mit dem Ziel, die Ergebnisse der Forschung und Entwicklung und die Vorteile, die sich aus der kommerziellen und sonstigen Nutzung der genetischen Ressourcen ergeben, mit der Vertragspartei, die diese Ressourcen zur Verfügung gestellt hat, ausgewogen und gerecht zu teilen. Diese Aufteilung erfolgt zu einvernehmlich festgelegten Bedingungen.“

²¹⁰ Art. 19 Abs. 2 CBD lautet: „Jede Vertragspartei ergreift alle durchführbaren Maßnahmen, um den vorrangigen Zugang der Vertragsparteien, insbesondere unter den Entwicklungsländern, zu den Ergebnissen und Vorteilen aus den Biotechnologien, die sich auf die von diesen Vertragsparteien zur Verfügung gestellten genetischen Ressourcen stützen, auf der Grundlage der Ausgewogenheit und Gerechtigkeit zu fördern und zu erleichtern. Dieser Zugang erfolgt zu einvernehmlich festgelegten Bedingungen.“

„Ergebnisse und Vorteile“ weit zu verstehen. Davon umfasst sind insbesondere Forschungsergebnisse und technische Entwicklungen sowie kommerzielle Vorteile.²¹¹

d. Technologietransfer

Der Technologietransfer ist in Art. 16 CBD²¹² geregelt. Nach der Grundnorm des Art. 16 Abs. 1 CBD sollen Staaten Technologie zur Verfügung stellen oder den Zugang und Transfer von Technologien erleichtern. Der Begriff der „Technologie“ betrifft hier das gewerblich anwendbare Wissen und seine Übertragung.²¹³ Transfer bedeutet hier sowohl die Übertragung der entsprechenden Technologien und ihrer faktischen Bestandteile²¹⁴ als auch die Übertragung der für ihre Verwendung erforderlichen Rechte.²¹⁵

Gegenstand des Technologietransfers sind nur die in Art. 16 Abs. 1 CBD genannten Anwendungsbereiche, zu denen Technologien gehören, „die für die Erhaltung und nachhaltige Nutzung der biologischen Vielfalt von Belang sind oder die genetische Ressourcen nutzen, ohne der Umwelt erhebliche Schäden zuzufügen.“

Ziel dieser Technologietransferbestimmungen ist es, bestimmten Staaten Technologie als Produktionsfaktor und damit als wirtschaftliches Gut²¹⁶ zu bestimmten Bedingungen zukommen zu lassen. Diese Staaten sollen damit (volkswirtschaftlich) in die Lage versetzt werden, genetische Ressourcen selbst und unabhängig nachhaltig zu nutzen.

In Art. 16 Abs. 2 CBD wird diese Kooperationspflicht zugunsten von Entwicklungsländern spezifiziert, da hier im Hinblick auf die Zugangsbedingungen von „ausgewogenen und möglichst günstigen Bedingungen“ gesprochen wird, wobei dafür gegebenenfalls auf den in Art. 20 und Art. 21 CBD festgelegten Finanzierungsmechanismus des Übereinkommens zurückgegriffen werden kann.²¹⁷ Art. 16 Abs. 2

²¹¹ Stoll in: Wolff/Köck (Hrsg.), 10 Jahre Übereinkommen über die biologische Vielfalt, S. 79.

²¹² Art. 16 Abs. 1 CBD lautet: „In der Erkenntnis, daß Technologie auch Biotechnologie umfaßt und daß sowohl der Zugang zur Technologie als auch die Weitergabe von Technologie unter den Vertragsparteien für die Erreichung der Ziele dieses Übereinkommens wesentlich sind, verpflichtet sich jede Vertragspartei, vorbehaltlich dieses Artikels den Zugang zu Technologien, die für die Erhaltung und nachhaltige Nutzung der biologischen Vielfalt von Belang sind oder die genetische Ressourcen nutzen, ohne der Umwelt erhebliche Schäden zuzufügen, für andere Vertragsparteien sowie die Weitergabe solcher Technologien an andere Vertragsparteien zu gewährleisten oder zu erleichtern.“

²¹³ Wolfrum/Stoll, a.a.O., S. 101.

²¹⁴ Davon umfasst ist auch die Vermittlung und Übertragung der entsprechenden Informationen, der Kenntnisse, der Anlagen und Instrumente.

²¹⁵ Stoll, Technologietransfer. Internationalisierungs- und Nationalisierungstendenzen. Die Gestaltung zwischenstaatlicher Wirtschaftsbeziehungen, privater Verfügungsrechte und Transaktionen durch die Vereinten Nationen, die WIPO und die Uruguay-Runde des GATT, S. 8 ff.

²¹⁶ Vgl. dazu Wolfrum/Stoll, a.a.O., S. 101.

²¹⁷ Art. 16 Abs. 2 CBD lautet: „Der Zugang zur Technologie und die Weitergabe von Technologie nach Absatz 1 werden in Bezug auf Entwicklungsländer unter ausgewogenen und möglichst

CBD spricht in diesem Zusammenhang auch die Frage des Schutzes des geistigen Eigentums an und legt fest, dass der Zugang und die Weitergabe zu Bedingungen erfolgen soll, die einen angemessenen und wirkungsvollen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums anerkennen und mit ihm vereinbar sind.

Art. 16 Abs. 3 CBD²¹⁸ verschärft die oben genannten Kooperationspflichten insbesondere dann, wenn sie Entwicklungsländer als Ressourcengeber betrifft. Die Staaten sollen soweit erforderlich auch gesetzgeberische, administrative oder politische Maßnahmen treffen müssen, um den Technologietransfer im Hinblick auf Staaten, die genetische Ressourcen zur Verfügung stellen, zu verbessern.

Art. 16 Abs. 4 CBD²¹⁹ legt fest, dass die Vertragsparteien zudem verpflichtet sind, auch den privaten Sektor in die Verpflichtungen der davor genannten Absätze einzubeziehen.

In Art. 16 Abs. 5 CBD²²⁰ ist eine Grundsatzaussage über den Zusammenhang zwischen den Rechten des geistigen Eigentums, insbesondere des Patentrechts, und den Regelungen der CBD getroffen worden. Nach dieser Vorschrift sollen die Vertragsparteien vorbehaltlich ihres innerstaatlichen Rechts und des Völkerrechts zusammenarbeiten, „um sicherzustellen, dass solche Rechte die Ziele des Übereinkommens unterstützen und ihnen nicht zuwiderlaufen.“²²¹

günstigen Bedingungen, darunter im beiderseitigen Einvernehmen auch zu Konzessions- oder Vorzugsbedingungen, gewährt oder erleichtert, erforderlichenfalls in Übereinstimmung mit dem in den Artikeln 20 und 21 festgelegten Finanzierungsmechanismus. Handelt es sich um Technologie, die Gegenstand von Patenten oder anderen Rechten des geistigen Eigentums ist, so erfolgen dieser Zugang und diese Weitergabe zu Bedingungen, die einen angemessenen und wirkungsvollen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums anerkennen und mit ihm vereinbar sind. Die Anwendung dieses Absatzes muß mit den Absätzen 3, 4 und 5 in Einklang stehen.“

²¹⁸ Art. 16 Abs. 3 CBD lautet: „Jede Vertragspartei ergreift, sofern angebracht, Gesetzgebungs-, Verwaltungs- oder politische Maßnahmen mit dem Ziel, Vertragsparteien, insbesondere denen, die Entwicklungsländer sind, wenn sie genetische Ressourcen zur Verfügung stellen, zu einvernehmlich festgelegten Bedingungen den Zugang zu Technologie oder die Weitergabe von Technologie, die diese Ressourcen nutzt, einschließlich Technologie, die durch Patente und sonstige Rechte des geistigen Eigentums geschützt ist, zu gewähren, erforderlichenfalls über die Bestimmungen der Artikel 20 und 21, und zwar in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht und im Einklang mit den Absätzen 4 und 5 dieses Artikels.“

²¹⁹ Art. 16 Abs. 4 CBD lautet: „Jede Vertragspartei ergreift, sofern angebracht, Gesetzgebungs-, Verwaltungs- oder politische Maßnahmen, um dafür zu sorgen, daß der private Sektor den Zugang zu der in Absatz 1 bezeichneten Technologie, ihre gemeinsame Entwicklung sowie ihre Weitergabe zum Nutzen sowohl der Regierungsinstitutionen als auch des privaten Sektors von Entwicklungsländern erleichtert, und beachtet dabei die in den Absätzen 1, 2 und 3 enthaltenen Verpflichtungen.“

²²⁰ Art. 16 Abs. 5 CBD lautet: „In der Erkenntnis, daß Patente und sonstige Rechte des geistigen Eigentums einen Einfluß auf die Durchführung dieses Übereinkommens haben können, arbeiten die Vertragsparteien vorbehaltlich des innerstaatlichen Rechts und des Völkerrechts in dieser Hinsicht zusammen, um sicherzustellen, daß solche Rechte die Ziele des Übereinkommens unterstützen und ihnen nicht zuwiderlaufen.“

²²¹ Näher zum Verhältnis der CBD und dem Schutz des geistigen Eigentums siehe unten unter A. VII.

e. Ergebnis und Bewertung

Die Zugangs- und Teilhabeordnung der CBD berechtigt und verpflichtet unmittelbar nur die Staaten als Vertragsparteien der CBD. Die CBD stellt hierbei einen rechtlichen Rahmen für die Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen und eine daran gekoppelte Teilhabeordnung, der nicht klar und hinreichend bestimmt ist. Insbesondere werden die Regelungen durch Vorbehalte („as appropriate“)²²² in ihren Wirkungen relativiert. Ferner stellen sie für die Staaten Teilhabegebote auf und entfalten für sonstige juristische Personen und Privatrechtssubjekte keine Rechtsverpflichtungen. Für die rechtliche Bindung von sonstigen juristischen Personen und Privatrechtssubjekten an die Zugangs- und Teilhabeordnung der CBD – wie zum Beispiel dem Erfinder – bedarf es der konkreten Umsetzung dieser Bestimmung in innerstaatliche Regelwerke.

V. Die CBD und das traditionelle Wissen

Im Zusammenhang mit den Regelungen zum Zugang zu genetischen Ressourcen spielen die Rechte und Ansprüche indigener und lokaler Gemeinschaften eine große Rolle. Anknüpfungspunkt in der CBD für dieses kontrovers diskutierte Themenfeld²²³ ist Art. 8 (j) CBD²²⁴. Mit dieser Vorschrift greift die CBD nur indirekt und in abgeschwächter Form die international intensiv erörterte Thematik der Rechte

²²² Siehe z.B. diese Formulierung in Art. 15. Abs. 7 CBD.

²²³ Siehe zu diesem Themenfeld *Stoll/von Hahn*, Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law, in: *Schricker et al.* (Hrsg.), *Traditional Knowledge*, 2003; *Gehl Sampath*, Defining Intellectual Property Right on Traditional Medicinal Knowledge: A Process-Oriented Perspective, *Journal of Worlds Intellectual Property*, September 2004; *Dutfield*, Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity, 2000; *ders.*, The Public and Private Domains: Intellectual Property Rights in Traditional Knowledge, *Science Communication* 21,3 2000, 274; *Pacón*, Indigenous Knowledge and Genetic Resources, in: *Wolfrum/Stoll* (Hrsg.), *European Workshop on Genetic Resources Issues and Related Aspects – Access and Benefit Sharing, Intellectual Property Rights, Ex-situ Collections Proceedings and Materials*; *Berichte des Umweltbundesamtes*; Band 5/00, S. 143; *Lewinski* (Hrsg.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, 2004.

²²⁴ Art. 8 (j) CBD: „Jede Vertragspartei wird, soweit möglich und sofern angebracht, [...] (j) im Rahmen ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften Kenntnisse, Innovationen und Gebräuche eingeborener und ortsansässiger Gemeinschaften mit traditionellen Lebensformen, die für die Erhaltung und nachhaltige Nutzung der biologischen Vielfalt von Belang sind, achten, bewahren und erhalten, ihre breitere Anwendung mit Billigung und unter Beteiligung der Träger dieser Kenntnisse, Innovationen und Gebräuche begünstigen und die gerechte Teilung der aus der Nutzung dieser Kenntnisse, Innovationen und Gebräuche entstehenden Vorteile fördern; [...]“

und Ansprüche indigener Völker²²⁵ auf, nimmt dabei zwar Bezug auf Fragen des geistigen Eigentums, trifft aber keine konkrete Aussage zu deren Lösung.²²⁶

1. Art. 8 lit. j CBD

Im Rahmen der Systematik der CBD ist Art. 8 (j) CBD im Kontext der Pflichten angesiedelt, die die Konvention den einzelnen Staaten zur Bewahrung der biologischen Vielfalt *in-situ* auferlegt. Nach Art. 8 (j) CBD sind die Staaten angehalten, die Erhaltung, Anwendung und Verbreitung traditionellen Wissens zu fördern, und zwar mit Billigung sowie unter fairer und gerechter Beteiligung der Träger dieses Wissens an dem wirtschaftlichen Nutzen.

Dem Wortlaut nach verpflichtet Art. 8 (j) CBD unmittelbar nur die Staaten, in denen die indigenen Gemeinschaften leben. Die Vorschrift begründet eine staatliche Förderungspflicht,²²⁷ die Erhaltung, Verbreitung und Anwendung traditionellen Wissens zu unterstützen und die betreffenden Bevölkerungsgruppen effektiver an einem eventuellen wirtschaftlichen Nutzen zu beteiligen.

Allerdings ist diese staatliche Förderungspflicht dem Wortlaut des Art. 8 (j) CBD nach in zweifacher Hinsicht in ihrer Wirkung relativiert. Zum einen steht diese Verpflichtung unter dem Vorbehalt der innerstaatlichen Rechtsvorschriften. Demnach können gegebenenfalls auch etwa einschränkende – verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche – Regelungen über den Rechtsstatus und die Rechte solcher Gemeinschaften Vorrang haben. Zum anderen liegt diese Förderungspflicht im Ermessen des Staates, weil sie für die Staaten nur „soweit möglich und angebracht“ besteht.²²⁸

Art. 8 (j) CBD hebt die besondere Bedeutung des traditionellen Wissens im Rahmen der Erhaltung der biologischen Vielfalt hervor und stellt somit innerhalb der internationalen Diskussion über die Rechte und Ansprüche indigener Völker einen neuen²²⁹ Beitrag dar. Neu dabei ist die Anerkennung der besonderen Bedeutung des traditionellen Wissens für den Bereich der Biotechnologie und der pharmakolo-

²²⁵ So gründen sich die nationalen und internationalen Bemühungen zum Schutz indigener Völker und Gruppen auf internationale Gebote der allgemeinen Menschenrechte, des Minderheitenschutzes und des Schutzes gegen Rassendiskriminierung. Wichtige Rechtsquellen sind z.B. die *ILO Convention No. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*, abgedruckt in: Ariz. J. Int’l Comp. L. 8 (1991) 2, 205 ff. und die *Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, in: ILM 34 (1995), 541 ff.

²²⁶ So spricht die CBD insbesondere die international wie national sehr umstrittene Frage der Rechte der indigenen Gemeinschaften/Gruppen an ihrem angestammten Land und den dazugehörigen natürlichen Ressourcen nicht an.

²²⁷ Siehe dazu auch Art. 10 (c) CBD: „Jede Vertragspartei wird, soweit möglich und sofern angebracht, [...] c) die herkömmliche Nutzung biologischer Ressourcen im Einklang mit traditionellen Kulturverfahren, die mit den Erfordernissen der Erhaltung oder nachhaltigen Nutzung vereinbar sind, schützen und fördern; [...]“

²²⁸ Das gleiche Ergebnis gilt auch für die Förderungspflicht in Art. 10 lit. c CBD.

²²⁹ *Stoll*, Gestaltung der Bioprospektion, S. 10.

gischen Forschung, insbesondere die Anerkennung der Tatsache, dass dieses Wissen einen wesentlichen Beitrag²³⁰ für die Herstellung von Produkten und die Entwicklung von Anwendungen darstellen kann, die auch für andere Gesellschaften und Märkte außerhalb seines Ursprungs von bedeutendem Nutzen sein können.²³¹ Die bisher erfolgte übliche Praxis, traditionelles Wissen und Innovationen zunächst in der Forschung zu verwerten und dann industriell und kommerziell zu vermarkten, hat eine sehr kontroverse Diskussion hervorgerufen. So wird in diesem Zusammenhang unter dem Stichwort der „Biopiraterie“ einerseits gefordert, die Bedeutung des traditionellen Wissens als solches anzuerkennen und dadurch auszuschließen, dass Dritte für die Anwendung solcher Kenntnisse und ihre Weiterentwicklung Ausschließlichkeitsrechte im Sinne von geistigen Eigentumsrechten erlangen können. Andererseits wird auch gefordert, dass solches Wissen nur mit informierter Zustimmung und nur mit Beteiligung der betreffenden Gemeinschaften erworben werden kann. Dadurch soll der Anspruch der Träger dieses Wissens auf Geheimhaltung ihrer Kenntnisse und Innovationen sowie auf die Beanspruchung einer Verfügungsposition zum Ausdruck kommen. Diese international heftig geführte Diskussion über diese Fragen wird nicht nur innerhalb der Institutionen der CBD geführt, sondern auch im Rahmen der Tätigkeiten der WIPO. Die WIPO hat zahlreiche Projekte veranlasst, um die Möglichkeiten und Formen des Schutzes von traditionellem Wissen durch bestehende Strukturen des geistigen Eigentums auszuloten und um zu analysieren, ob durch neu zu entwickelnde Systeme ein Schutz effektiver erreicht werden kann.²³²

2. Traditionelles Wissen und der Zugang zu genetischen Ressourcen

Wie bereits oben erwähnt, spielt das traditionelle Wissen gerade im Bereich der Biotechnologie, insbesondere in der pharmakologischen Forschung und Produktentwicklung, eine wichtige Rolle, da es entscheidende Aufschlüsse über Eigenschaften, Wirkungen und nützliche Anwendungen bestimmter genetischer Ressourcen erlauben kann. Art. 8 (j) CBD enthält aber nur eine staatliche Förderungspflicht und trifft keine direkte Aussage über die Rechte der indigenen Bevölkerungsgruppen an ihrem traditionellen Wissen. Mittelbar besagt diese Vorschrift aber, dass die

²³⁰ Siehe für die Anerkennung eines geistigen Eigentumsrechts *Gehl Sampath*, Defining Intellectual Property Rights on Traditional Medicinal Knowledge: A Process-Oriented Perspective, Journal of Worlds Intellectual Property, September 2004.

²³¹ Siehe dazu *Pacón*, Indigenous Knowledge and Genetic Resources, in: *Wolfrum/Stoll* (Hrsg.), European Workshop on Genetic Resources Issues and Related Aspects – Access and Benefit Sharing, Intellectual Property Rights, Ex-situ Collections Proceedings and Materials; Berichte des Umweltbundesamtes; Band 5/00, S. 140 ff.

²³² Siehe dazu, *Meyer*, Intellectual Property Rights and the Conservation and Sustainable Use of Biodiversity, in: *Wolfrum/Stoll* (Hrsg.), European Workshop on Genetic Resources Issues and Related Aspects – Access and Benefit Sharing, Intellectual Property Rights, Ex-situ Collections Proceedings and Materials; Berichte des Umweltbundesamtes; Band 5/00, S. 131.

indigenen und lokalen Bevölkerungsgruppen über ihr Wissen aufgrund einer vorherigen informierten Zustimmung verfügen sollen, wobei sie eine gerechte und faire Teilhabe an den möglichen Vorteilen beanspruchen dürfen. Die Zugangs- und Teilhabeordnung nimmt keinen Bezug auf das traditionelle Wissen. Demnach wird der Zugang zu traditionellem Wissen nach der Systematik der CBD nicht von einem PIC-Verfahren oder von einvernehmlich vereinbarter Bedingung abhängig gemacht. Es liegt aber an den Staaten, dieser Förderungspflicht²³³ nachzugehen und die genannten Grundsätze in ihr innerstaatliches Recht aufzunehmen. Dadurch sollten die indigenen und lokalen Bevölkerungsgruppen effektiv, fair und gerecht am Zugang zu genetischen Ressourcen und den daraus eventuell resultierenden wirtschaftlichen Vorteilen beteiligt werden, wenn ihr traditionelles Wissen betroffen sein sollte.

VI. Die CBD und die sog. Biopiraterie

Die CBD stellt derzeit den einzigen rechtsverbindlichen völkerrechtlichen Vertrag dar, der sich mit dem Problem des Zugangs zu genetischen Ressourcen befasst und dafür eine Zugangs- und Teilhabeordnung eingeführt hat. Diese Zugangs- und Teilhabeordnung verpflichtet aber nur die Vertragsstaaten und insbesondere nicht Privatrechtssubjekte als Hauptnutzer genetischer Ressourcen. Hinsichtlich der Fälle des konventionswidrigen Erwerbs von genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen – sog. Biopiraterie im Kontext dieser Arbeit – trifft die CBD keine Regelungen. Sie legt nur positiv fest, unter welchen Zugangsbedingungen genetische Ressourcen erlangt werden können, und somit zugleich, unter welchen Zugangs- und Teilhabebedingungen Biopiraterie ausgeschlossen ist. Nach der Systematik der CBD setzt eine Bindung Privater an diese Zugangs- und Teilhabeordnung das Vorhandensein entsprechender innerstaatlicher Gesetze in den Herkunftsstaaten voraus. Die CBD enthält zudem keinen Sanktionsmechanismus hinsichtlich der Nichteinhaltung der Zugangs- und Teilhabeordnung und somit auch keinen Sanktionsmechanismus, um den Fällen des konventionswidrigen Erwerbs von genetischen Ressourcen und traditionellem Wissen zu begegnen. Ein effektiver Rechtsschutz kann aus dem Übereinkommen nicht gefolgert werden. Die Verpflichtung, einen solchen Durchsetzungs- und Sanktionsmechanismus in die innerstaatlichen Vorschriften einzubeziehen, ergibt sich nicht aus der CBD. Die Staaten sind frei, derartige Bestimmung in ihren innerstaatlichen Regelwerken einzuführen. Damit wird dieses Problem auf die Ebene der nationalstaatlichen Regelung der Nutzung genetischer Ressourcen und des damit verbundenen traditionellen Wissens verlagert.

²³³ Vgl. dazu auch *v. Hahn*, ZaöR 2003, S. 295 (298).

VII. Die CBD und der Schutz des geistigen Eigentums – Art. 16 CBD

Die CBD ist auf den Schutz und die nachhaltige Nutzung der biologischen Vielfalt gerichtet. Es verfolgt nicht den Schutz geistiger Eigentumsrechte. Dennoch sind in einigen Regelungen Bezüge zum Immaterialgüterrecht, insbesondere zum Patentrecht zu finden. Diese Bezüge sind in den Bestimmungen des Art. 16 CBD²³⁴ gegeben. Art. 16 CBD regelt Einzelheiten des Zugangs zu und die Weitergabe von Technologien und ist somit Bestandteil der Zugangs- und Teilhabeordnung. Die Vorschrift enthält besondere Bestimmungen hinsichtlich des Technologietransfers

²³⁴ Art. 16 CBD lautet in der deutschen Fassung:

„Zugang zur Technologie und Weitergabe von Technologie

- (1) In der Erkenntnis, daß Technologie auch Biotechnologie umfaßt und daß sowohl der Zugang zur Technologie als auch die Weitergabe von Technologie unter den Vertragsparteien für die Erreichung der Ziele dieses Übereinkommens wesentlich sind, verpflichtet sich jede Vertragspartei, vorbehaltlich dieses Artikels den Zugang zu Technologien, die für die Erhaltung und nachhaltige Nutzung der biologischen Vielfalt von Belang sind oder die genetische Ressourcen nutzen, ohne der Umwelt erhebliche Schäden zuzufügen, für andere Vertragsparteien sowie die Weitergabe solcher Technologien an andere Vertragsparteien zu gewährleisten oder zu erleichtern.
- (2) Der Zugang zur Technologie und die Weitergabe von Technologie nach Absatz 1 werden in Bezug auf Entwicklungsländer unter ausgewogenen und möglichst günstigen Bedingungen, darunter im beiderseitigen Einvernehmen auch zu Konzessions- oder Vorzugsbedingungen, gewährt oder erleichtert, erforderlichenfalls in Übereinstimmung mit dem in den Artikeln 20 und 21 festgelegten Finanzierungsmechanismus. Handelt es sich um Technologie, die Gegenstand von Patenten oder anderen Rechten des geistigen Eigentums ist, so erfolgen dieser Zugang und diese Weitergabe zu Bedingungen, die einen angemessenen und wirkungsvollen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums anerkennen und mit ihm vereinbar sind. Die Anwendung dieses Absatzes muß mit den Absätzen 3, 4 und 5 in Einklang stehen.
- (3) Jede Vertragspartei ergreift, sofern angebracht, Gesetzgebungs-, Verwaltungs- oder politische Maßnahmen mit dem Ziel, Vertragsparteien, insbesondere denen, die Entwicklungsländer sind, wenn sie genetische Ressourcen zur Verfügung stellen, zu einvernehmlich festgelegten Bedingungen den Zugang zu Technologie oder die Weitergabe von Technologie, die diese Ressourcen nutzt, einschließlich Technologie, die durch Patente und sonstige Rechte des geistigen Eigentums geschützt ist, zu gewähren, erforderlichenfalls über die Bestimmungen der Artikel 20 und 21, und zwar in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht und im Einklang mit den Absätzen 4 und 5 dieses Artikels.
- (4) Jede Vertragspartei ergreift, sofern angebracht, Gesetzgebungs-, Verwaltungs- oder politische Maßnahmen, um dafür zu sorgen, daß der private Sektor den Zugang zu der in Absatz 1 bezeichneten Technologie, ihre gemeinsame Entwicklung sowie ihre Weitergabe zum Nutzen sowohl der Regierungsinstitutionen als auch des privaten Sektors von Entwicklungsländern erleichtert, und beachtet dabei die in den Absätzen 1, 2 und 3 enthaltenen Verpflichtungen.
- (5) In der Erkenntnis, daß Patente und sonstige Rechte des geistigen Eigentums einen Einfluß auf die Durchführung dieses Übereinkommens haben können, arbeiten die Vertragsparteien vorbehaltlich des innerstaatlichen Rechts und des Völkerrechts in dieser Hinsicht zusammen, um sicherzustellen, daß solche Rechte die Ziele des Übereinkommens unterstützen und ihnen nicht zuwiderlaufen.“

in die Entwicklungsländer. Technologien sollen in Bezug auf Entwicklungsländer „unter ausgewogenen und möglichst günstigen Bedingungen“ zugänglich gemacht werden. Dies soll allerdings nur zu Bedingungen erfolgen, die einen angemessenen und wirkungsvollen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums gewährleisten, Art. 16 Abs. 2 CBD. Als Gegenleistung sollen an Entwicklungsländer, die genetische Ressourcen zur Verfügung stellen, Technologien zur Nutzung dieser Ressourcen auch dann weitergegeben werden, wenn sie durch Patente und sonstige Rechte des geistigen Eigentums geschützt sind, Art. 16 Abs. 3 CBD. Im Ergebnis wird aber diese zunächst als sehr weitgehend einzuschätzende Verpflichtung wiederum durch das Erfordernis der „einvernehmlich festgelegten Bedingungen“ und durch die Klausel „in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht“ in ihrer Wirkung relativiert. Damit eröffnet diese Verpflichtung einen erheblichen Spielraum für die Industriestaaten, die in der Regel das stärkere Interesse am Schutz und ungeschmälernten Bestand geistiger Eigentumsrechte haben, diese Verpflichtung einzuschränken.²³⁵

Art. 16 Abs. 4 CBD trägt dem Umstand Rechnung, dass die CBD unmittelbar nur die Vertragsparteien – also Staaten und Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration – und nicht Vertreter des privaten Sektors verpflichtet. Grundgedanke ist hier, den privaten Sektor, in dessen Hand sich in der Regel der größte Anteil an neuen Technologien befindet, in die Teilhabeordnung speziell hinsichtlich des Technologietransfers einzubeziehen und mit zu verpflichten. Gemäß dieser Bestimmung ist jede Vertragspartei verpflichtet, durch gezielte Maßnahmen den privaten Sektor zur Erleichterung des Zugangs zu den maßgeblichen Technologien zu veranlassen. Dieser Ansatz wird aber wiederum durch den Vorbehalt „sofern angebracht“ in seiner Wirkung relativiert.

In Art. 16 Abs. 5 CBD²³⁶ wird eine Grundsatzaussage über den Zusammenhang zwischen den Rechten des geistigen Eigentums, insbesondere des Patentrechts, und den Regelungen der CBD getroffen. Nach dieser Vorschrift sollen die Vertragsparteien vorbehaltlich ihres innerstaatlichen Rechts und des Völkerrechts zusammenarbeiten, „um sicherzustellen, dass solche Rechte die Ziele des Übereinkommens unterstützen und ihnen nicht zuwiderlaufen.“²³⁷

Diese Vorschrift ist aber im Ergebnis aufgrund des starken Ermessensspielraums für die Vertragsparteien zu vage formuliert, um hieraus einen generellen Vorrang der Ziele der CBD gegenüber dem Schutz des geistigen Eigentums abzuleiten.²³⁸ Diese Vorschrift trägt nicht dazu bei, die Frage zu klären, ob und inwiefern ein Konflikt

²³⁵ Vgl. dazu im Ergebnis auch *Beyerlin*, Umweltvölkerrecht, S. 201, Rn. 408.

²³⁶ Art. 16 Abs. 5 CBD lautet: „In der Erkenntnis, daß Patente und sonstige Rechte des geistigen Eigentums einen Einfluß auf die Durchführung dieses Übereinkommens haben können, arbeiten die Vertragsparteien vorbehaltlich des innerstaatlichen Rechts und des Völkerrechts in dieser Hinsicht zusammen, um sicherzustellen, daß solche Rechte die Ziele des Übereinkommens unterstützen und ihnen nicht zuwiderlaufen.“

²³⁷ Näher zum Verhältnis der CBD und dem Schutz des geistigen Eigentums siehe oben A. VII.

²³⁸ Vgl. dazu im Ergebnis auch *Beyerlin*, Umweltvölkerrecht, S. 201, Rn. 408.

mit dem TRIPs-Übereinkommen²³⁹ entstehen könnte. Bis heute ist das Verhältnis zwischen der CBD und dem TRIPs-Übereinkommen nicht geklärt und in den relevanten Foren, insbesondere der WTO, Diskussionsgegenstand.²⁴⁰

Weiterhin stellt sich die Frage, ob die Regelungen der CBD Auswirkungen auf ressourcenbasierte Erfindungen haben. Fraglich ist dabei insbesondere, ob die CBD Konsequenzen für ressourcenbasierte Erfindungen entfalten kann, wenn diese Ressourcen nicht konventionsgemäß erlangt worden sind. Anknüpfungspunkt ist hier zunächst Art. 16 CBD, der den Zugang zu und den Transfer von Technologien behandelt und dabei insbesondere solche Technologien einbezieht, die durch Rechte des geistigen Eigentums geschützt werden (Art. 16 Abs. 2 und Abs. 3 CBD).²⁴¹ Wie bereits oben festgestellt, enthält diese Vorschrift nur Handlungsanweisungen an die Vertragsstaaten hinsichtlich des Zugangs zu genetischen Ressourcen und der Vorteilsteilhabe. Die CBD trifft aber keine Regelungen über zu treffende Konsequenzen, wenn für die Nutzung genetischer Ressourcen oder damit verbundenes traditionelles Wissen keine Zugangs- oder Teilhabevereinbarungen getroffen worden sind. Patentanmeldungen über Erfindungen, die auf konventionswidrig erlangten Ressourcen basieren, bleiben von den Regelungen der CBD unberührt. Insbesondere können hierauf unmittelbar keine Teilhaberechte geltend gemacht werden. Hierfür wäre eine Konkretisierung in innerstaatlichen Vorschriften erforderlich.

B. Zusammenfassung und Bewertung

Die CBD legt für den Zugang zu genetischen Ressourcen nur einen rechtlichen Rahmen fest, der bestimmte Bedingungen (besonders wichtig: PIC, MATs und *Benefit-Sharing*) enthält, die die Vertragsstaaten bei der Umsetzung in nationales Recht berücksichtigen müssen. Die Bestimmungen der CBD sind damit nicht *self-executing*, sondern bedürfen der Umsetzung in nationales Recht, um rechtliche Wirkung gegenüber sonstigen juristischen und natürlichen Personen zu entfalten. Im Übrigen überlässt die CBD die Gestaltung des konkreten Verfahrensablaufs für den Zugang zu genetischen Ressourcen den Vertragsstaaten.

Demnach ist das den Staaten zugestandene souveräne Recht an genetischen Ressourcen als völkerrechtlicher Grundsatz nur für die Aufteilung und für die Zuordnung von Ressourcen zwischen den Staaten maßgeblich. Die Umsetzung und Ausgestaltung dieser Bestimmungen in nationales Recht ist Aufgabe der Staaten und dient dazu, Rechtssicherheit zu schaffen und eine förderliche Zusammenarbeit bei der Nutzung von genetischen Ressourcen in einem internationalen wirtschaftlichen Kontext zu ermöglichen.

²³⁹ Ausführlich zum TRIPs-Abkommen siehe 5. Teil, A. unter I. und II.

²⁴⁰ Zu der eingehenden Auseinandersetzung mit dieser Frage siehe die Ausführungen im 5. Teil der Arbeit.

²⁴¹ Ausführlich zu den Details siehe *Goebel*, Pflanzenpatente und Sortenschutzrechte im Weltmarkt, S. 116 ff.

Im Hinblick auf das traditionelle Wissen enthält die CBD keine konkreten Lösungsvorschläge. Auf das traditionelle Wissen wird in der Zugangs- und Teilhabeordnung des Art. 15 Abs. 1 und Abs. 7 CBD nicht Bezug genommen. Nach der Konvention bleibt es den Vertragsstaaten überlassen, in ihrer innerstaatlichen Rechtsordnung und in der Gestaltung des Zugangsverfahrens den Rechten und Ansprüchen ihrer indigenen und lokalen Bevölkerungsgruppen Rechnung zu tragen. Demnach sind die Rechte und Ansprüche dieser Bevölkerungsgruppen – nach der Systematik der CBD – entsprechend der innerstaatlichen Regelungen zu berücksichtigen. Die Konvention regelt demnach nur die allgemeinen Richtlinien (vorherige informierte Zustimmung, faire und gerechte Vorteilsteilhabe) für die Beziehung zwischen dem jeweiligen Staat und seinen indigenen und lokalen Gemeinschaften in Bezug auf den Zugang zu genetischen Ressourcen und die Nutzung von traditionellem Wissen. Sie schlägt die Schaffung von Mechanismen und Regelungen für den Zugang zu genetischen Ressourcen und die Durchführung einer gerechten Vorteilsbeteiligung im Falle der Nutzung von traditionellem Wissen vor.

Die CBD gewährt keinen direkten Anspruch der indigenen und lokalen Bevölkerungsgruppen auf Schutz und Durchsetzung ihrer Rechte. Sie begründet auch kein Eigentumsrecht auf ihr traditionelles Wissen. Es bleibt den Staaten demnach überlassen, diese Rechte, wie z.B. die besonders kontrovers diskutierte Frage der Landrechte, innerstaatlich anzuerkennen und zu schützen.

Damit bleibt also die konkrete Ausgestaltung und Implementierung der in Art. 8 (j) und Art. 10 (c) CBD festgelegten Förderungspflicht im Ermessen der jeweiligen Staaten.

Unmittelbar Berechtigte und Verpflichtete aus der Zugangs- und Teilhabeordnung des Übereinkommens sind die Staaten und Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration als Vertragsparteien der CBD. Diese Bindung entsteht allein durch den Beitritt zur CBD. Die Hauptbeteiligten der Nutzung von genetischen Ressourcen sind in der Regel die Biotechnologieindustrie, die Agrarindustrie und die pharmazeutische Industrie. Diese Privatrechtssubjekte können an die Zugangs- und Teilhabeordnung der CBD nur im Rahmen von nationalen Umsetzungsregelungen unmittelbar rechtlich gebunden werden. Soweit die Rechtsordnungen des Herkunftsstaates und des eigenen Staates es erlauben bzw. bis diese ihrer Umsetzungspflicht nachgekommen sind, können Privatrechtssubjekte genetische Ressourcen ohne Beachtung von PIC, MATs oder einer Vorteilsbeteiligung nachfragen bzw. nutzen.

Die CBD trägt mit ihrer Zugangs- und Teilhabeordnung im Ergebnis hinsichtlich der Nutzung genetischer Ressourcen Zugangsinteressen der Nutzerstaaten und als Gegenstück Teilhabeinteressen der Ressourcengeberstaaten Rechnung und zielt darauf ab, sie in Einklang zu bringen. Ein Teilhaberecht im Sinne eines durchsetzbaren Anspruchs wird von der CBD aber nicht begründet.

Gemäß Art. 15 Abs. 1 CBD unterliegt die Zugangsregelungsbefugnis den innerstaatlichen Rechtsvorschriften. Demnach muss der Staat bei der Ausübung seiner Zugangsregelungsbefugnis bestehenden innerstaatlichen Eigentums- und Verfü-

gungsrechten Rechnung tragen, es sei denn er führt Änderungen der einschlägigen Rechtsnormen durch. Damit ist die Zugangsregelungsbefugnis keine Aussage über das Eigentum an der Ressource. Die Eigentümerposition fällt gegebenenfalls nur mit ihr zusammen, wenn der Staat Eigentümer der Ressource ist.

Die Eigentumslage hinsichtlich genetischer Ressourcen wird somit von der CBD nicht behandelt. Insbesondere trennt die CBD nicht das Eigentum am biologischen Material von den davon abgekoppelten genetischen und biochemischen Ressourcen, wie es zum Beispiel nach den Regelungen des Beschlusses 391 der Andengemeinschaft der Fall ist.²⁴²

Zudem ist die Frage, auf welches biologische bzw. genetische Material welche geistigen Eigentumsrechte in welcher Ausgestaltung erteilt werden, jeweils von der nationalen Gesetzgebung und Rechtsprechung sowie von völkerrechtlichen Verträgen in diesem Bereich abhängig.

²⁴² Siehe dazu ausführlich 3. Teil, A. der Arbeit.

3. Teil: Regionale und nationale Regelungen für die Umsetzung der Zugangs- und Teilhabeordnung der CBD

Die Hauptbeteiligte der Nutzung genetischer Ressourcen sind insbesondere die Biotechnologie, Agrar- und Pharmaunternehmen. Privatrechtlich (wie öffentlich-rechtlich) organisierte Unternehmen sind aber an die Bestimmungen der CBD nicht gebunden. Wie oben dargestellt, stellt die Zugangs- und Teilhabeordnung der CBD Rahmenvorschriften dar, die der Umsetzung in nationales Recht²⁴³ bedürfen, um insbesondere Private an sie zu binden. Die Umsetzung der Zugangs- und Teilhabeordnung in nationales Recht kann in unterschiedlicher Weise erfolgen. Die einzelnen Vertragsstaaten sind hierbei frei, die für sie günstigere Lösung bzw. Ge-

²⁴³ Zur Umsetzung völkerrechtlicher Verträge in nationales Recht siehe *Randelzhofer*, Incorporation of International Treaties into Municipal Law, in: *Tunkin/Wolfrum*, 1987, S. 102–114.

setzgebungsart²⁴⁴ zu wählen, um dabei ihren eigenen spezifischen rechtlichen, institutionellen, ökonomischen und kulturellen Gegebenheiten Rechnung zu tragen.²⁴⁵

Bei den unterschiedlichen Ansätzen hinsichtlich der Umsetzung der CBD wird deutlich, dass in Ressourcengeberstaaten bisher der Schwerpunkt der Umsetzungsbemühungen in der Schaffung von innerstaatlichen Zugangs- und Teilhabeordnungen liegt, die den Fokus auf eine restriktive Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen haben. In den (klassischen) Nachfragestaaten sind derartige umfassende Gesetze nicht vorhanden.

A. Die Umsetzung der CBD in den sog. klassischen Ressourcengeberstaaten

Vor Inkrafttreten der CBD beruhte die Erfahrung mit dem Zugang zu genetischen Ressourcen im Wesentlichen auf die zwischen Regierungen biodiversitätsreicher Staaten,²⁴⁶ und Unternehmen geschlossenen bilateralen (Zugangs-)Vereinbarungen. Hierfür bestand regelmäßig keine diese Zugangsvereinbarung unterstützende nationale Zugangsgesetzgebung.²⁴⁷ Mit Inkrafttreten der CBD und als Reaktion auf die Erfahrungen mit diesen bilateralen (Zugangs- bzw. Nutzungs-)Vereinbarungen haben zahlreiche ressourcenreiche Staaten Zugangs- und Teilhabeordnungen unterschiedlicher Struktur und Rechtsnatur erlassen. Ergänzend dazu haben Nutzer genetischer Ressourcen der sog. Nachfragestaaten, wie z.B. Botanische Gärten, Forschungseinrichtungen und einige Unternehmen, freiwillige Richtlinien oder sog. *codes of conduct* für den Umgang mit genetischen Ressourcen mit dem Ziel erarbeitet, Transparenz und Vertrauen in den Ressourcengeberstaaten zu schaffen. Die Anzahl der Staaten und Regionen, die ABS-Regelungen erlassen haben bzw. dabei

²⁴⁴ Siehe zu den unterschiedlichen Arten von Gesetzgebung Glowka, RECIEL 6, 1997, S. 249 ff. Glowka unterscheidet zwischen fünf möglichen Gesetzgebungsarten für den Erlass von Zugangs- und Teilhaberegelungen: (1) allgemeine Umweltrahmengesetze als ermächtigende Gesetze, (2) Rahmengesetze über nachhaltige Entwicklung, Naturschutz oder biologische Vielfalt, die hinsichtlich der Umweltrahmengesetze detaillierte Regelungen enthalten, (3) spezifische Zugangs- und Teilhabegesetze in Form von parlamentarischen Gesetzen oder (4) Präsidial- bzw. Regierungsverordnungen sowie (5) regionale Gesetzgebung.

²⁴⁵ Zudem besteht noch die Möglichkeit durch individuelle Verträge, sog. Bioprospektionsverträge, den Zugang und die Teilhabe zu regeln. Vertragsparteien sind einerseits das Herkunftsland und andererseits potentielle Nutzer bzw. Sammler (sog. Bioprospektoren). Voraussetzung dafür ist die Verfügungsbefugnis des Herkunftsstaates über die betreffenden genetischen Ressourcen. Die Verfügungsbefugnis richtet sich nach der innerstaatlichen Rechtsordnung. Siehe ausführlich zu Vor- und Nachteilen von Prospektionsverträgen Laird, in: Reid et al. (Hrsg.), Biodiversity Prospecting, S. 101 und für die Voraussetzungen gelungener Vertragsverhandlungen, Sherblom, in: Ono 1991, S. 214.

²⁴⁶ Unter Umständen unter Einbeziehung indigener oder lokaler Gemeinschaften auf der Seite der Ressourcengeberstaaten.

²⁴⁷ Henne, Genetische Vielfalt als Ressource, S. 200.

sind diese zu erlassen, ist in den vergangenen Jahren sehr stark gewachsen,²⁴⁸ wobei bisher weltweit in weniger als 30 Staaten ABS-Zugangsregelungen existieren.

Im Folgenden wird auf die bis September 2010²⁴⁹ in Kraft getretenen, international bekannten oder wegen ihrer innovativen Regelungen besonders hervorzuhebenden Zugangs- und Teilhaberegelungen eingegangen.

I. Die Zugangsregelungen in der Andengemeinschaft

In den Ländern der Andengemeinschaft²⁵⁰ ist der Zugang zu den genetischen Ressourcen auf regionaler Ebene durch den Kommissionsbeschluss²⁵¹ 391²⁵² gesetzlich geregelt.

1. Entstehungsgeschichte

Die *Comunidad Andina de Naciones*, CAN, (Andengemeinschaft) trat in ihrer ersten Ausgestaltung am 26. Mai 1969 mit der Unterzeichnung des *Acuerdo de Integración Subregional*²⁵³ durch Bolivien, Chile, Ecuador, Kolumbien, und Peru in der kolumbianischen Hauptstadt Bogotá auf die internationale lateinamerikanische Bühne.²⁵⁴

²⁴⁸ Unter folgenden Internetportalen kann eine Zusammenstellung der nationalen Umsetzungsregelungen zum Thema ABS gefunden werden: <http://www.cbd.int/abs/measures/default.shtml>. Informationen bzgl. Datenbanken zu ABS-Maßnahmen können unter <http://www.cbd.int/abs/measures/> abgerufen werden. Informationen zu anderen Instrumenten (*codes of conduct*, Leitlinien zu ABS) können unter <http://www.cbd.int/abs/instruments/> abgerufen werden.

²⁴⁹ Dies entspricht dem Stand der Arbeit zum Zeitpunkt der Abgabe für das Promotionsverfahren.

²⁵⁰ Die Andengemeinschaft stellt ein System regionaler Wirtschaftsintegration dar, dem zurzeit Bolivien, Ecuador, Kolumbien und Peru angehören. Venezuela teilte am 22. April 2006 der Kommission die Entscheidung mit, aus der Andengemeinschaft auszutreten. Mit dem Beschluss 641 vom 9. August 2006 ist diese Entscheidung wirksam geworden. Siehe dazu *Decisión 641* „Aprobación del Memorando de Entendimiento suscrito entre los Países Miembros de la Comunidad Andina y la República Bolivariana de Venezuela“, veröffentlicht in der Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XXIII, Nr. 1381., S. 1–4.

²⁵¹ Oft wird hier auch die Bezeichnung „Entscheidung“ verwendet.

²⁵² *Decisión 391 de la Comunidad Andina*: „Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos“, vom 2. Juli 1996, Text abrufbar unter <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=9446>.

²⁵³ Siehe ausführlich zu der Entstehung der Andengemeinschaft *Leu*, Andean Common Market, in: *Encyclopedia of Public International Law*, Bd. 6, S. 13–15; *García Amador y Rodríguez*, The Andean Legal Order. A New Community Law, 1978, 1–42; *Nagel*, Die wirtschaftlichen Integrationsbestrebungen Lateinamerikas, S. 17–27.

²⁵⁴ Siehe ausführlich zur Andengemeinschaft *Tafur-Dominguez*, International Environmental Harmonization – Emergence and Development of the Andean Community, *Pace International Law Review* 12 (2000), S. 283 ff.; *Kühn*, Die Andengemeinschaft. Juristische Aspekte der internationalen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und lateinamerikanischen Integrationsystemen im Zeitalter des neuen Regionalismus, S. 108 ff.

Mit der *Decisión 1* der *Comisión*²⁵⁵ des damaligen Andenpaktes²⁵⁶ wurde die offizielle Bezeichnung des Vertrages auf „Acuerdo de Cartagena“ geändert. Die Unterzeichnung dieses Vertrages stellt den Epilog von mehr als zwei Jahren ununterbrochener Verhandlungsarbeit zur Gründung dieses subregionalen Integrationsabkommens dar. Diese schon seit der Befreiung von den Kolonialmächten immerwährenden regionalen Integrationsbemühungen in Lateinamerika,²⁵⁷ die u.a. zur Entstehung der Andengemeinschaft und des Mercosur führten, begannen mit der Gründung der Lateinamerikanischen Freihandelsassoziation (*Asociación Latinoamericana de Libre Comercio*, ALALC) durch den Vertrag von Montevideo²⁵⁸ am 18. Februar 1960 konkrete Gestalt anzunehmen.

Die Idee, innerhalb der ALALC²⁵⁹ eine subregionale Gruppe zu gründen, entstand aus den Beobachtungen heraus, dass die ALALC den weniger entwickelten Staaten unzureichende wirtschaftliche Förderungs- und Wachstumsmöglichkeiten bot. Anders als die wirtschaftlich stärkeren Länder Brasilien und Argentinien sahen die späteren Mitglieder der Andengruppe in der ALALC insbesondere ein Instrument der Entwicklungsförderung und nicht ein bloßes handelspolitisches Instrument. Beruhend auf diesen Feststellungen und mit der Absicht, durch gemeinsames Vorgehen innerhalb²⁶⁰ der ALALC den Entwicklungsförderungsprozess ihrer

²⁵⁵ *Decisión 1 del Primer Período de Sesiones Ordinarias de la Comisión, 21.–25.10.1969 en Lima, Perú*, abgedruckt in: *Junta del Acuerdo de Cartagena* (Hrsg.), *Decisiones 1–90*, Bd. 1, Lima 1982, S. 1.

²⁵⁶ Die geläufigen Bezeichnungen *Grupo Andino* oder *Pacto Andino* (Andenpakt) sind niemals offiziell bestätigt worden.

²⁵⁷ Der Satz von *Simón Bolívar* „Para nosotros la Patria es América“ wird in der Fußzeile der Gaceta Oficial des *Acuerdo de Cartagena* zitiert.

²⁵⁸ Vertragstext abgedruckt in: *Vieira/Vignal/Veida*, *Legislación Internacional*, Bd. 4, S. 9–32.

²⁵⁹ Im Jahre 1980 ist die ALALC am 12. August 1980 mit dem Vertrag von Montevideo durch die *Asociación Latinoamericana de Integración*, ALADI, ersetzt worden. Vertragstext abgedruckt in: *Integración Latinoamericana* Nr. 47, 1980, S. 4–14; engl. in *ILM* 20 (1981), S. 672–688. Vgl. dazu, *Barros Charlín*, *Análisis Comparativo de los Tratados de Montevideo 1960 y 1980*, *Integración Latinoamericana* Nr. 50 (1980), S. 30–48; *Gibson*, *ALALC y ALADI Comparación entre dos intentos de integración económica en Latinoamérica, función y alcance de la cláusula de la nación más favorecida*, in: *Lücke/Ress/Will* (Hrsg.), *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration*, *Gedächtnisschrift für Leóntin-Jean Constantinesco*, S. 1–7; *Hummer*, *Rechtsfragen aus Anlass der Sukzession der ALALC durch die ALADI*, in: *Lücke/Ress/Will* (Hrsg.), a.a.O., S. 259–282; *ders.*, „Die Lateinamerikanische Integrationsassoziation“ (ALADI) als Rechtsnachfolger der „Lateinamerikanischen Freihandelsassoziation“ (ALALC), *Verfassung und Recht in Übersee*, 13 (1980), S. 361–370.

²⁶⁰ Ziel war es, den *Acuerdo de Cartagena* in das Integrationssystem der ALALC als Zusatzabkommen einzufügen. So war es vorgesehen, dass die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag von Montevideo und die Rechtsakte der ALALC subsidiär neben den Entscheidungen oder Beschlüssen der Andengemeinschaft als ergänzende Rechtsquelle bestehen bleiben sollten, vgl. Art. 114 AC, auch Artt. 44, 60, 72 AC. So soll auch der *Acuerdo de Cartagena* solange bestehen bleiben, als seine Integrationsziele weitreichender als die der ALALC sind, vgl. Art. 110 III AC. Vgl. dazu ausführlicher *García Amador y Rodríguez*, *El ordenamiento jurídico andino – un nuevo derecho comunitario*, S. 56; *ders.*, *Some legal aspects of the Andean Economic Integration*, in: *Wilner*

Länder zu stärken, verabschiedeten die Präsidenten Kolumbiens, Chiles, Venezuelas sowie Vertreter der Regierungen von Peru und Ecuador am 16. August 1966 die *Declaración de Bogotá*.²⁶¹

Diese Bestrebungen erlangten eine definitive politische Unterstützung durch die Unterzeichnung der *Declaración de los Presidentes de América* in Punta del Este, Uruguay, am 14. April 1967.²⁶² Die Staaten beschlossen, an der ALALC als wirtschaftliches Integrationsmodell weiterhin festzuhalten. Den weniger entwickelten Staaten wurde aber gestattet, durch besondere subregionale Integrationsabkommen – innerhalb der ALALC – den von ihnen gelegten Schwerpunkt in der wirtschaftlichen Weiterentwicklung verstärkt zu fördern.

Um die in der *Declaración de Bogotá* vorgesehene Gründung der subregionalen Integrationsgruppe zu analysieren und die erforderlichen Verhandlungsrunden in Gang zu setzen, gründeten die Andenstaaten am 30. Juni 1967 die *Comisión Mixta*²⁶³ bestehend aus Vertretern von Chile, Ecuador, Kolumbien, Peru und Venezuela, wobei am 16. August 1967 noch ein Vertreter Boliviens hinzukam. Noch im selben Jahr verabschiedete der *Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores* der ALALC die erforderlichen Resolutionen,²⁶⁴ die den rechtmäßigen Abschluss des subregionalen Abkommens zwischen Bolivien, Kolumbien, Chile, Ecuador, Peru und Venezuela ermöglichten. Am 9. Juli 1969 erklärte das *Comité Permanente del ALALC* das andi-

(Hrsg.), *Jus et societas, essays in tribute to Wolfgang Friedmann*, S. 95–115, S. 106 ff; Villagrán Kramer, *Sistematización de la estructura jurídica del Acuerdo de Cartagena*, in: Zelada Castedo/BID/INTAL (Hrsg.), *Derecho de la integración económica regional, lecturas seleccionadas*, Bd. 1, S. 183–193 = *Der. Integr.*, Nr. 12 (1973), S. 11–34; Aroya Orellana, *El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena*, in: Zelada Castedo/BID/INTAL (Hrsg.), *Derecho de la integración económica regional, lecturas seleccionadas*, Bd., 1, S. 110; Ferrero Costa, *El derecho de la integración latinoamericana frente a la nueva década, con particular referencia a la integración subregional andina*, in: Orrego Vicuña/Irigoin Barrenne/Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile (Hrsg.), *Perspectivas del derecho internacional contemporáneo, experiencias y visión de América Latina*, Bd. III, S. 36 (37); Morales, *Derecho internacional económico – derecho de la integración*, S. 152, 153.

²⁶¹ Abgedruckt in: *Junta del Acuerdo de Cartagena/BID/INTAL* (Hrsg.): *Historia Documental del Acuerdo de Cartagena*, S. 245–257; *Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales* (Hrsg.): *Derecho de la Integración Latinoamericana, Ensayo de Sistematización*, S. 22–26 und 353–356.

²⁶² Text abgedruckt in *Integración Latinoamericana* (bis 1979: *Der. integr.*) Nr. 1 (1967), S. 174–185.

²⁶³ Die *Comisión Mixta* tagte insgesamt sechsmal. Die letzte Zusammenkunft fand in Cartagena de Indias, Kolumbien, statt, bei der die Andenstaaten zu einer endgültigen Einigung kamen, zum *Acuerdo de Cartagena*.

²⁶⁴ Die *Resolución 202* beauftragte die Konferenz der ALALC-Staaten mit der Erarbeitung von Richtlinien für subregionale Integrationsabkommen und legte die grundsätzlichen Prinzipien dieser Richtlinien fest, die mit der *Resolución 222* vom 17. Dezember 1967 verabschiedet worden sind. *Resolución 202* abgedruckt in: *Banco Central de Bolivia* (Hrsg.): *Decisiones del Acuerdo de Cartagena*, La Paz 1976, S. 3–4; *Integración Latinoamericana* (bis 1979: *Der. Integr.*) Nr. 1, 1968, S. 161–162. Die *Resolución 203* enthält die Grundlagen für ein subregionales Integrationsabkommen zwischen Bolivien, Chile, Ecuador, Kolumbien, Peru und Venezuela.

ne subregionale Integrationsabkommen als mit dem Vertrag von Montevideo und den *Resoluciones* 202 und 203 für vereinbar.²⁶⁵ Der *Acuerdo de Cartagena* trat aber erst am 16. Oktober 1969 mit Eingang der innerstaatlichen Zustimmung²⁶⁶ von Peru,²⁶⁷ nach Eingang der innerstaatlichen Zustimmungen von Kolumbien²⁶⁸ und Chile²⁶⁹, in Kraft.²⁷⁰ Die Staaten Ecuador²⁷¹ und Bolivien²⁷² erklärten ihre innerstaatliche Zustimmung im November 1969, 1973 trat Venezuela²⁷³ dem *Acuerdo de Cartagena* bei und 1976 verließ Chile diese Integrationsbewegung.²⁷⁴

²⁶⁵ *Resolución* 179, abgedruckt in Der. integr., Nr. 6, 1970, S. 133–134.

²⁶⁶ Vergleiche zu der Problematik der hinreichenden Legitimation der jeweiligen Andenstaaten für die Ratifizierung des *Acuerdo de Cartagena* und zu der Problematik der erforderlichen Rechtsnatur der innerstaatlichen Zustimmung: *Hummer*, Neueste Entwicklungen im fortschreitenden Integrationsprozeß in Lateinamerika, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge, 29 (1980), S. 527–563 (527, Fn. 3; 537); *Orrego Vicuña*, La incorporación del ordenamiento jurídico subregional al derecho interno. Análisis de la práctica chilena, Der integr., Nr. 7, 1970, S. 42–67 (48); *Orrego Vicuña*, La incorporación del ordenamiento jurídico subregional al derecho interno. Análisis de la práctica chilena, Der integr., 11, 1972, S. 39–59, S. 39 Fn.2; *García Amador y Rodríguez*, El ordenamiento jurídico andino – un nuevo derecho comunitario, S. 71; 62 f. Vergleiche dazu auch die Ergebnisse der sog. *Mesa Redonda* vom 11.–15. Mai 1979/0, in: *Instituto de Derecho Público, Sección de Integración* (Hrsg.), La problemática jurídica e institucional del Acuerdo Subregional Andino: Mesa Redonda 11.–15.5.1970, Revista de la facultad de derecho (Caracas), Nr. 47, 1970, S. 117–129, (121).

²⁶⁷ *Decreto ley* (Dekretgesetz) Nr. 17.851 vom 14. Oktober 1969, abgedruckt in: *Junta del Acuerdo de Cartagena/BID/INTAL* (Hrsg.): Historia documental del Acuerdo de Cartagena, Buenos Aires 1974, S. 190–191.

²⁶⁸ *Decreto* (Dekret) Nr. 1245 vom 8. August 1969, abgedruckt in: *Junta del Acuerdo de Cartagena/BID/INTAL* (Hrsg.), a.a.O., S. 184–186 und Art. 1 des Gesetzes Nr. 8 vom 21. März 1973 zu der später erfolgten parlamentarischen Ratifizierung, abgedruckt in: *Junta del Acuerdo de Cartagena/BID/INTAL* (Hrsg.), a.a.O., S. 196–197.

²⁶⁹ *Decreto* (Dekret) Nr. 428 vom 30. Juli 1969, abgedruckt in: *Junta del Acuerdo de Cartagena/BID/INTAL* (Hrsg.), a.a.O., S. 187–189.

²⁷⁰ Art. 110 des *Acuerdo de Cartagena* (AC) sieht vor, dass der Vertrag in Kraft treten sollte, erstens nachdem das *Comité Ejecutivo Permanente* der ALALC ihn mit den *Resoluciones* 202, 203 und mit dem Vertrag von Montevideo für vereinbar erklärt hat und zweitens nachdem drei Unterzeichnungsstaaten dem *Secretariado General de la ALALC* ihre innerstaatliche Zustimmung haben zukommen lassen.

²⁷¹ *Decreto ejecutivo* (Ausführungsdekret) Nr. 1932 vom 24. Oktober 1969, abgedruckt in: *Junta del Acuerdo de Cartagena/BID/INTAL* (Hrsg.), a.a.O., S. 192–193.

²⁷² *Decreto ley* (Dekretgesetz) Nr. 08995 vom 6. November 1969, abgedruckt in: *Junta del Acuerdo de Cartagena/BID/INTAL* (Hrsg.), a.a.O., S. 194–195. Siehe allgemein zu der Rechtsnatur des *decreto ley* in Bolivien: *García Amador y Rodríguez*, The Andean Legal Order: A New Community Law, 1978.

²⁷³ Mit Gesetz vom 3. September 1973 erfolgte die parlamentarische Ratifizierung in Venezuela. Gesetz abgedruckt in Gaceta Legal (Venezuela) Nr. 357 vom 15. November 1973, S. 2–52. Venezuela ist im April 2006 aus der Andengemeinschaft ausgetreten.

²⁷⁴ Siehe zu der Chronologie der Zustimmungen der Unterzeichnerstaaten *García Amador y Rodríguez*, The Andean Legal Order: A New Community Law, 1978.

Im Laufe der Zeit ist der *Acuerdo de Cartagena* regelmäßig Gegenstand von Veränderungen²⁷⁵ gewesen. Erst mit der Unterzeichnung der *Acta de Trujillo*²⁷⁶ am 10. März 1996 durch die andinischen Präsidenten im Rahmen des *VIII Consejo Presidencial* in Trujillo, Peru, ist die *Comunidad Andina de Naciones* (Andengemeinschaft)²⁷⁷ sowie das Andine Integrationssystem (*Sistema de Integración Andino*)²⁷⁸ geschaffen worden. Die Hauptziele der Andengemeinschaft sind insbesondere in Art. 1 und 2 des *Acuerdo de Cartagena* festgelegt worden. Erreicht werden soll insbesondere eine harmonische und ausgeglichene Förderung der Entwicklung der Andengemeinschaft und der jeweiligen Mitglieder untereinander im Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitssektor durch integrative Kooperation. Dadurch soll der Lebensstandard der Subregion erheblich angehoben und ihre Verhandlungsposition im internationalen wirtschaftlichen Kontext gestärkt werden.²⁷⁹ Die wichtigsten Mechanismen für die Umsetzung dieser Ziele sind die Freihandelszone (*Zona Libre de Comercio*), eingeführt seit 1992, der seit 1995 bestehende gemeinsame Außenhandelszolltarif,²⁸⁰ die Schaffung eines gemeinsamen Marktes mit freiem Waren-, Dienstleistungs-, Kapital- und Personenverkehr,²⁸¹ landwirtschaftliche Entwicklungsprogramme, die Programmierung und Planung des Industriesektors sowie die Regulierung der ausländischen Investitionen und des (ausländischen) Technologietransfers.²⁸²

²⁷⁵ *Protocolos Modificatorios: Protocolo de Quito* vom 12. Mai 1987; *Protocolo de Trujillo* vom 10. März 1996; *Protocolo de Cochabamba* vom 18. Mai 1996; *Protocolo de Sucre* vom 25. Juni 1997.

²⁷⁶ *Protocolo Modificatorio que crea la Comunidad Andina y establece el Sistema Andino de Integración*, bekannt als *Protocolo de Trujillo*, beschlossen in der *Acta de Trujillo* vom 10. März 1996, abgedruckt in *Secretaría de la Comunidad Andina* (Hrsg.), *Documentos de las Reuniones del Consejo Presidencial Andino 1989–2002*, S. 197–208, (199 f.), Text des Protokolls abgedruckt ebenda, S. 209–227. <http://www.comunidadandina.org/documentos/actas/act10-3-96.htm>.

²⁷⁷ Zur der Bezeichnung der Andengemeinschaft als *Comunidad Andina de Naciones* siehe Art. 5 *Acuerdo de Cartagena*, geändert durch das Protokoll von Trujillo vom 10. März 1996.

²⁷⁸ Zum *Sistema Andino de Integración* siehe *Acuerdo de Cartagena*, Kapitel II, Art. 5–49.

²⁷⁹ Siehe zur Bedeutung der regionalen Integration Nord-, Mittel- und Südamerikas *Echandi*, *Regional Trade Integration in the Americas during the 1990s: Reflection of some Trends and their Implications for the Multilateral Trade System*, *Journal of international Economic Law* (2001), S. 367 ff.

²⁸⁰ Der gemeinsame Außenhandelszolltarif ist durch den Beschluss 370 vom 26. November 1994 gebilligt worden und am 01. Dezember 1995 in Kraft getreten (<http://www.comunidadandina.org/quienes/crono.htm>).

²⁸¹ Im Rahmen der *XI Cumbre Presidencial Andina* im Mai 1999 in Cartagena de Indias, Kolumbien, verpflichteten sich die Staatspräsidenten, den *Mercado Común* (Binnenmarkt) bis zum Jahr 2005 einzuführen, siehe *Acta de Cartagena* vom 27. Mai 1999, abgedruckt in: *Consejo Presidencial Andino, Secretaría General de la Comunidad Andina* (Hrsg.), *Documentos de las Reuniones del Consejo Presidencial Andino (1989–2002)*, Lima 2002, S. 286–300.

²⁸² Zu den Hauptzielen der Andengemeinschaft und deren Umsetzungsmechanismen siehe ausführlich u.a. *Vasitos/Junta del Acuerdo de Cartagena* (Hrsg.): *Technology Policy, Economic Development: A Summary Report on Studies Undertaken by the Board of the Cartagena Agreement for the Andean Pact Integration Process*; *Uribe Restrepo*, *El derecho de la integración en el Grupo Andino*, S. 22; *Garay Salamanca*, *La concepción del Acuerdo de Cartagena*, in: *Garay Salamanca/Pizano*, *El Grupo Andino: Objetivos, estrategia, mecanismos y avances*, S. 17–44,

Die Mitgliedstaaten der Andengemeinschaft gehören der WTO an. Damit sind auch für diese Staaten die durch das TRIPs-Abkommen festgelegten Mindeststandards verbindlich.

2. Die Rechtsordnung der Andengemeinschaft

Nach Art. 48 des *Acuerdo de Cartagena*²⁸³ ist die Andengemeinschaft als eine subregionale Organisation eine juristische Person mit völkerrechtlicher Rechtspersönlichkeit.²⁸⁴ Zu den Entscheidungsorganen der Andengemeinschaft gehören als formal ranghöchstes Organ der *Consejo Presidencial Andino*²⁸⁵ (Rat der Präsidenten), der die politischen und wirtschaftlichen Richtlinien der subregionalen Integrationspolitik der Andengemeinschaft festlegt, der *Consejo de Ministros de Relaciones*

S. 19 und 21; *Junta del Acuerdo de Cartagena* (Hrsg.): *Mecanismos de la integración andina*, Lima 1982; *Chaparro Alfonso*, *Manual de la integración andina*, S. 153–250; *Leoro Franco*, *Los aspectos e instrumentos políticos de la integración andina*, in: *Secretaría General/Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA* (Hrsg.), IX Curso de derecho internacional, Bd. 2, S. 125–167; *Price Waterhouse* (Hrsg.): *Information Guide for Doing Business in the Andean Common Market*, S. 2–7. Zur Einführung gemeinsamer Außenhandelszolltarife *Garay Salamanca*, *Grupo Andino y proteccionismo*, *contribución a un debate*, S. 113 ff; *Puyana de Palacios*, *Economic Integration among unequal Partners. The Case of the Andean Group*, S. 204–2; *Dale Beck/Atkin*, *Andean Groups Program for Industrial Development of the Metalworking Sector: Integration with Due and Deliberate SPIP*, *Lawyer of the Americas*, Nr. 1, 1975, S. 29–61; *Junta del Acuerdo de Cartagena* (Hrsg.), *Programa sectorial de desarrollo de la industria automotriz*, Lima 1978; *Junta del Acuerdo de Cartagena* (Hrsg.), *Armonización de políticas macroeconómicas en el Grupo Andino*, *Integr. Lat.* Nr. 192 (1993), S. 41–52; *INTAL/BID* (Hrsg.), *Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en los países de la ALADI, VII-Grupo Andino*, Vol. 1, S. 1 ff.; *Marwege/Samtleben*, *Wirtschaftliche Integration und gewerbliche Schutzrechte in der Rechtsprechung des Andengerichtshofs*, *GRUR Int.* (1993), S. 279–291; zur Integration des Agrarsektors siehe *Palma/Lizardo de las Casas*, *Instrumentación política de la integración: el caso andino*, *Integr. Lat.* Nr. 170 (1991), S. 33–42; *Granell*, *Realizaciones y futuro de la CEE y su paralelismo con el Grupo Andino*, *Integrat. Lat.* Nr. 38 (1979), S. 45–51, S. 49; *Tobón Londoño*, *Agricultural Policy and Integration – The Andean Case*, in: *Angarita Barón/Coffey* (Hrsg.), *Europe and the Andean Countries: a Comparison of Economic Policies and Institutions*, S. 27–41.

²⁸³ Art. 48 *Acuerdo de Cartagena*.

²⁸⁴ Siehe hierzu allgemein *Pacón*, *Markenrecht und Verbraucherschutz in Lateinamerika*, S. 39.

²⁸⁵ Der *Consejo Presidencial Andino*, errichtet am 22. Mai 1990, ist das formal ranghöchste Organ des *Sistema Andino de Integración (SAI)* (Andines Integrationssystem) und setzt sich zusammen aus den Staatspräsidenten der Mitgliedstaaten. Der *Consejo Presidencial Andino* definiert die Richtlinien der subregionalen Integrationspolitik, orientiert und fördert Aktivitäten von subregionalem Interesse, evaluiert die Entwicklung und die Ergebnisse des Integrationsprozesses, analysiert alle relevante Fragen und Aspekte mit Bezug auf die Entwicklung des Integrationsprozesses und seine außenpolitische Berührungspunkte; erwägt und erlässt Stellungnahmen zu den Berichten und Empfehlungen der anderen Organe und Institutionen des *SAI*. Der Rat der Präsidenten vertritt die Andengemeinschaft nach außen, vgl. Art. 14 AC. Seinen Funktionen nach ähnelt er dem Rat der Europäischen Union.

*Exteriores*²⁸⁶ (Rat der Außenminister), dem die Entwicklung und Festlegung der gemeinsamen Außenpolitik von subregionalem Interesse obliegt, und die *Comisión de la Comunidad Andina*²⁸⁷ (Kommission), das Hauptrechtssetzungsorgan der Andengemeinschaft (*Comunidad Andina de Naciones*, CAN), die die subregionale Wirtschafts- und Investitionspolitik formuliert, evaluiert und umsetzt. Ständige Organe der *Comunidad Andina* sind das *Secretaría General de la Comunidad Andina*²⁸⁸ (Generalsekretariat), die die *Junta del Acuerdo de Cartagena* ersetzte, der *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina* (Andengerichtshof, AGH)²⁸⁹ und das

²⁸⁶ Dieses politische Organ setzt sich aus den Außenministern der Mitgliedstaaten zusammen und ist am 12. November 1979 durch einen völkerrechtlichen Vertrag geschaffen worden. Auch der Rat der Außenminister ist gemäß Art. 16 AC befugt, die Andengemeinschaft in bestimmten Bereichen der Außenpolitik, die von gemeinsamem Interesse sind, zu vertreten und gegebenenfalls auch völkerrechtliche Verträge abzuschließen. Siehe dazu *Instrumento Consultivo del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores del Grupo Andino*, abgedruckt in: *Revista Peruana de Derecho Internacional* Nr. 76, 1980, S. 151–156; *Hummer*, Neuste Entwicklungen im fortschreitenden Integrationsprozeß in Lateinamerika, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart* Neue Folge 29 (1980), S. 549–552; zu den Zusammenkünften und Entscheidungen siehe vor allem *Revista Peruana de Derecho Internacional* Nr. 76, 1980, S. 37–120.

²⁸⁷ Die Kommission besteht aus fünf weisungsgebundenen Mitgliedern, die von den jeweiligen Mitgliedstaaten entsendet werden, vgl. Art. 21 II AC. Gemäß Art. 26 AC hat die Kommission in den ihr zugewiesenen Bereichen die Gesetzgebungskompetenz. Grundsätzlich ist die absolute Mehrheit der fünf Mitglieder für eine Beschlussfassung ausreichend. In den Anhängen des *Acuerdo de Cartagena* sind aber für die Gemeinschaft besonders wichtige Themenbereiche aufgeführt, für die aufgrund eines Vetorechts der Mitgliedstaaten eine Übereinstimmung erforderlich ist. Hierzu zählen vor allem den Außenzoll betreffende Fragen oder Fragen, die in Zusammenhang mit zu einer Vertragsveränderung stehen können. Die Kommission ähnelt seiner Funktion als Hauptrechtssetzungsorgan nach sehr dem Rat der Europäischen Union. Sie übt ihre Gesetzgebungszuständigkeit durch den Erlass von Beschlüssen aus, den sog. *decisiones*, siehe Art. 21 Abs. 2 AC. Allgemein zur Rechtsnatur dieser Beschlüsse siehe *Unterguggenberger*, Das Urheberrecht in der Andengemeinschaft, S. 40.

²⁸⁸ Zum 1. August 1997 nahm das Generalsekretariat der Andengemeinschaft seine Arbeit auf. Das Generalsekretariat hat seinen Sitz in Lima, Peru, und ist als Exekutivorgan der Europäischen Kommission vergleichbar. Es ist für die Überwachung der Einhaltung des Vertrages sowie für die Durchführung der Gemeinschaftsnormen zuständig. Seine Resolutionen (*decisiones*) sind in ihrer Wirkung als Entscheidungen denen der Europäischen Kommission grundsätzlich vergleichbar. Zudem verfügt das Generalsekretariat über ein Initiativrecht für die Beschlüsse der Kommission, vgl. Art. 29 Abs. 2, Art. 30 c) AC.

²⁸⁹ Der Andengerichtshof mit Sitz in Quito hat die Aufgabe, zum einen über die Rechtmäßigkeit der Gemeinschaftsakte zu wachen, und zum anderen, die einheitliche Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten zu gewährleisten. Das Rechtssystem der Andengemeinschaft ist sehr stark dem Rechtssystem der Europäischen Gemeinschaft nachempfunden. So entsprechen die Regelungen des Vorabentscheidungsverfahrens, Art. 32 ff. AGHV, weitgehend dem Art. 234 EG-Vertrag, auch wenn sie inhaltlich weitergehen. Die in den Art. 17 ff. AGHV geregelte Nichtigkeitsklage gegen Gemeinschaftsakte ähneln den Bestimmungen in Art. 230 EG-Vertrag sehr. Die Regelungen bezüglich der Verletzungsklage gegen die einzelnen Mitgliedstaaten, Art. 23 ff. AGHV, finden ihr Vorbild in Art. 226 EG-Vertrag und die in Art. 37 AGHV geregelte Untätigkeitsklage ist mit Art. 232 EG-Vertrag vergleichbar. Zum

Andenparlament, *Parlamento Andino*,²⁹⁰ als Erweiterung der nationalen Parlamente. Diese sechs Organe der Andengemeinschaft bilden die Grundlage des Andinen Integrationssystems (SAI), welches dem System des institutionellen Gleichgewichts der Europäischen Union in den wesentlichen Grundzügen sehr ähnelt. Wichtige Beratungsgremien sind die *Consejos Consultivos Empresarial y Laboral*, die *Corporación Andina de Fomento* und der *Fondo Latinoamericano de Reservas*.

Die eigenständige Rechtsordnung²⁹¹ der Andengemeinschaft lässt sich vergleichbar dem europäischen Recht in primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht untergliedern.²⁹² Das primäre Gemeinschaftsrecht besteht aus dem *Acuerdo de Cartagena* und seinen abändernden Protokollen (*Protocolos Modificatorios*) sowie Nebenverträgen wie zum Beispiel dem Vertrag zur Errichtung des Andengerichtshofes (*Tratado de Creación del Tribunal de Justicia*).²⁹³

Zum sekundären Gemeinschaftsrecht zählen alle Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane wie die Beschlüsse der Kommission (*Decisiones de la Comisión*), Art. 21 Abs. 2 AC, und die Resolutionen des Generalsekretariats (*Resoluciones de la Secretaría*). Die direkte Anwendung bzw. die unmittelbare Verbindlichkeit der Beschlüsse (*aplicación directa*) für die Mitgliedstaaten ist in Art. 2 AGHV und im *Protocolo de*

Andengerichtshof siehe insbesondere *Marwege*, Der Andengerichtshof: Das Rechtsschutzsystem des Andenpaktes mit vergleichenden Bezügen zum Recht der Europäischen Gemeinschaft.

²⁹⁰ Das Andenparlament hat seinen Sitz in Bogotá, Kolumbien. Zwar ist in Art. 5 der Satzung des Andenparlaments (AP-Satzung) eine Rotation des Tagungssitzes vorgesehen, in der Praxis hat sich aber Bogotá bisher als Tagungsort durchgesetzt. Anders als das Europäische Parlament wird das Andenparlament nicht direkt gewählt. Gemäß Art. 3 AP-Satzung werden jeweils fünf Abgeordnete aus den nationalen Parlamenten jedes Mitgliedstaates in das Andenparlament entsendet. Das Andenparlament hat keine legislativen Kompetenzen und ist nicht befugt, die anderen Organe zu kontrollieren. Durch die Abgabe von unverbindlichen Empfehlungen (*Recomendaciones*) soll es seine Aufgabe erfüllen, der Bevölkerung eine Stimme zu verleihen, Art: 12 AP-Satzung. *Tratado Constitutivo del Parlamento Andino – Reunión de Sucre 1997; Creación del Parlamento Andino* el 25. Oktober 1979, <http://www.comunidadandina.org/quienes/crono.htm>.

²⁹¹ Vgl. AGH, Urteil vom 6. September 2000, Rs. 64-IP-2000, veröffentlicht in der Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Nummer 602, abrufbar unter <http://www.cavelier.com/econtent/NewsDetail.asp?ID=936&IDcompany=4>.

²⁹² Siehe *Generalsekretariat Comunidad Andina de Naciones (CAN)*, Comunidad Andina: avances y perspectivas, 2006, S. 15 f., abrufbar unter <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/DIInformativos/SGdi800.pdf>.

²⁹³ Die Unterzeichnung des Vertrages zur Errichtung des *Tribunal de Justicia Andino* (Andengerichtshofes) erfolgte am 28. Mai 1979, er ist am 19. Mai 1983 in Kraft getreten. Der Andengerichtshof hat seinen Sitz in Quito, Ecuador. Er setzt sich aus fünf Richtern zusammen, einer aus jedem Mitgliedstaat. Seine Aufgaben nahm der Andengerichtshof offiziell am 2. Januar 1984 auf. Das Statut des Andengerichtshofes ist in dem Beschluss 500 festgelegt. Das Gericht ist zuständig für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Gemeinschaftsrechtsnormen im Wege der Nichtigkeitsklage. Darüber legt es die Normen aus, die im Einklang mit der Rechtsordnung der Andengemeinschaft erlassen wurden, um eine einheitliche Anwendung in der Subregion zu erreichen.

Cochabamba,²⁹⁴ der den AGHV modifiziert, festgeschrieben. Gemäß Art. 3 AGHV haben Beschlüsse der Kommission zudem grundsätzlich unmittelbare Wirkung²⁹⁵ (*efecto directo*),²⁹⁶ stehen über dem nationalen Recht und sind damit grundsätzlich mit den europäischen Verordnungen vergleichbar. Ein innerstaatlicher Umsetzungsakt ist nur erforderlich, wenn die Beschlüsse dies selbst festlegen,²⁹⁷ Art. 3 Abs. 2 AGHV.²⁹⁸ Die Beschlüsse der Andengemeinschaft werden in Form eines Gemeinsamen Regimes (*régimen común*) erlassen, welches für die Mitgliedstaaten ein rechtliches Rahmenwerk mit Mindeststandards darstellt.²⁹⁹ Im Übrigen treten die Beschlüsse mit dem Tag ihrer Veröffentlichung in der *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* in Kraft, Art. 3 Abs. 2 AGHV. Aufgrund des in Art. 4 AGHV festgeschriebenen Prinzips der Gemeinschaftstreue sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die innerstaatliche Durchsetzung der andinen Rechtsordnung zu gewährleisten. Art. 4 AGHV³⁰⁰ legt fest, dass nationale Bestimmungen und Handlungen nicht die Anwendung und Durchsetzung der Gemeinschaftsnormen behindern dürfen. Im Kollisionsfall wird die entgegenstehende nationale Norm im konkreten Fall durch das vorrangige Gemeinschaftsrecht verdrängt (*aplicación preferente o preeminencia o principio de primacía*). Damit ist also das entgegenstehende nationale Recht nicht nichtig, sondern im konkreten Fall unbeachtlich.³⁰¹ In den Bereichen, die nicht vom Gemeinschaftsrecht geregelt sind, gelten weiterhin die nationalen Regelungen. Eine Gemeinschaftsnorm kann somit nur durch eine andere Gemeinschaftsnorm modifiziert werden.

²⁹⁴ *Protocolo Modifictorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina* (sog. Protokoll von Cochabamba), in Kraft seit dem 25. August 1999, Text abrufbar unter <http://www.ehu.es/ceinik/tratados/10TRATADOSSOBREINTEGRACIONYCOOPERACIONENAMERICA/104COMUNIDADANDINA/IC1044.PDF>.

²⁹⁵ Siehe dazu auch *Rosell*, Marco institucional y seguridad jurídica en la Comunidad Andina, 1999.

²⁹⁶ In dieser Hinsicht interpretierte der Andengerichtshof Art. 4 AGHV, als er im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens feststellte, dass Beschlüsse im Rang über den nationalen Gesetzen stehen, vgl. dazu auch *Salazar Manrique*, Revista Jurídica del Perú 3 (1996), S. 207, 211 ff. Siehe auch *Salazar Manrique*, Principios básicos en el Derecho comunitario Andino, in: *Libro Memorias*, Seminario Internacional. La integración, derecho y tribunales comunitarios . Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, S. 71 (73) ff.

²⁹⁷ In der Regel wird von den Mitgliedstaaten ein innerstaatlicher Umsetzungsakt trotzdem vorgenommen. Vgl. *Steinhaus*, GRUR Int. (2003), S. 301 (302).

²⁹⁸ Der Andengerichtshof bestätigte ausdrücklich diese Regelungspraxis und zwar unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH zu diesem Thema, vgl. AGH, Urteil vom 24. März 1996, Rs. 3-AI-96, abrufbar unter <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace261.pdf>.

²⁹⁹ *Ruiz Muller*, in: *Mugabe et al.* (Hrsg.), Access to Genetic Resources, S. 187 (198, Fn. 2).

³⁰⁰ Art. 4 AGHV ist seinem Regelungsgehalt nach mit Art. 10 EGV vergleichbar.

³⁰¹ Vgl. AGH, Urteil vom 24. März 1996, Rs. 3-AI-96 und AGH, Urteil vom 25. Mai 1988, Rs. 2-IP-88, *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* N° 33 vom 26. Juli 1988. Siehe dazu auch *Moreno Loayza*, El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, S. 55.

3. Regionale Biodiversitätsstrategie für die Mitgliedstaaten der Andengemeinschaft

Der *Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores* billigte am 7. Juli 2002 durch den Beschluss 523³⁰² die *Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino*³⁰³ (Regionale Biodiversitätsstrategie für die Länder der andinen Tropen). Die regionale Biodiversitätsstrategie verfolgt das Ziel, die Grundlagen für eine gemeinsame regionale Biodiversitätspolitik festzulegen mit der Absicht, diese gemeinsame Politik auch auf internationaler Ebene einheitlich zu vertreten. Dabei sollen insbesondere folgende Aspekte besondere Geltung erlangen:

- die Erleichterung und Förderung der gemeinsamen Handlungsfähigkeit (*acción concurrente*) der Staaten, der indigenen, afroamerikanischen und lokalen Gemeinschaften, des Privatsektors, des Wissenschaftssektors und der Zivilgesellschaft bei der Erhaltung und nachhaltigen Nutzung der Biodiversität,
- die Orientierung der internationalen Finanzierungsorganismen über die gemeinsamen regionalen Prioritäten im Bereich der Erhaltung und nachhaltigen Nutzung der Biodiversität

und

- die Förderung und Stärkung der Effektivität und die verbesserte Umsetzung der nationalen Biodiversitätsstrategien und von deren jeweiligen Aktionsplänen.³⁰⁴

Die Entscheidung, eine gemeinsame regionale Biodiversitätsstrategie zu entwickeln, beruhte auf der Feststellung, dass die nationalen Initiativen der Mitgliedstaaten zwar bedeutend sind, aber für sich allein betrachtet doch unzureichend, um die Zerstörung der Ressourcen der Unterregion wesentlich zu reduzieren.³⁰⁵ Die Biodiversitätsstrategie bezweckt weiterhin, die durch die CBD den Vertragsstaaten auferlegte Verpflichtung, nationale Strategien, Pläne oder Programme zur Erhaltung und nachhaltigen Nutzung der biologischen Vielfalt zu entwickeln,³⁰⁶ zu unterstützen, und erhebt dabei diese Umsetzungsverpflichtung zur Gemeinschaftspolitik. Die Entwicklung der regionalen Biodiversitätspolitik ist zunächst zurückzuführen auf die während des *XI. Consejo Presidencial Andino* in Cartagena

³⁰² *Decisión* 523 abgedruckt in: Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XVIII, No. 813, S. 2–72.

³⁰³ Annex zum Beschluss 523, 2002, S. 11.

³⁰⁴ Vergleiche dazu die Präambel zum Annex: *Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino*, S. 10 der *Decisión* 523, abgedruckt in: Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XVIII, No. 813, S. 2–72.

³⁰⁵ Vergleiche dazu die Einführung zum Annex: *Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino*, S. 12 der *Decisión* 523, abgedruckt in: Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XVIII, No. 813, S. 2–72.

³⁰⁶ Siehe z.B. Art. 6 a) und b) CBD.

de Indias, Kolumbien, in der *Acta de Cartagena*³⁰⁷ aufgenommenen Feststellung, dass in der Subregion ca. 25 % der weltweiten Biodiversität³⁰⁸ zu finden ist und dass dieser biologische Reichtum eine wichtige Quelle für die Entwicklung der Mitgliedstaaten ist, der die Erarbeitung von regionalen Strategien für ihre Erhaltung und nachhaltige Nutzung erfordert. Die Mitgliedstaaten Ecuador, Kolumbien und Peru gehören zudem zu den zwölf megadiversen Staaten der Welt.³⁰⁹ Fortgesetzt wurde diese politische Absichtserklärung durch einen ersten Arbeitsauftrag, der im Rahmen des *XII. Consejo Presidencial Andino* in die *Acta de Lima*³¹⁰ aufgenommen wurde. Danach war zur Umsetzung des Integrationsprozesses vorgesehen, die Einberufung einer Versammlung (*reunión de alto nivel*) der zuständigen nationalen Umweltbehörden³¹¹ zu veranlassen, um die begonnene Erarbeitung von Strategien für die Erhaltung der Umwelt und deren nachhaltige Nutzung erfolgreich zu Ende zu bringen. Im Rahmen des *XIII. Consejo Presidencial Andino*³¹² erfolgte dann der konkrete Arbeitsauftrag an die CAAAM³¹³, kurzfristig eine regionale Biodiversitätsstrategie zu definieren,³¹⁴ die dann am 7. Juli 2002 vom *Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores* angenommen wurde.

³⁰⁷ XI. Consejo Presidencial Andino, *Acta de Cartagena de Indias*, 27. Mai 1999, abgedruckt in: *Consejo Presidencial Andino, Secretaría General de la Comunidad Andina* (Hrsg.), *Documentos de las Reuniones del Consejo Presidencial Andino (1989–2002)*, Lima 2002, S. 286–300, (290, 296).

³⁰⁸ Longacre, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.* 13 (2003), S. 963 (972).

³⁰⁹ Rosell, *RECIEL* 6 (1997), S. 274 (274).

³¹⁰ XII. Consejo Presidencial Andino, *Acta de Lima*, 10. Juni 2000, abgedruckt in: *Consejo Presidencial Andino, Secretaría General de la Comunidad Andina* (Hrsg.), a.a.O., S. 314–330, dort Anexo 3: Programa mínimo de trabajo complementario 2000–2001 para la integración, S. 330.

³¹¹ Gemeint war die Einberufung der CAAAM, *Comité Andino de Autoridades Ambientales*.

³¹² XIII. Consejo Presidencial Andino, *Acta de Carabobo*, 24 de junio de 2001, abgedruckt in: *Consejo Presidencial Andino, Secretaría General de la Comunidad Andina* (Hrsg.), a.a.O., S. 332–356, S. 339, 342.

³¹³ CAAAM, *Comité Andino de Autoridades Ambientales*.

³¹⁴ Die Erarbeitung der regionalen Biodiversitätsstrategie wurde durch einen Kooperationsvertrag über technische Zusammenarbeit (*convenio de cooperación técnica*) zwischen der *Secretaría General* und dem *Banco Interamericano de Desarrollo* (BID) finanziell unterstützt, bei dem die CAAAM den partizipativen Prozess geleitet hat. Technische Unterstützung bei der Erarbeitung der Dokumente für die Biodiversitätsstrategie leistete insbesondere die Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit GmbH, GTZ (GTZ/FUNDECO/IE). An der Entwicklung der Biodiversitätspolitik waren unter der Leitung der CAAAM sämtliche an der Erhaltung und nachhaltigen Nutzung der Biodiversität beteiligten Gesellschaftssektoren beteiligt, insbesondere Mitglieder der Zivilgesellschaft, indigener, afroamerikanischer und lokaler Gemeinschaften, des akademischen Sektors, des Industriesektors, des öffentlichen Sektors sowie bestimmte internationale Organismen. So ist in der *III. Reunión Extraordinaria del Comité Andino de Autoridades Ambientales* (CAAAM) durch Videokonferenz am 16. Mai 2002 das Dokument *Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Tópico Andino* von den Delegationen der Mitgliedstaaten angenommen worden und zur endgültigen Beratung und Billigung an den *Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores* übergeben worden. Zum Verhandlungsprozess siehe ausführlich: *Decisión 523*, abgedruckt in: *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, Año XVIII,

Die regionale Biodiversitätsstrategie besteht aus drei Teilen. Der erste Teil präsentiert eine Evaluierung der aktuellen Situation der biologischen Vielfalt in der Subregion. Der zweite Teil enthält den „Marco General de la Estrategia“, beschreibt also den generellen Aktionsplan der Biodiversitätsstrategie. Er stellt die Prinzipien, die Ziele sowie die Handlungsrichtlinien und die bis 2010 erwarteten Ergebnissen dar. Diese sind wiederum in sechs Punkten zusammengefasst:

- Erhaltung und nachhaltige Nutzung der Ökosysteme, der Arten und der genetischen Ressourcen *in situ* und mit ergänzenden Maßnahmen *ex situ*,
- ausgewogene und gerechte Verteilung der Vermögensvorteile unter Berücksichtigung einer ausgewogenen Bewertung der Bestandteile der biologischen Vielfalt,
- Schutz und Stärkung der Kenntnisse, Innovationen und Praktiken der indigenen, afroamerikanischen und lokalen Gemeinschaften, basierend auf der Anerkennung ihrer Individual- und Kollektivrechte,
- Entwicklung von wissenschaftlichen Erkenntnissen, Innovationen und Technologien für die Erhaltung und nachhaltige Nutzung der biologischen Vielfalt,
- Mitberücksichtigung des Zieles der Erhaltung und der nachhaltigen Nutzung der biologischen Vielfalt bei unterschiedlichen Sektorpolitiken und subregionalen Entwicklungsprojekten

und

- Entwicklung und Förderung der internationalen Verhandlungskompetenz im Bereich der Erhaltung und nachhaltigen Nutzung der biologischen Vielfalt der Andengemeinschaft.

II. Der Beschluss 391 der Andengemeinschaft: Ziele und Anwendungsbereich

Am 2. Juli 1996 billigte die Kommission des *Acuerdo de Cartagena* der Andengemeinschaft den Beschluss 391 „Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos“³¹⁵, der Bezugnehmend auf die in der CBD festgestellte Souveränität der Staaten über ihre genetischen Ressourcen³¹⁶ ein verwaltungsrechtliches System (*sistema jurídico-administrativo*) zur Regelung des Zugangs zu den genetischen Ressourcen der Subregion darstellt. Der Beschluss schafft rechtliche Rahmenbedingungen für den Abschluss von Zugangsverträgen. Diese Rahmenbedingungen³¹⁷ müssen daher

No. 813, S. 2–72, dort die Einleitung im Annex Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino, S. 11 ff.

³¹⁵ *Decisión 391 sobre un Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos*, abgedruckt in: Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XII, No. 213, S. 1–16.

³¹⁶ Artikel 5 des Beschlusses 391.

³¹⁷ Hierbei handelt es sich um konkretisierende Verwaltungsvorschriften und Verwaltungsstrukturen. Der Beschluss ist in den Mitgliedstaaten unmittelbar gültig.

gemäß Art. 5 Beschluss 391 noch von den Gesetzgebern der Mitgliedstaaten durch nationales Recht konkretisiert werden. Dieser Beschluss steht im engen Zusammenhang mit dem Beschluss 345³¹⁸ (Gemeinsame Regime zum Schutz von Pflanzenzüchterrechten) vom 23. Oktober 1993, der in seiner dritten Übergangsbestimmung (*disposición transitoria*) festlegte, dass die Mitgliedstaaten bis Ende 1994 ein gemeinsames Regime zur Regelung des Zugangs zu biogenetischen Ressourcen und Regelung für die Garantie der Biosicherheit in der Subregion haben sollten.³¹⁹

Der Beschluss 391 verfolgt durch die Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen und traditionellem Wissen insbesondere folgende Ziele³²⁰:

- Schaffung der Bedingungen für die Gewährleistung einer gerechten Aufteilung der Vorteile, die durch die Nutzung der genetischen Ressourcen entstehen können,
- Schaffung der Grundlagen für die Anerkennung und Bewertung der genetischen Ressourcen und der von ihnen abgeleiteten Produkte sowie den damit verbundenen immateriellen Vermögenswerten (traditionelles Wissen), insbesondere bei einer Beteiligung von indigenen, afroamerikanischen oder lokalen Gemeinschaften,
- Förderung des Erhalts der biologischen Vielfalt und der nachhaltigen Nutzung der in biologischen Ressourcen enthaltenen genetischen Ressourcen,
- Förderung der Entwicklung von wissenschaftlichen und technologischen Kapazitäten auf lokaler, nationaler und regionaler Ebene

und

- Stärkung der Verhandlungskompetenz der Mitgliedstaaten auf internationaler Ebene.

Besonders wichtig ist in diesem Zusammenhang die ausdrückliche Anerkennung der Bedeutung der traditionellen Kenntnisse, der traditionellen Innovationen und der traditionellen Praktiken sowie die Anerkennung eines Selbstbestimmungsrecht der indigenen, afroamerikanischen und lokalen Gemeinschaften über dieses Wis-

³¹⁸ *Decisión 345 sobre un Régimen común de Protección de los derechos de los Obtenedores de Variedades Vegetales*, veröffentlicht in der Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año X, Nr. 12, S. 19–24.

³¹⁹ Zur Ausarbeitung, zu den politischen Implikationen, den verschiedenen Entwurfsphasen und zur Entstehungsgeschichte der Beschlüsse siehe Ruiz Muller, *Protección Sui Generis de Conocimientos Indígenas en la Amazonía*, S. 45; Ruiz Muller, *El Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos y la Decisión 391 de la comunidad Andina de Naciones*, S. 10; Dutfeld, *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, S. 143; Ruiz Muller, in: Mugabe et al. (Hrsg.), *Access to Genetic Resources*, S. 187 (188 f.); Ruiz Muller, in: Twarog/Kapoor (Hrsg.), *Protecting and Promoting Traditional Knowledge*, S. 241 ff.

³²⁰ Vgl. dazu Art. 2 Beschluss 391.

sen in Bezug auf genetische Ressourcen und deren Derivate für die Erhaltung und nachhaltige Nutzung der Biodiversität, Art. 7³²¹ Beschluss 391.³²²

III. Aufbau des Beschlusses 391 der Andengemeinschaft

Der 51 Artikel umfassende Beschluss gliedert sich in elf Titel und enthält zusätzlich drei Arten von Bestimmungen: Ergänzungs- oder Zusatzbestimmungen (*Disposiciones Complementarias*), Schlussbestimmungen (*Disposiciones Finales*) und Übergangsbestimmungen (*Disposiciones Transitorias*). Im Titel I werden die Definitionen und im Titel II der Gegenstand und die Ziele der Gemeinschaftsvorschriften geregelt. Der Anwendungsbereich wird im Titel III geregelt. Titel IV befasst sich mit seinen acht Kapiteln mit den allgemeinen Grundsätzen des Beschlusses.³²³ Der Titel V (Art. 16 bis 40) befasst sich mit dem Zugangsverfahren in der Subregion. Dabei legt Kapitel I in den Artikeln 16 bis 25 die allgemeinen Grundsätze (*aspectos generales*) des Verfahrens fest. In Kapitel II, Artikel 26 bis 31, wird der Inhalt des Zugangsantrages (*solicitud de acceso*) geregelt, und Kapitel III, Artikel 32 bis 37, betrifft die Regelungen des Zugangsvertrages an sich (*contrato de acceso*). Kapitel IV, Artikel 38 bis 40, regelt die Bekanntmachung der genehmigenden Resolution des Vertrages (*perfeccionamiento del acceso*). Titel VI (Art. 41 bis 44) befasst sich mit der Regelung der akzessorischen Verträge zu den Zugangsverträgen und Titel VII (Art. 45) statuiert die Gründe für eine Beschränkung des Zugangs zu genetischen Ressourcen, die die Mitgliedstaaten durch nationale Regelungen festlegen können. Titel VIII (Art. 46 und 47) befasst sich mit den Infraktionen und Sanktionen bei Verstoß gegen die Bestimmungen des Beschlusses. Titel IX (Art. 48 und 49) regelt die Informationspflicht über sämtliche Anträge, Verträge oder Genehmigungen über den Zugang zu genetischen Ressourcen der Mitgliedstaaten untereinander (über die Junta/Generalsekretariat). Titel X (Art. 50) betrifft die Regelungen

³²¹ Art. 7 Beschluss 391 lautet: “Los Países Miembros, de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados.”

³²² Die oben dargestellte regionale Biodiversitätsstrategie nimmt Bezug auf den Beschluss 391, integriert ihn und bestätigt die Notwendigkeit, die mit dieser Entscheidung begonnenen Bestrebungen einer regionalen Strategie im Bereich der Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen weiter zu entwickeln. Siehe Annex zur *Decisión* 523, abgedruckt in: Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XVIII, No. 813, S. 2–72, dort S. 28, 29.

³²³ Kapitel I, Art. 5–6, betrifft den Grundsatz der Souveränität über genetische Ressourcen und ihre Derivate, Kapitel II, Art. 7, betrifft die Anerkennung der Kenntnisse, Innovationen und traditionelle Praktiken, Kapitel III, Art. 8–9, betrifft die *capacitación*, Bildung, Forschung, Entwicklung und den Technologietransfer, Kapitel IV, Art. 10, regelt die subregionale Kooperation, Kapitel V, Art. 11–12, regelt die Innländergleichbehandlung und wechselseitige Anerkennung, Kapitel VI, Art. 13, betrifft das Vorsorgeprinzip (*principio de precaución*), Kapitel VII, Art. 14, betrifft den freien Verkehr von genetischen Ressourcen in der Subregion und Kapitel VIII, Art. 15, regelt die Rechtssicherheit und Transparenz.

hinsichtlich der zuständigen nationalen Behörde (*autoridad nacional competente*). Titel XI regelt in seinem Art. 51 die Errichtung, Besetzung und Funktionen des *Comité Andino sobre Recursos Genéticos*. Zusätzlich besteht der Beschluss noch aus den oben genannten drei Arten von Bestimmungen (*Disposiciones*), die u.a. das Wirksamwerden des Beschlusses und die Regelung für den Streitfall zwischen den Mitgliedstaaten betreffen.

IV. Verfahrensablauf für den Zugang zu genetischen Ressourcen nach dem Beschluss 391

Der Beschluss 391 greift den Grundsatz des souveränen staatlichen Ressourcenrechts der CBD in Art. 5, Art. 6 und in seiner Präambel auf und bestimmt in Art. 5³²⁴, dass die Erhaltung und die nachhaltige Nutzung der genetischen Ressourcen und ihrer Derivate³²⁵ von den jeweiligen Staaten auch entsprechend den Grundsätzen der CBD zu regeln sind. Die Umsetzung der in dem Beschluss 391 festgelegten Rahmenbedingungen für den Zugang zu genetischen Ressourcen in nationales Recht obliegt demnach den Mitgliedstaaten. Nach Art. 6 des Beschlusses sind zudem genetische Ressourcen und Derivate nach Maßgabe der nationalen Gesetzgebung als nationales Eigentum oder als nationales Erbe (*patrimonio*) zu qualifizieren. Hiermit wird ein staatliches Verfügungsrecht an den genetischen Ressourcen begründet, das dem privaten Sacheigentum an biologischem Material vorgeht und privater Verfügung entzogen ist. Solche Ressourcen sind nach dieser Bestimmung somit unverfügbar, unveräußerlich und nicht aneignungsfähig.³²⁶ Unberührt davon bleiben die nationalen Eigentumszuordnungen an biologischen Ressourcen, die solche genetischen Ressourcen und Derivate enthalten sowie auch die Eigentumsverhältnisse an Land und Immaterialgütern. Dies hat zur Folge, dass je nach Art der eigentumsrechtlichen Zuordnung der genetischen Ressourcen in den nationalen Zugangsregelungen die staatliche Einflussnahme bei den Zugangsverhandlungen variieren kann. Stehen die genetischen Ressourcen im Eigentum des Staates, so ist der Staat der ausschließliche Anbieter seiner Ressourcen und damit auch allein für die Verhandlung der Zugangsverträge zuständig. Werden

³²⁴ Art. 5 Beschluss 391 lautet: “La conservación y la utilización sostenible de los recursos genéticos y sus productos derivados, *serán reguladas* [von der Verfasserin hervorgehoben] por cada País miembro, de acuerdo con los principios y disposiciones contenidos en el Convenio de la Biodiversidad Biológica y en la presente Decisión.”

³²⁵ Unter Derivaten versteht der Beschluss 391 nach der Begriffsbestimmung in Art. 1 Moleküle oder Kombinationen oder Mischungen von natürlichen Molekülen, einschließlich Rohextrakten von lebenden oder toten Organismen biologischen Ursprungs, die vom Stoffwechsel lebender Organismen abgeleitet sind.

³²⁶ Siehe dazu *Stoll*, Gestaltung der Bioprospektion, S. 47. Art. 6 Abs. 2 Beschluss 391 lautet: “Dichos recursos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, sin perjuicio de los regímenes de propiedad aplicables sobre los recursos biológicos que los contienen, el predio en que se encuentran, o el componente intangible asociado.”

demgegenüber die genetischen Ressourcen nur vom Staat verwaltet, so hat er nicht notwendigerweise ein Ausschließlichkeitsrecht, die Vertragsverhandlungen alleine zu führen. Trotz dieser Unterschiede obliegt dem Staat nach allen nationalen Zugangsregelungen die endgültige Bewilligung des Zugangs.³²⁷ Hervorzuheben ist, dass Art. 6 Abs. 2 Beschluss 391 ausdrücklich darauf hinweist, dass sich der rechtliche Status genetischer Ressourcen unbeschadet der Eigentumsverhältnisse an den biologischen Ressourcen als deren Träger, an dem Belegenheitsort und an den damit verbundenen immateriellen Vermögenswerten bestimmt. Demnach unterliegen genetische Ressourcen und biologische Ressourcen einer unterschiedlichen rechtlichen Zuordnung mit der Folge, dass genetische Ressourcen und ihre Derivate als eigenständige Rechtsgüter aufgestellt sind.³²⁸ Diese differenzierte Zuordnung bringt den Vorteil mit sich, dass der betreffende Staat aufgrund seiner Souveränität über genetische Ressourcen (und deren Derivate) direkt an den aus dem Zugang erwachsenden Vorteilen partizipieren kann.

1. Anwendungsbereich

Nach Art. 3³²⁹ ist der Beschluss nur für den Zugang zu genetischen Ressourcen anwendbar, für welche die Andenstaaten Ursprungsländer sind und erstreckt sich auf die Derivate³³⁰ dieser Ressourcen, auf damit verbundenes traditionelles Wissen (verstanden als immaterielle Vermögenswerte, *componete intangible*³³¹) und auf genetische Ressourcen wandernder Arten, die sich aufgrund natürlicher Umstände im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten befinden. Die Zugangsregelungen finden neben genetischen Ressourcen und Derivaten auch auf die immateriellen Vermögenswerte Anwendung. Hierdurch wird der Zugang zu traditionellem Wissen in einem Zusammenhang und gleichrangig³³² mit dem Zugang zu genetischen Ressourcen und

³²⁷ Siehe hierzu Ruiz-Muller, in: *Mugabe et al.* (Hrsg.), *Access to Genetic Resources*, S. 187 (192 f.)

³²⁸ Siehe hierzu Henne, a.a.O., S. 238. Anders beurteilt sich die Rechtslage in den meisten Ländern mit einer *Common-Law*-Tradition. Das ist zum Beispiel in den USA der Fall, wo sämtliche natürlichen Ressourcen dem Eigentümer der Liegenschaft zugeordnet werden, auf der sie sich befinden. Siehe hierzu Ruiz Muller, in: *Twarog/Kapoor* (Hrsg.), *Protecting and Promoting Traditional Knowledge*, S. 241 (246).

³²⁹ Art. 3 Beschluss 391 lautet: "La presente Decisión es aplicable a los recursos genéticos de los cuales los Países Miembros son países de origen, a sus productos derivados, a sus componentes intangibles y a los recursos genéticos de las especies migratorias que por causas naturales se encuentren en el territorio de los Países Miembros."

³³⁰ Anders die CBD, welche Derivate nicht umfasst.

³³¹ Unter dem Begriff „*componete intangible*“ fällt nach Art. 1 Beschluss 391 jedes Wissen, jede Neuheit oder Innovation, jede individuelle oder kollektiv erfolgende Praktik mit einem realen oder potentiellen Wert, die in Zusammenhang mit genetischen Ressourcen, ihren Derivaten oder mit biologischen Ressourcen, die sie enthalten, steht. Nicht relevant dabei ist die Frage, ob diese Kenntnisse Gegenstand eines geistigen Eigentumsrechts sind.

³³² Siehe hierzu Wolfrum/Klepper/Stoll/Franck, *Genetische Ressourcen, traditionelles Wissen und geistiges Eigentum im Rahmen des Übereinkommens über die biologische Vielfalt*, S. 96.

Derivaten behandelt.³³³ Ausgenommen vom Anwendungsbereich des Beschlusses sind gemäß Art. 4 (1) die menschlichen genetischen Ressourcen und ihre Derivate³³⁴ sowie (2) der Austausch von genetischen Ressourcen, ihrer Derivate oder des damit verbundenem traditionellen Wissens, der im Rahmen von gewohnheitsmäßigen Praktiken von den indigenen, lokalen und afroamerikanischen Gemeinschaften untereinander für ihren eigenen Verbrauch durchgeführt wird.³³⁵

Anders als die CBD definiert der Beschluss 391 den Begriff des Zugangs ausdrücklich. Der Beschluss 391 verwendet einen weiten Zugangsbegriff. Danach umfasst der Zugangsbegriff den Besitz und die Verwendung von genetischen Ressourcen *ex situ*³³⁶ und *in situ*, von Derivaten oder von immateriellen Vermögensgütern,³³⁷ die im Zusammenhang mit genetischen Ressourcen stehen. Dabei ist unerheblich, ob diese Ressourcen zum Zwecke der Forschung, der Bioprospektion, der Konservierung oder der gewerblichen Anwendung etc. genutzt werden sollen.³³⁸ Dem Beschluss nach unterfallen somit auch rein naturwissenschaftliche Forschungsvorhaben oder Züchtungsverfahren, die auf heimischen Pflanzen beruhen, grundsätzlich dem Zugangsverfahren.

Die zu dem Beschluss 391 ergänzend erlassenen Resolutionen 414 und 415 enthalten ein Muster für den Zugangsantrag sowie die wesentlichen und unabdingbaren Bestimmungen für den Zugangsvertrag.

2. Behördenorganisation und Zuständigkeit

Art. 1 des Beschlusses 391 definiert den Begriff der zuständigen nationalen Behörde (*Autoridad Nacional Competente*) als öffentliche staatliche Autorität oder als Einrichtung, die von den jeweiligen Mitgliedstaaten mit den entsprechenden Aufgaben betraut und ermächtigt ist, genetische Ressourcen und ihre Derivate zur Verfügung zu stellen. Folglich ist die Behörde ermächtigt, Zugangsverträge in Vertretung des Staates abzuschließen und ihre Durchführung zu überwachen. Weiterhin fallen in ihren Zuständigkeitsbereich die Ausführung und die Überwachung der Einhaltung der weiteren Tätigkeiten im Rahmen der Umsetzung der Zugangsverträge.³³⁹

³³³ Hierdurch wird auch klargestellt, dass im Rahmen des Zugangs zu genetischen Ressourcen neben der Beachtung des Zugangs zu traditionellem Wissen an sich auch eine Regelung über den gerechten und ausgewogenen Vermögensausgleich im Hinblick auf das traditionelle Wissen in der Zugangsregelung enthalten sein muss.

³³⁴ Art. 4 a) Beschluss 391. Siehe hierzu auch Rosell, RECIEL Vol. 6 1997, S. 274 (278).

³³⁵ Art. 4 b) Beschluss 391.

³³⁶ Siehe zu den Besonderheiten in diesem Zusammenhang unten unter A. VII.

³³⁷ Zur Definition des Begriffes des sog. *componente intangible* siehe Fn. 331

³³⁸ Siehe Art. 1 Beschluss 391, der den Begriff des Zugangs als: „obtención y utilización de los recursos genéticos conservados en condiciones *ex situ* e *in situ*, de sus productos derivados o, de ser el caso, de sus componentes intangibles, con fines de investigación, prospección biológica, conservación, aplicación industrial o aprovechamiento comercial, entre otros“ definiert.

³³⁹ Ausführlich zu den Aufgaben der zuständigen nationalen Behörde siehe Art. 50 Beschluss 391.

3. Das Zugangsverfahren

Das Zugangsverfahren für die Nutzung genetischer Ressourcen nach dem Beschluss 391 besteht im Wesentlichen aus vier Phasen: (1) der Antrag und seine Evaluierung, (2) die Vertragsverhandlungen, (3) die Vertragsunterzeichnung und (4) die Vergabe eines Zugangsrechts durch die zuständige nationale Behörde im Wege einer Resolution.

a. Der Antrag und seine Zulassung

Das Zugangssystem des Beschlusses 391 setzt verfahrensmäßig die Stellung eines Zugangsantrages für die Nutzung genetischer Ressourcen an die zuständige nationale Behörde voraus. Dieser Antrag muss zusammen mit einer Reihe genau bezeichneter Unterlagen eingereicht werden (Art. 26 Beschluss 391, der somit den Prüfungsumfang für die spätere administrative Entscheidung festlegt). So müssen dem Antrag insbesondere folgende Urkunden und Dokumente beigefügt werden:³⁴⁰

- Angaben zur Person des Antragstellers und Nachweis der Berechtigung zum Abschluss von Verträgen,
- Angaben zur Person des Lieferanten³⁴¹ der genetischen und biologischen Ressourcen, ihrer Derivate und des damit verbundenen traditionellen Wissens,
- Angaben zur Person mit Lebenslauf des Projektleiters und der Arbeitsgruppe,
- Angaben zur Person oder zur Einrichtung, die als nationale unterstützende Einrichtung fungieren soll (*Entidad Nacional de Apoyo Científico y Cultural*),³⁴²
- Angaben zur beantragten Art des Zugangs,
- Angaben zum Ort oder Gebiet des Zugangs

und

- der Projektvorschlag;³⁴³ die genauen Angaben hierfür sind dem Musterzugangsantrag im Annex zur Resolution 414 zu entnehmen.

Bei der Angabe der Art des Zugangs und damit der betreffenden genetischen Ressourcen muss der Antragsteller die Anforderungen des Art. 22 des Beschlusses 391 berücksichtigen. Danach muss letzterer der zuständigen Behörde alle Informationen über die Ressourcen angeben, die ihm bekannt sind oder im Zeitpunkt der

³⁴⁰ Art. 26 Beschluss 391.

³⁴¹ Lieferant oder auch Provider: Hierunter versteht man diejenige Partei, die die Verfügungsbefugnis über die jeweiligen zur Verfügung gestellten Ressourcen oder das traditionelle Wissen innehat.

³⁴² Siehe dazu IV. und VII. des Anhangs zur Resolution 414: Musterformular für den Zugangsantrag.

³⁴³ Zu den Angaben siehe Punkt V. Ziff.1 bis 13. des Anhangs zur Resolution 414: Musterformular für den Zugangsantrag.

Antragstellung bekannt sein könnten. Zu diesen verbindlich zu machenden Angaben zählen die derzeitigen und in Zukunft möglichen Nutzungen der Ressource, ihrer Derivate und des traditionellen Wissens sowie Angaben zur Nachhaltigkeit der Nutzung und eventueller Risiken, die mit dem Zugang verbunden sein könnten. Hierfür kann die nationale (Umwelt-)Gesetzgebung oder auch die zuständige nationale Behörde verlangen, dass der Antragsteller eine sozioökonomische oder umweltbezogene Verträglichkeitsprüfung durchführt.³⁴⁴ Die dafür erforderlichen Verfahren sind von dem Antragsverfahren des Beschlusses 391 unabhängig und können somit auch vorab durchgeführt werden. Sie müssen der zuständigen nationalen Behörde aber spätestens³⁴⁵ vor der Besichtigung des Projektgebietes und zum Zeitpunkt der Evaluierung des Antrages vorliegen.

Sollte der Zugang zu genetischen Ressourcen und insbesondere damit verbundenem traditionellen Wissen beantragt werden, so ist neben der Angabe der Identität des Lieferanten (*Providers*) dieses Wissens dem Antrag auch die grundsätzliche Zustimmungserklärung (sog. *Carta de Aceptación*)³⁴⁶ des Lieferanten über die Bereitstellung des betreffenden traditionellen Wissens beizufügen. Diese Zustimmung kann als bloße schriftliche Erklärung oder bereits als konkrete Vereinbarung erfolgen, ohne dass hierfür ein bestimmter Mindestinhalt vorgeschrieben wäre.

Nach Einreichung der Antragsunterlagen erfolgt dann eine Vorprüfung auf ihre Vollständigkeit, Art. 27 Beschluss 391. Ist der Zugangsantrag vollständig, wird er zur Prüfung zugelassen, mit Antragsdatum versehen und ins öffentliche Register eingetragen. Andernfalls wird er zurückgewiesen, wobei dem Antragsteller innerhalb einer bestimmten Frist die Möglichkeit eingeräumt werden kann, den Antrag noch zu vervollständigen.

Nach Eintragung ins öffentliche Register muss innerhalb der darauf folgenden fünf Werktage ein Auszug des Antrages öffentlich bekannt gegeben werden. Die öffentliche Bekanntgabe muss in zweifacher Form erfolgen:

- Ein Auszug aus dem Antrag ist in einem schriftlichen Medium sozialer Kommunikation mit nationaler Verbreitung bekannt zu geben.
- Zudem soll der Antragsauszug auch in einem anderen Medium mit lokaler Verbreitung am Zugangsort veröffentlicht werden.

Damit sollen Dritte die Möglichkeit erhalten, sich mit Stellungnahmen bezüglich des Vorhabens an die zuständige Behörde zu wenden, Art. 28 Beschluss 391.

³⁴⁴ Siehe dazu Art. 31 Beschluss 391.

³⁴⁵ Siehe dazu Art. 31 in Verbindung mit Art. 29 Beschluss 391.

³⁴⁶ Siehe Punkt VI des Anhangs zur Resolution 414: „[...] VI. Carta de aceptación en principio o contrato del proveedor [...] del componente intangible.“ (Hervorhebung im Zitat von der Verfasserin eingefügt).

b. Der Zugangsantrag und die Resolution 414 zum Beschluss 391

Zur weiteren Konkretisierung des Beschlusses 391 im Hinblick auf den Zugangsantrag ist die Resolution 414 nebst Anhängen erlassen worden.

Die Resolution 414 vom 22. Juli 1996³⁴⁷ nebst Anhang betrifft die Annahme eines Musters für den Zugangsantrag³⁴⁸ und benennt die Mindestangaben des Antrages. Nach Punkt V. des Anhanges muss der Antragsteller z.B. genaue Angaben über das Projektvorhaben machen. Diese Angaben umfassen insbesondere die begehrte Art des Zugangs, die genaue Bezeichnung der genetischen Ressource, ihrer Derivate und gegebenenfalls auch des traditionellen Wissens. Ferner muss dem Antrag nach Punkt VI. des Anhanges die Zustimmungserklärung in Gestalt einer Erklärung oder auch eines Vertrages des Lieferanten der biologischen Ressource, der genetischen Ressource oder des damit verbundenen traditionellen Wissens (sog. *Carta de Aceptación*) beiliegen.

c. Die Nationale Unterstützende Einrichtung – *Institución Nacional de Apoyo*³⁴⁹

Ferner ist in dem Beschluss 391 in zahlreichen Bestimmungen zu entnehmen, dass im Rahmen des Zugangsverfahrens eine *Institución* oder *Entidad Nacional de Apoyo*, also eine nationale unterstützende Einrichtung zu beteiligen ist. Nach Art. 2 Beschluss 391 ist eine solche Institution eine nationale juristische Person, die sich der biologischen Forschung in wissenschaftlicher und technischer Hinsicht widmet. Dies könnte z.B. eine Universität bzw. eine Fakultät oder eine andere Forschungseinrichtung mit dem entsprechenden Forschungsschwerpunkt sein. Diese Institution soll den Antragsteller zum einen während des gesamten Zugangsverfahrens begleiten. Zum anderen soll sie an den Zugangsaktivitäten zusammen mit dem Antragsteller teilnehmen.³⁵⁰ Dabei erfolgt die Einbeziehung dieser Einrichtung in das Projektvorhaben durch vertragliche Vereinbarung mit dem Antragsteller. Durch die Einbeziehung einer derartigen Einrichtung soll einerseits die Beteiligung am Zugangsverfahren von nationalen Forschungseinrichtungen gesichert sein. Andererseits soll diese Einrichtung auch dem Antragsteller bei Aktivitäten im

³⁴⁷ Die Resolution 414 wurde auf der Grundlage der 10. Übergangsbestimmung des Beschlusses 391 erlassen.

³⁴⁸ Der Antrag wird als Antrag zum Zugang zu genetischen Ressourcen bezeichnet, obwohl die Möglichkeit des gleichzeitigen Antrages auf die Nutzung mit diesen genetischen Ressourcen verbundenen traditionellem Wissen einbezogen wird. („Solicitud de Acceso a Recursos Genéticos“). Für einen solchen Antrag ist die Verwendung des gleichen Formulars angedacht.

³⁴⁹ *National support institution.*

³⁵⁰ Siehe Art. 2 Beschluss 391 in der spanischen Fassung: “INSTITUCION NACIONAL DE APOYO: persona jurídica nacional, dedicada a la investigación biológica de índole científica o técnica, que acompaña al solicitante y participa junto con él en las actividades de acceso.” In der englischen Fassung lautet Art. 2 Beschluss 391: “NATIONAL SUPPORT INSTITUTION: national institution devoted to biological research of a scientific or technical nature that accompanies the applicant and participates jointly with it in the access activities.”

Rahmen des Zugangsverfahrens unterstützend zur Seite stehen. Damit kommt der unterstützenden nationalen Einrichtung eine Zwitterstellung zu, weil sie als Vertragspartner des Antragsteller auftreten und mit ihm zusammenarbeiten soll, aber gleichzeitig mit der zuständigen Behörde im Hinblick auf die Verfolgung und die Überwachung der betreffenden genetischen Ressourcen insbesondere durch regelmäßige Berichterstattung kooperieren muss. Die Wahl der entsprechenden nationalen unterstützenden Institution liegt grundsätzlich beim Antragsteller und wird von der Art des begehrten Zugangs maßgeblich beeinflusst.

Dabei sind insbesondere folgende Bestimmungen des Beschlusses 391 zu berücksichtigen:

- Art. 26 Abs. 1 lit. c, wonach dem Antrag die Angaben über diese nationale unterstützende Forschungseinrichtung beizufügen sind.
- Art. 41 Abs. 1 lit. d: Diese Vorschrift betrifft die Nebenabreden zwischen dem Antragsteller und in diesem Fall der unterstützenden nationalen Forschungseinrichtung über Aktivitäten, die diese im Rahmen des Zugangs zu genetischen Ressourcen zu tätigen hat, die nicht schon als Bestandteile des Zugangsvertrages (Hauptvertrag) aufgenommen worden sind.
- Art. 41 Abs. 3, der besagt, dass die Einbeziehung dieser Einrichtung von der zuständigen nationalen Behörde – also hier durch das Umweltministerium – genehmigt³⁵¹ werden muss.
- Art. 43: Diese Vorschrift betrifft eine Regelung des Verhältnisses zwischen der Forschungseinrichtung und der zuständigen nationalen Behörde. Danach ist die Forschungseinrichtung unabhängig von den vereinbarten Bedingungen im Hauptzugangsvertrag und in den Nebenabreden verpflichtet, mit der zuständigen nationalen Behörde zu kooperieren. Insbesondere ist sie verpflichtet, dieser Behörde regelmäßig über die Zugangsaktivitäten Bericht zu erstatten sowie sie bei den Kontroll- und Monitoringaktivitäten zu unterstützen.

d. Die Evaluierung und die Entscheidung durch behördlichen Bescheid

Innerhalb einer Bearbeitungsfrist von 30 Werktagen, die auf maximal 60 Werktage verlängert werden kann, soll die zuständige nationale Behörde den Antrag evaluieren. Zu diesem Zweck hat die Behörde Besichtigungen vor Ort durchzuführen, eventuell eingegangene Stellungnahmen zu berücksichtigen und ihre Evaluierung mit der Erstellung eines technischen und eines juristischen Berichts abzuschließen, Art. 29 Beschluss 391.

Spätestens nach Ablauf der in Art. 29 vorgesehenen Frist muss die zuständige Behörde über den Zugangsantrag entscheiden. Sollte die Behörde positiv über den Antrag und den Projektvorschlag bescheiden, so schließen sich Verhandlungen über

³⁵¹ Siehe dazu Art. 50 Abs. 1 lit. h) Beschluss 391: „[...] im Rahmen der Aufgaben der nationalen zuständigen Behörde.“

einen Zugangsvertrag an, Art. 30 Abs. 2 Beschluss 391. Sollte der Antrag abgelehnt werden, so ergeht eine mit einer (schriftlichen) Begründung versehene Entscheidung und das Verfahren ist, sofern die Entscheidung nicht angefochten wird, abgeschlossen.

Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeit einer Überprüfung der Verwaltungsentscheidung nach den einschlägigen nationalen Vorschriften der Mitgliedstaaten unberührt bleibt, Art. 30 Abs. 3 Beschluss 391. Aus der Gestaltung des Verfahrensablaufs wird deutlich, dass dem Antragsteller zu keinem Zeitpunkt ein Anspruch auf Abschluss des Vertrages erwächst. Als Ausdruck des nationalen Hoheitsrechts über die eigenen Ressourcen behält sich die nationale zuständige Behörde stets das Recht vor, aufgrund einer nicht zu erzielenden Einigung den Antrag endgültig abzulehnen und das Verfahren zu beenden. Diese Entscheidung ist zu begründen. Das Verfahren kann nur dann wieder eröffnet werden, wenn das nationale Recht des betreffenden Mitgliedstaates hierfür die Einlegung von Rechtsmitteln vorsieht.³⁵²

e. Der nachfolgende Abschluss eines Zugangsvertrages

Nach Billigung des Antrages beginnt die Phase der Vertragsverhandlungen, Art. 30 Abs. 2 Beschluss 391. Gemäß Art. 32 Beschluss 391 wird der Zugangsvertrag zwischen dem Antragsteller und dem entsprechenden Ressourcenstaat, vertreten durch die nationale zuständige Behörde, geschlossen. Dabei stellt Art. 33 Beschluss 391 klar, dass die Vertragsbedingungen den Grundsätzen des Beschlusses 391 und den nationalen Gesetzen nicht entgegenstehen dürfen. Art. 34 und Art. 35 des Beschlusses 391 knüpfen an diesen Zugangsvertrag wesentliche inhaltliche Voraussetzungen, insbesondere Regelungen über *Benefit-Sharing*.³⁵³

(1) Vertragstypen

Für den Zugang zu genetischen Ressourcen können nach dem Beschluss 391 folgende Verträge geschlossen werden:

- Ein Hauptvertrag (*contrato principal*) zwischen der zuständigen nationalen Behörde in Vertretung des Ressourcenstaates und dem Antragsteller.
- Ein akzessorischer Vertrag (*contrato accesorio*) zwischen dem Antragsteller und dem rechtmäßigen Lieferanten der genetischen Ressource. Solche Ver-

³⁵² Dieses Ergebnis folgt aus Art. 30 Abs. 3 Beschluss 391, wonach die Geltung der innerstaatlichen Rechtsordnung unberührt bleibt.

³⁵³ Siehe auch Art.1 Beschluss 391, der den Zugangsvertrag definiert. Danach ist ein Zugangsvertrag ein solcher, der zwischen der zuständigen nationalen Behörde in Vertretung des Staates und dem Antragsteller geschlossen wird, und der die Festlegung der Voraussetzungen und Bedingungen für den Zugang zu genetischen Ressourcen, ihren Derivaten und gegebenenfalls auch zu traditionellem Wissen zum Inhalt hat.

träge können demnach mit dem Eigentümer, dem Besitzer oder Verwalter der biologischen Ressource, welche die genetische Ressource enthält, oder ihres Belegenheitsortes, mit der *Ex-situ*-Einrichtung oder mit der national unterstützenden Behörde, die den Antragsteller bei der Durchführung seines Vorhabens begleitet, geschlossen werden. Erforderlich, um Partei eines akzessorischen Vertrages zu sein, ist somit eine bestehende Rechtsposition im Hinblick auf die biologische Ressource oder den Belegenheitsort der Ressource.³⁵⁴

- Ein Anhang zum Hauptvertrag (*anexo al contrato de acceso*; im Folgenden Annexvertrag), wenn neben dem Zugang zu genetischen Ressourcen auch der Zugang zu dem damit verbundenen traditionellen Wissen beabsichtigt ist.³⁵⁵

(2) Der Zugangsvertrag (Hauptvertrag)

Der Zugangsvertrag, durch den Beschluss 391 als Hauptvertrag (*contrato principal*) bezeichnet, ist in den Art. 32 bis 37 geregelt. In den Fällen, in denen lediglich der Zugang zu genetischen Ressourcen, nicht aber zu indigenem Wissen begehrt wird, erfolgt der Vertragsschluss zwischen dem Antragsteller und dem Staat, der durch die zuständige nationale Behörde vertreten wird.³⁵⁶ Nach Art. 33 Beschluss 391 müssen die Vertragsbedingungen im Einklang mit den durch den Beschluss festgesetzten Grundsätzen³⁵⁷ und mit den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten stehen. Ferner verpflichtet Art. 34 Beschluss 391 die Vertragsparteien dazu, die Rechte und Interessen der Ressourcen- und Derivatenanbieter und zudem der Anbieter des mit den Ressourcen oder Derivaten verbundenen traditionellen Wissens zu berücksichtigen. Geregelt wird allerdings nicht, wie den Rechten und Interessen der betreffenden Träger dieses Wissens im Einzelnen Rechnung getragen werden soll. Art. 35 betrifft die Anforderungen, die im Rahmen des Annexvertrages zu berücksichtigen sind.³⁵⁸ Art. 36 und Art. 37 Beschluss 391 betreffen die Befugnisse der nationalen zuständigen Behörde, mit anderen Rechtsinhabern (Rahmenzugangs-)Verträge schließen zu können. Demnach kann die national zuständige Behörde Zugangsverträge zum einen mit Universitäten, anderen For-

³⁵⁴ Die Einbeziehung von indigenen Gemeinschaften setzt in diesem Fall voraus, dass den betreffenden Gemeinschaften Landrechte zugestanden worden sind. Siehe hierzu *Dutfield*, Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge, S. 147.

³⁵⁵ Siehe hierzu Art. 35 Beschluss 391.

³⁵⁶ Art. 32 Beschluss 391.

³⁵⁷ Hierzu siehe auch A. IV. 3 f und h.

³⁵⁸ Siehe hierzu A. IV. 3. e. (4).

schungseinrichtungen³⁵⁹ oder anerkannten Forschern³⁶⁰ und zum anderen mit *Ex-situ*-Einrichtungen oder andere Einrichtungen, die sich mit dem Erhalt oder der Nutzung biologischer Ressourcen befassen, schließen.³⁶¹

(3) Der Zugangsvertrag und die Resolution 415 zum Beschluss 391

Zur weiteren Konkretisierung des Beschlusses 391 im Hinblick auf den Zugangsvertrag ist die Resolution 415 erlassen worden. Die Resolution 415³⁶² vom 22. Juli 1996 betrifft die Annahme eines Mustervertrages für den Zugang zu genetischen Ressourcen. Die Resolution greift dabei die schon im Beschluss 391 festgelegten Grundsätze für den Zugangsvertrag auf und konkretisiert den Rahmen für einen solchen Vertrag. So sieht die Resolution vor, dass sämtliche Rechte und Pflichten der Vertragsparteien aufzuführen sind. Dies umfasst insbesondere Angaben zu den erwarteten Vorteilen und deren geplanter Aufteilung.³⁶³ Besonders wichtig sind die konkreten Angaben, die im Zugangsvertrag über die Vereinbarungen zum *Benefit-Sharing* zu machen sind. Dabei müssen konkrete Vereinbarungen u.a. über die Art (z.B. monetärer, wissenschaftlicher oder technologischer Art), die Form und den Zeitpunkt der Ausschüttung festgehalten werden.

Zudem sind die Rechtsinhaberschaft, eventuelle gewerbliche Schutzrechte, sonstige Kommerzialisierungsrechte im Hinblick auf die Ergebnisse sowie die Bedingungen für die Erteilung von Lizenzen festzulegen.³⁶⁴ In dem Vertrag ist ferner die obligatorische Verpflichtung des Antragstellers aufzunehmen, nicht ohne die Zustimmung der zuständigen nationalen Behörde Zugang oder Nutzung auf Dritte zu

³⁵⁹ Hierzu gehören insbesondere das Internationale Kartoffelforschungszentrum (CIP) in Lima, Peru, und das kolumbianische Internationale Zentrum für Tropische Landwirtschaft (CIAT), das am 11. November 1967 zwischen der kolumbianischen Regierung und der US-amerikanischen *Rockefeller-Stiftung* gegründet wurde. Zu diesen internationalen Forschungsinstitutionen und deren Verpflichtung, keine gewerblichen Schutzrechte an dem überlassenen Material geltend zu machen siehe *Ruiz Muller*, Los Centros Internacionales de Investigación Agrícola y los Posibles Impactos de la Normativa y Políticas de Acceso a Recursos Genéticos, S. 4 ff.

³⁶⁰ Art. 36 Beschluss 391. Dies folgt aus der Überlegung, dass bestimmte Einrichtungen nach ihrer Zweckbestimmung notwendigerweise auf die in biologischen Ressourcen enthaltenen genetischen Ressourcen zugreifen müssen. Daher ist ein flexibles Instrument, wie der Abschluss von Rahmenverträgen, erforderlich, damit nicht für jede Zugangstätigkeit der gesonderte Abschluss eines Zugangsvertrages erforderlich wird. Siehe *Ruiz Muller*, El Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos y la Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones, S. 24.

³⁶¹ Art. 37 Beschluss 391.

³⁶² Text der Resolution 415, Gaceta Oficial de la Comunidad Andina, Nr. 217, vom 5. August 1996, abrufbar unter: <http://web.ambiente.gob.ec/sites/default/files/archivos/PUBLICACIONES/RECURSOSGENETICOS/MarcoLegal/resolucion415adopciondelmodeloreferencialdecontrat.pdf>.

³⁶³ Mustervertrag – Annex zur Resolution 415, d) 1.

³⁶⁴ Mustervertrag – Annex zur Resolution 415, d) 2.

übertragen.³⁶⁵ Die Aufnahme weitergehender Bestimmungen bleibt den Mitgliedstaaten und den Parteien überlassen. So enthält die Resolution 415 e) Bestimmungen über zu leistende Sicherheiten. Danach muss der Antragsteller gegebenenfalls eine Sicherheit oder Garantie für den Fall der Nichterfüllung oder Verletzung des Vertrages leisten. Die Höhe des Betrages bleibt dabei den Mitgliedstaaten überlassen. Zudem können auch andere Sicherheiten von dem jeweiligen Ressourcenstaat verlangt werden, wie z.B. die obligatorische Hinterlegung von Mustern oder zumindest eines Duplikats der genetischen Ressource, eventuelle Vereinbarungen über ein Ausschließlichkeitsrechts des Antragstellers bzw. Interessenten zum Zugang³⁶⁶ oder gegebenenfalls die Festsetzung einer Kautions.³⁶⁷ Ferner sind Schadensersatzabreden bei Pflichtverletzungen,³⁶⁸ Vertragsaufhebungsklauseln³⁶⁹ und Angaben zum Streit-schlichtungsverfahren³⁷⁰ in den Zugangsvertrag aufzunehmen. Im Hinblick auf das traditionelle Wissen enthält die Resolution 415 nur eine Bestimmung, die in gewisser Weise darauf Bezug nimmt. Gemäß den Bestimmungen über Informationspflichten des Antragstellers bzw. Interessenten muss dieser die zuständige Behörde über Vertraulichkeitsvereinbarungen hinsichtlich der Aspekte, die immaterielles Wissen (*conocimientos intangibles*) betreffen, informieren.³⁷¹

(4) Anhang zum Hauptvertrag (Annexvertrag)

Sollte ein Antrag auf Zugang zu genetischen Ressourcen auch den Zugang bzw. die Inanspruchnahme des mit den genetischen Ressourcen verbundenen traditionellen Wissens (immaterielle Vermögenswerte) mit umfassen, dann muss der Hauptvertrag einen Anhang (Annexvertrag) mit der ausdrücklichen Vereinbarung über die

³⁶⁵ Mustervertrag – Annex zur Resolution 415, d) 4. Diesem Übertragungsverbot wird entgegengehalten, dass es vielmehr zur Steigerung der Transaktionskosten beitrage, da die Behörde nach erfolgtem Zugang die Übertragung von Materialproben zur weiteren Auswertung an ein anderes Unternehmen theoretisch versagen oder unnötig verzögern kann. Dies könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn zwischen Zugang und Übertragung ein großer Zeitraum bestehen würde. Ebenfalls zu weitgehend sei die Verpflichtung des Antragstellers bzw. Interessenten, vor der Entfernung der Materialproben vom Zugangsort ein behördliches Einverständnis einzuholen (Mustervertrag – Annex zur Resolution 415, d. 9.), da üblicherweise ein Großteil der Forschungsarbeiten nicht am Projektort und somit außerhalb des Zugangsortes stattfinden würde. Siehe hierzu *Ruiz Muller*, in: *Twarog/Kapoor* (Hrsg.), *Protecting and Promoting Traditional Knowledge*, S. 241 (245).

³⁶⁶ Mustervertrag – Annex zur Resolution 415, e) 4.

³⁶⁷ Mustervertrag – Annex zur Resolution 415, e) 5.

³⁶⁸ Mustervertrag – Annex zur Resolution 415, f). Zu berücksichtigen sind vertragliche wie außervertragliche Pflichtverletzungen, wie z.B. durch die Zugangsaktivitäten verursachte Umweltschäden.

³⁶⁹ Mustervertrag – Annex zur Resolution 415, j).

³⁷⁰ Mustervertrag – Annex zur Resolution 415, h).

³⁷¹ Mustervertrag – Annex zur Resolution 415, e) 3.: “Los eventuales compromisos de confidencialidad por parte de la Autoridad Nacional Competente, sobre aspectos que involucren derechos de propiedad intelectual y conocimientos intangibles.”

gerechte Teilung der Vorteile, die aus der Nutzung des zur Verfügung gestellten Wissens resultieren (*Benefit-Sharing*), enthalten, Art. 35 Abs. 1 Beschluss 391.³⁷² Dieser Annexvertrag wird somit Bestandteil des Zugangsvertrages auf Nutzung genetischer Ressourcen. Er ist von dem Antragsteller und dem Lieferanten/Inhaber des traditionellen Wissens zu unterzeichnen,³⁷³ wobei entsprechend der nationalen Gesetzgebung dieser Vertrag auch von der zuständigen nationalen Behörde im Namen und für die Lieferanten unterzeichnet werden kann.³⁷⁴ Sofern zudem besondere Eigentums- oder Verwaltungsrechte an den genetischen Ressourcen sowie Landrechte an dem Grund und Boden des Zugangsgebietes bestehen, muss ein gesonderter Zugangsvertrag mit den Inhabern dieser Rechte geschlossen werden, Art. 41 Beschluss 391.

Verträge, die dem Zugangsverfahren nach dem Beschluss 391 widersprechen, sind nichtig.³⁷⁵ Dabei regelt der Beschluss 391 nicht ausdrücklich Art und Maß der Sanktionierung, sondern gibt diese Regelungskompetenz an die nationalen zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten weiter, Art. 46, 47 Beschluss 391.³⁷⁶ Vorgeschlagen werden aber die Erhebung von Geldstrafen, die Durchführung von Beschlagnahmen und der Ausschluss des Antragstellers vom Zugangsverfahren zu genetischen Ressourcen. Daneben unberührt bleiben die Möglichkeiten der Suspendierung, der Nichtigkeit oder die nachträgliche Entziehung des Zugangsrechts sowie zivilrechtliche und strafrechtliche Konsequenzen.

(5) Akzessorische Verträge

Die Art. 41 ff. Beschluss 391 betreffen Regelungen der akzessorischen Verträge (*contratos accesorios*) zum Zugangsvertrag. Diese Verträge betreffen die Durchführung von Aktivitäten, die im Zusammenhang mit dem Zugang zu genetischen Ressourcen, ihren Derivaten und damit verbundenem traditionellen Wissen stehen. Diese Annexverträge können geschlossen werden zwischen dem Antragsteller und:

- dem Eigentümer oder dem Verwalter des Grundstücks, auf dem sich die genetischen Ressourcen befinden,
- der privaten oder öffentlichen Stelle, die als nationale Unterstützung an der Prospektierung vorgesehen ist,

³⁷² Art. 35 Abs. 1 Beschluss 391: “Cuando se solicite el acceso a recursos genéticos o sus productos derivados con un componente intangible, el contrato de acceso incorporará un anexo como parte integrante del mismo, donde se prevea la distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de la utilización de dicho componente.”

³⁷³ Art. 35 Abs. 2 Beschluss 391.

³⁷⁴ Sollte dies nicht der Fall sein, dann ist Art. 42 Beschluss 391 zu beachten.

³⁷⁵ Siehe dazu Art. 39, 40 Beschluss 391; Art. 35 Abs. 3 Beschluss 391 hinsichtlich der Nichtbefolgung der Bestimmungen des akzessorischen Vertrages.

³⁷⁶ Die Ausgestaltung des Nichtigkeitsverfahrens obliegt den Mitgliedstaaten und richtet sich demnach nach den innerstaatlichen Rechtsbestimmungen, Art. 39 Beschluss 391.

- dem Eigentümer der biologischen Ressource, die die genetische Ressource enthält.

Die weiteren inhaltlichen Anforderungen sind in den Art. 41 bis 44 Beschluss 391 geregelt. So regelt Art. 41 Abs. 6 Beschluss 391, dass der Abschluss eines akzessorischen Vertrages für sich genommen nicht zum Zugang zu genetischen Ressourcen berechtigt. Ferner binden diese akzessorischen Verträge nur die betroffenen Parteien, Art. 42 Abs. 2 Beschluss 391. Die Beendigung des Zugangsvertrages³⁷⁷ führt auch zur Beendigung des akzessorischen Vertrages.³⁷⁸ Zudem kann die zuständige nationale Behörde den Zugangsvertrag dadurch beenden, dass sie die akzessorischen Verträge für nichtig erklärt, sofern Letztere für den Zugangsvertrag unabdingbar sind.³⁷⁹ Eine Änderung, Aussetzung, Beendigung oder ein Rücktritt von den akzessorischen Verträgen kann zu einer Änderung, Aussetzung, Beendigung oder zu einem Rücktritt vom Zugangsvertrag durch die zuständige nationale Behörde führen, sofern dessen Bestimmungen wesentlich davon betroffen werden.

f. Materiellrechtliche Sondervorschriften

Auch hier gilt, dass der Beschluss 391 für die Mitgliedstaaten der Andengemeinschaft keine vollständigen Regelungen trifft, sondern sie zum Teil den Mitgliedstaaten überlässt. Der Beschluss 391 enthält jedoch zahlreiche inhaltliche Vorgaben, die sich auf das ganze Zugangsverfahren beziehen und die von den Mitgliedstaaten bei ihrer Umsetzung zu berücksichtigen und gegebenenfalls zu ergänzen sind.

g. Entstehung des Zugangsrechts

Erst wenn der Beschluss der nationalen zuständigen Behörde über den erfolgreichen Abschluss des Zugangsvertrages über genetische Ressourcen zusammen mit Auszügen des Vertragsinhaltes im Amtsblatt oder einer anerkannten nationalen Tageszeitung veröffentlicht wird, ist das Zugangsrecht entstanden, Art. 38 Beschluss 391. Durch dieses Zugangsrecht erlangt der Berechtigte die Befugnis, innerhalb des vertraglich vereinbarten Rahmens über die bezeichneten genetischen Ressourcen und Derivate sowie gegebenenfalls damit verbundenes traditionelles Wissen zu verfügen.³⁸⁰ Gemäß Art. 39 S. 1 Beschluss 391 ist allerdings der Zugangsvertrag nichtig, wenn der Vertragsschluss gegen das Zugangsregime verstößt. Nach Art. 39 S. 2 Beschluss 391 obliegt die Ausgestaltung des Nichtigkeitsverfahrens den Mitgliedstaaten und richtet sich somit nach den nationalen Regelungen. Im Falle der

³⁷⁷ Hauptvertrag mit dem Gegenstand der Nutzung genetischer Ressourcen.

³⁷⁸ Akzessorischer Vertrag: Vertrag zur Nutzung des mit den genetischen Ressourcen (Gegenstand des Hauptvertrages) verbundenen traditionellen Wissens. Siehe dazu Art. 44 Abs. 1 Beschluss 391.

³⁷⁹ Siehe Art. 44 Abs. 2 Beschluss 391.

³⁸⁰ Art. 38 i. V. m. Art. 1 Beschluss 391.

Nichtigkeit des Zugangsvertrages wird der Registerantrag von Amts wegen durch die zuständige nationale Behörde gelöscht.³⁸¹

(1) Art. 17 Beschluss 391 – Mindestanforderungen inhaltlicher Art

Diese Vorschrift beschreibt Mindestanforderungen inhaltlicher Art, die sowohl der Antrag als auch der Zugangsvertrag und der akzessorische Vertrag erfüllen müssen. Hier geht es im Wesentlichen um folgende Punkte:

- Teilnahme von Staatsangehörigen der Andengemeinschaft an den Forschungstätigkeiten betreffend die genetischen Ressourcen, ihre Derivate und damit verbundenes traditionelles Wissen,
- Unterstützung der Forschung zur Bewahrung und nachhaltigen Nutzung der Biodiversität in dem Ursprungsland der Ressourcen oder in einem anderen Mitgliedstaat der Andengemeinschaft,
- Stärkung der Mechanismen für den Transfer von Wissen und Technologien, insbesondere der Biotechnologien, die kulturell, sozial und umweltbezogen als sicher und gesund gelten,
- Zurverfügungstellung von relevanten Informationen über Entwicklungen, Stand der Forschung oder anderer Natur, die zu einem größeren Wissen des Ressourcengeberstaates beitragen können,³⁸²
- Förderung und Entwicklung nationaler und subregionaler Kapazitäten aus dem Gebiet der genetischen Ressourcen und ihrer Derivate,
- Förderung und Entwicklung von Kapazitäten innerhalb der indigenen, afro-amerikanischen und örtlichen Gemeinschaften mit Blick auf traditionelles Wissen in Bezug auf genetische Ressourcen und ihre Derivate,
- Pflicht zur Hinterlegung von Duplikaten des gesammelten Materials bei Einrichtungen, die dafür von der zuständigen nationalen Behörde bestimmt worden sind,
- Verpflichtung, die zuständige nationale Behörde über erfolgte Forschungsergebnisse zu unterrichten,

und

- Festlegung von Bedingungen, unter denen das Material an Dritte weitergegeben werden kann.

³⁸¹ Art. 40 Beschluss 391.

³⁸² Siehe hierzu *Carbuccia*, in: *Wolfrum/Stoll* (Hrsg.), *European Workshop on Genetic Resources Issues and Related Aspects*, S. 19 (28).

(2) Art. 19 Beschluss 391 – Vertraulichkeit

Zwar muss der Antrag und der Projektvorschlag grundsätzlich veröffentlicht werden, die zuständige nationale Behörde kann aber auf Antrag des Antragstellers den Antrag zum Teil vertraulich behandeln. Absolute Vertraulichkeit bzw. Geheimhaltung der Angaben kann nicht gewährt werden, da schon Art. 19 Abs. 3 Beschluss 391 besagt, dass sich dieser Antrag nicht auf die erforderlichen Angaben des Art. 18 Abs. 2 Beschluss 391 erstrecken kann. Zudem können die Angaben vertraulich behandelt werden, wenn die Veröffentlichung nicht im sozialen Interesse liegt oder dem Umweltschutz dient, Art. 19 Abs. 1 Beschluss 391.

Der Antragsteller muss seinen Antrag auf vertrauliche Behandlung seiner Angaben eine Begründung des Antrages sowie eine Zusammenfassung beifügen, die veröffentlicht werden kann. Die vertraulich zu behandelnden Angaben werden dann in einem – grundsätzlich nur der zuständigen nationalen Behörde zugänglichen – Register geführt.

(3) Art. 45 Beschluss 391 – Zugangsbeschränkungen

Schließlich sieht Art. 45 des Beschlusses 391 vor, dass der Zugang zu genetischen Ressourcen in folgenden Fällen beschränkt werden kann:

- bei Endemismus, Seltenheit oder einem drohenden Aussterben von Arten, Unterarten, Sorten oder Züchtungen,
- bei einem Zustand der Verletzlichkeit oder Fragilität der Struktur oder Funktionen des betreffenden Ökosystems, insbesondere wenn dieser Zustand durch die Zugangsaktivitäten hervorgerufen werden kann,
- bei ungünstigen Auswirkungen der Zugangsaktivitäten auf die menschliche Gesundheit oder auf elementare Bestandteile der kulturellen Identität der Einwohner,
- bei Wahrscheinlichkeit der negativen Beeinflussung oder unerwünschter bzw. schwer zu kontrollierender Umwelteinwirkungen der Ökosysteme, verursacht durch die Zugangsaktivitäten,
- bei der Gefahr der genetischen Erosion durch die Zugangsaktivitäten,
- bei Regelungen, die der biologischen Sicherheit dienen, und
- bei Beschränkungen durch Ausweisung von Gebieten oder genetischen Ressourcen als strategisch. Über solche Beschränkungen sollte sich der Antragsteller idealerweise schon vor Zusammenstellung der Antragsunterlagen informieren und diese Information bei der Wahl der genetischen Ressourcen und des Projektgebietes berücksichtigen.

h. Sondervorschriften zu Ausbildung, Forschung und Technologietransfer

In den Art. 8–10 Beschluss 391 werden zudem weitere Regelungen über den Aufbau von wissenschaftlicher und technischer Sachkompetenz, die Forschung, Entwicklung, den Transfer von Technologien und die subregionale Kooperation getroffen. Insbesondere sollen die Mitgliedstaaten die Durchführung von Forschungsprojekten fördern, die einen Beitrag für die Erhaltung und nachhaltige Nutzung der Biodiversität im Projektgebiet leisten sowie durch die getroffenen Regelungen in den Zugangsverträgen den Technologietransfer und die Bildung von wissenschaftlichen Kapazitäten ermöglichen.

i. Kosten des Verfahrens

Der Beschluss 391 trifft keine ausdrückliche Regelung über die Frage der Kostentragung, da er nur einen Rahmen für die Ausgestaltung des Zugangsverfahrens darstellt. Die Mitgliedstaaten haben die festgelegten Grundsätze des Verfahrens bei der Umsetzung zu berücksichtigen und können zudem noch offen stehende Fragen selbst regeln. Davon hat Ecuador in seiner Ausführungsverordnung³⁸³ zur Umsetzung des Beschlusses 391 auch Gebrauch gemacht. Nach Art. 24 des Regelungsentwurfes hat der Antragsteller die Kosten der Evaluierung seines Antrages, der Veröffentlichung³⁸⁴ und andere³⁸⁵ im Zusammenhang mit der Antragstellung stehende Kosten zu tragen.

V. Der Beschluss 391 und das traditionelle Wissen

Der Beschluss 391 der Andengemeinschaft hat den Grundgedanken des Art. 8 (j) CBD aufgegriffen, ist aber über dessen Regelungsgehalt hinaus gegangen, da er nicht nur eine staatliche Förderungspflicht zugunsten der indigenen Gemeinschaften hinsichtlich ihres Wissens statuiert. In der Präambel und in Art. 2 erkennt der Beschluss 391 ausdrücklich die besondere historische Bedeutung des traditionellen Wissens der indigenen, afroamerikanischen und lokalen Gemeinschaften in der Subregion (Andengemeinschaft) für die Erhaltung und nachhaltige Nutzung der biologischen Vielfalt an. Zudem wird als Ziel festgelegt, Grundlagen für die Bewertung und Anerkennung dieser Gemeinschaften zu schaffen, insbesondere hinsichtlich der Frage der Nutzung dieser Wissensquelle. In Art. 7 des Beschlusses 391³⁸⁶ wird zudem ausdrücklich eine Entscheidungsbefugnis der indigenen, afroamerikanischen und lokalen Gemeinschaften über die Nutzung ihres traditionellen Wissens sowie ihrer Innovationen und Praktiken hinsichtlich genetischer Ressourcen und

³⁸³ Zur Ausführungsverordnung siehe unten B. II. 2.

³⁸⁴ Siehe dazu auch Art. 29 Abs. 2 des Regelungsentwurfes.

³⁸⁵ Siehe dazu Art. 30 Abs. 2 des Regelungsentwurfes, wonach der Antragsteller die Kosten des Konsultationsprozesses tragen muss.

³⁸⁶ Zum Wortlaut von Art. 7 Beschluss 391 siehe Fn. 321.

deren Derivaten anerkannt und auch zugesprochen. Zudem greift die 8. Übergangsvorschrift den in Art. 7 des Beschlusses erwähnten Schutz traditionellen Wissens auf. Hiernach wird dem ehemaligen technischen Organ der Andengemeinschaft, der Junta, der Auftrag erteilt, einen Vorschlag für eine Harmonisierungsvorschrift oder für ein Spezialregime mit dem Ziel der Verbesserung des Schutzes traditionellen Wissens zu erarbeiten. Hierbei sollten die Grundsätze des Art. 7 Beschluss 391, der ILO-Konvention 169 und der CBD berücksichtigt werden. Als Grundlage für den zu erarbeitenden Entwurf sollten nationale Studien der Mitgliedstaaten dienen, deren Erstellungsfrist mehrmals, zuletzt bis zum 1. Januar 2000, verlängert worden ist.³⁸⁷ Weder die Länderberichte noch ein Entwurf entsprechend der 8. Übergangsvorschrift liegen bisher vor. Im Oktober 2004 veröffentlichte allerdings das Generalsekretariat, das Nachfolgeorgan der Junta, einen ersten Bericht, mit dem Vorschlag für mögliche Elemente eines *Sui-generis*-Schutzsystems für traditionelles Wissen.³⁸⁸ Die wesentlichen Vorgaben für das Schutzsystem stammen von den konsultierten indigenen Gemeinschaften.³⁸⁹ Der Schwerpunkt dieses Berichtes und seiner Vorgaben liegt in der Erörterung der Grundentscheidung über dessen Rechtsnatur und Zusammensetzung. Es setzt sich mit den Fragen auseinander, ob ein neues System als vom Immaterialgüterrecht abgekoppeltes Regime geschaffen werden oder vielmehr als eine Kombination von geistigem Eigentum und gewohnheitsrechtlichen Elementen ausgestaltet werden soll.³⁹⁰

Im Hinblick auf die Federung des Schutzes traditionellen Wissens ist noch die 9. Übergangsvorschrift zu benennen, die den Auftrag an die Mitgliedstaaten enthält, ein Ausbildungsprogramm mit dem Ziel der Stärkung der Verhandlungsposition der indigenen Gemeinschaften bei Verträgen über ihr Wissen zu entwerfen. Zu diesem Zweck wurde zum Beispiel in Peru im Jahre 2001 ein Workshop³⁹¹ durchgeführt, aus dem ein Regime zum Schutz indigener Völker (auch) im Hinblick auf den Zugang zu genetischen Ressourcen entwickelt werden sollte.³⁹² In Bolivien sind zahlreiche Arbeitssitzungen durchgeführt worden mit den Zielen, die betreffenden Gemeinschaften auszubilden, eine nationale Bestandsaufnahme indigenen Wissens zu machen und den Entwurf für ein nationales Schutzsystem zu erarbeiten.³⁹³ In Ecuador sind ebenfalls zahlreiche Arbeitssitzungen mit indigenen Gemeinschaften

³⁸⁷ Die Fristverlängerungen erfolgten durch die Beschlüsse 423 und 448 der Kommission.

³⁸⁸ CAN, Elementos para la Protección Sui Generis des los Conocimientos Tradicionales Colectivos e Integrales desde la Perspectiva Indígena, 2004. Im Jahre 2005 ist dieser Bericht Gegenstand der gleichnamigen Veröffentlichung geworden.

³⁸⁹ Im Hinblick auf die Zusammensetzung des verantwortlichen Gremiums siehe insbesondere Ruiz Muller, Farmer's Rights in Peru, S. 18.

³⁹⁰ De la Cruz/Szauer/López/Guinand, Elementos para la Protección Sui Generis des los Conocimientos Tradicionales Colectivos e Integrales desde la Perspectiva Indígena, S. 18.

³⁹¹ Taller de Capacitación de Facilitadores Indígenas.

³⁹² CAN, Estrategia Regional de Biodiversidad – Protección, Recuperación y Difusión de Conocimientos y Prácticas Tradicionales, S. 35.

³⁹³ CAN, Estrategia Regional de Biodiversidad – Protección, Recuperación y Difusión de Conocimientos y Prácticas Tradicionales, S. 35.

durchgeführt worden mit dem Ziel, die betreffenden Gemeinschaften über das Zugangsregime zu informieren und deren Belange in den Entwurf zur Umsetzung des Beschlusses 391 einzuarbeiten.³⁹⁴

Zu bemerken ist, dass der Beschluss 391 keine Definition des Begriffes „traditionelles Wissen“ enthält, sondern diesen vielmehr unter dem neu eingeführten Begriff des „immateriellen Vermögenswertes“ (*componente intangible*) subsumiert. Immaterielle Vermögenswerte werden definiert als jedes Wissen, jede Neuheit, jede individuelle oder kollektive Anwendungsweise mit einem realen oder potentiellen Wert, das im Zusammenhang mit genetischen Ressourcen, deren Derivaten oder der biologischen Ressource, die diese enthält, steht, und zwar unabhängig davon, ob dieses Wissen, diese Neuheit oder diese Anwendungsweise einem System geistigen Eigentumsschutzes bzw. gewerblichen Schutzrechten unterliegt.³⁹⁵ Hierdurch kommt zum Ausdruck, dass der Beschluss 391 traditionelles Wissen in seinen Anwendungsbereich einbezieht und dem Zugangsverfahren unterwirft, und zwar unabhängig davon, ob dieses Wissen der *Public Domain* angehört oder nicht. Es bezieht somit jegliches Wissen ein, unabhängig davon, ob es gewerblichen Schutzrechten unterliegt, und entfernt dadurch nicht geschütztes Wissen aus der *Public Domain*.³⁹⁶ Gegen diesen Ansatz könnte angeführt werden, dass indem jegliches geschütztes oder nicht geschütztes Wissen dem Zugangsverfahren unterworfen wird, die Gemeinfreiheit der *Public Domain* unterlaufen wird. Dies stünde der Förderung des Fortschritts und der Weiterentwicklung der Forschung entgegen.³⁹⁷ Der so definierte Begriff des immateriellen Vermögenswertes ist aber aus Sicht der indigenen Gemeinschaften zu begrüßen, weil hierdurch die Gemeinschaften auch dann durch Annexverträge gemäß Art. 35 Abs. 1 Beschluss 391 in das Zugangsverfahren einzubeziehen sind, wenn das von ihnen zur Verfügung gestellte Wissen der *Public Domain* zuzuordnen ist.

Die Beantragung der Nutzung von traditionellem Wissen erfolgt im Rahmen des Hauptverfahrens für den Zugang zu genetischen Ressourcen. Im Falle der Nutzung von traditionellem Wissen wird also kein zusätzliches und selbständiges (autonomes) Verfahren eingeleitet. Dieses Verfahren ist an das Hauptverfahren des Zugangs zu genetischen Ressourcen gekoppelt und kann nach der Systematik der gegebenen Regelungen nur mit diesem zusammen durchgeführt werden. Das bedeutet, dass der Antragsteller, der Zugang zu genetischen Ressourcen beantragt und das damit verbundene traditionelle Wissen nutzen möchte, insbesondere zu beachten hat,

³⁹⁴ Siehe hierzu unten unter B. II. 7.

³⁹⁵ Art. 1 Beschluss 391: „Componente Intangible: todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual.”

³⁹⁶ *Dutfield*, Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity, S. 109.

³⁹⁷ Siehe *Dutfield*, a.a.O., S. 109.

- dass es sich dabei um ein einheitliches Verfahren und nicht um zwei getrennte Zugangsverfahren handelt;
- dass sein Antrag auf Zugang zu genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen lautet (ein Antragsformular, siehe dazu Musterantrag im Annex zur Resolution 414 der Andengemeinschaft: „Solicitud de Acceso a Recursos Genéticos“);
- dass zu den Voraussetzungen für den Hauptantrag (Zugang zu genetischen Ressourcen) weitere besondere Voraussetzungen hinzukommen (z.B. Konsultation der indigenen bzw. lokalen Gemeinschaft, die Träger dieses Wissens ist).

Im Rahmen der Vorschriften über den Zugangsvertrag³⁹⁸ wird in Art. 34 und 35 Beschluss 391 besonders auf die Bedürfnisse der Träger traditionellen Wissens eingegangen. So bestimmt Art. 34 Beschluss 391, dass die Rechte und besonderen Interessen, insbesondere das Selbstbestimmungsrecht, der das traditionelle Wissen zur Verfügung stellenden Beteiligten gewahrt werden. Wie die Wahrung dieser Rechte zu erfolgen hat, obliegt nach der Systematik des Beschlusses den Mitgliedstaaten. Art. 35 Beschluss 391 legt ausdrücklich nur fest, dass im Falle einer Nutzung traditionellen Wissens ein fairer und gerechter Vorteilsausgleich durchzuführen ist. Er trifft weder eine Aussage über die Höhe und Kriterien der Angemessenheit der Beteiligung noch darüber, mit welchen Gruppierungen diese Vorteilsbeteiligung zu vereinbaren ist. Die konkrete Vereinbarung über einen Vorteilsausgleich ist in einen Anhang zum Zugangsvertrag (Annexvertrag)³⁹⁹ aufzunehmen. Grundsätzlich soll dieser Annexvertrag zwischen dem Wissensträger und dem Antragsteller auf Zugang geschlossen werden. Art. 35 beschränkt sich hierbei nur darauf, den Wissensträger als den Unterzeichner des Annexvertrages zu bezeichnen⁴⁰⁰ und nimmt keinen Bezug auf die Gemeinschaft als solche. Gemäß Art. 35 Abs. 2 Satz 2 Beschluss 391 kann dieser Annexvertrag stattdessen, wenn das nationale Recht es so vorsieht, mit der nationalen zuständigen Behörde geschlossen werden. Diese Regelung erscheint hinsichtlich der in Art. 7 Beschluss 391 niedergelegten Verpflichtung zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts der dort bezeichneten Gemeinschaften bedenklich, weil dies die Aussage in ihrer Wirkung relativiert und faktisch einer Umgehung gleichkommt. Bestehende Landrechte der durch den Beschluss 391 zu schützenden Gemeinschaften werden über den Abschluss eines akzessorischen Vertrages mit dem Antragsteller auf Zugang zu genetischen Ressourcen⁴⁰¹ und dem Eigentümer bzw. dem Verfügungsberechtigten berücksichtigt.⁴⁰²

Nach Art. 35 Abs. 3 Beschluss 391 führt ein Verstoß gegen die in diesem Anhang festgelegten Vereinbarungen zur Nichtigkeit des (Haupt-)Zugangsvertrages

³⁹⁸ Beschluss 391, Kapitel III „Del contrato de acceso“.

³⁹⁹ Siehe hierzu ausführlich oben unter A. IV. 3. e. (4).

⁴⁰⁰ Siehe Wortlaut des Art. 35 Abs. 2 S. 1 Beschluss 391.

⁴⁰¹ Partei des Zugangsvertrages.

⁴⁰² Art. 41 lit. a Beschluss 391.

auf genetische Ressourcen. Hinsichtlich des Selbstbestimmungsrechts bzw. des Rechts der Gemeinschaften, selbst über die Nutzung ihres traditionellen Wissens zu entscheiden, kann zudem gefolgert werden, dass der Beschluss 391 deren Konsultation vorsieht, hierfür aber keine konkreteren Regelungen trifft. Dem Anhang zur Resolution 414 ist aber zu entnehmen, dass dieser Konsultationsprozess schon vor Stellung des Antrages (*Solicitud de Acceso a Recursos Genéticos*) zumindest begonnen haben muss. Dies ergibt sich daraus, dass dem Antrag zumindest eine Zustimmungserklärung (sog. *Carta de Aceptación*)⁴⁰³ über die begehrte Nutzung des betreffenden traditionellen Wissens beizufügen ist. Die Zustimmung kann als bloße schriftliche Erklärung oder bereits als konkrete Vereinbarung erfolgen, ohne hierfür Anforderungen an den erforderlichen Inhalt zu stellen. Der Beschluss 391 trifft keine konkrete Regelung über die Art und Weise der Durchführung der Konsultation. Fest steht, dass sie erfolgen muss, da schon mit dem Antrag ein Nachweis bei der zuständigen nationalen Behörde eingereicht werden muss. Die national zuständige Behörde prüft den Antrag auf Vollständigkeit. Sollte dieser Nachweis fehlen, so ist der Antrag abzuweisen; alternativ kann dem Antragsteller eine Frist zur Nachholung gewährt werden.

Die nähere Ausgestaltung des Konsultationsprozesses obliegt nach der Systematik des Beschlusses demnach den Mitgliedstaaten.

VI. Der Beschluss 391 und die Frage des Eigentums am biologischen Material

Anders als die CBD trifft der Beschluss 391 eine Regelung hinsichtlich der Frage des Eigentums am biologischen Material einerseits und an den davon abgekoppelten genetischen und biochemischen Ressourcen andererseits. Der Beschluss 391 schafft ein neues Rechtsgut: das Rechtsgut der genetischen, biochemischen Ressourcen und der nichtgegenständlichen Komponente. Sie werden als neues Rechtsgut zum nationalen Gut bzw. Erbe erklärt und gelangen somit als Rechtsgut in die *Public Domain*. Dadurch können sie vergleichbar mit einer Bucht oder einem Berg nicht veräußert werden.⁴⁰⁴ Dadurch vollzieht der Beschluss eine Trennung des Eigentums am biologischen Trägermaterial von den davon abgekoppelten genetischen und biochemischen Ressourcen und der nichtgegenständlichen Komponente. Diese veränderte rechtliche Behandlung durch die Schaffung eines neuen Rechtsguts bei unveränderter Rechtslage hinsichtlich des biologischen Trägermaterials löst keine eigentums- bzw. verfügungsrechtlichen Schwierigkeiten bei privatrechtlichem Eigentum am Trägermaterial aus.⁴⁰⁵ Denn der Antragsteller muss mit dem Verfügungsberechtigten des Grundstücks einen Annexvertrag schließen, der inzidenter die Zustimmung zur Nutzung der Ressource enthält. Durch diese Konstruktion

⁴⁰³ Siehe Punkt VI des Anhangs zur Resolution 414: „[...] VI. Carta de aceptación en principio o contrato del proveedor [...] del componente intangible.“

⁴⁰⁴ Siehe dazu *Perez* in Mugabe et. al., a.a.O., S. 340 zum römischen Rechtskreis.

⁴⁰⁵ Dies ist insbesondere relevant bei landwirtschaftlichen Ressourcen, da Wildfauna und Wildflora zumeist im staatlichen Eigentum liegen.

wird die Enteignung hinsichtlich der Nutzungsbefugnis über die im biologischen Material enthaltene Ressource verhindert.

Durch die Konstruktion des Hauptvertrages zwischen dem Staat und dem Antragsteller und den weiteren Verträgen mit dem vom Zugang betroffenen Landeigentümer bzw. der nationalen Institution wird der Zugangsvorgang rechtlich aufgespalten. Der Staat gibt (die Befugnis zur Entscheidung über) den Zugang bei privatrechtlichem Eigentum am Trägermaterial nicht ab, sondern bindet diese Entscheidungsbefugnis in den Zugangsvertrag ein.

VII. Der Beschluss 391 und die Vorgaben der CBD

Im Hinblick auf die Einbeziehung von Derivaten und dem Einschluss von *Ex-situ*-Erhaltungen unterscheidet sich der Beschluss 391 von der CBD.

Das gemeinschaftliche System für den Zugang zu genetischen Ressourcen der Andengemeinschaft umfasst auch den Zugang zu Derivaten. Anders als die CBD erweitert damit der Beschluss 391 den staatlichen Verfügungsanspruch, da diese Erweiterung über den definierten Gegenstandsbereich des staatlichen Verfügungsrechts der CBD hinausgeht. Art. 1 Beschluss 391 definiert Derivate als ein Molekül oder eine Verbindung oder Mischung von natürlichen Molekülen, einbegriffen Rohextrakte von lebenden oder toten Organismen biologischen Ursprungs, die dem Stoffwechsel lebender Organismen entstammen.⁴⁰⁶ Damit bezieht sich der Verfügungsanspruch nicht mehr nur auf das biologische Material mit Erbeigenschaften, sondern auch auf die daraus gewonnenen oder abgeleiteten Derivate.⁴⁰⁷ Anders als Derivate sind synthetische Produkte⁴⁰⁸ das Ergebnis aus einem künstlichen Prozess. Demnach ist als Derivat zum Beispiel jede pflanzliche Rezeptur einzustufen. Ein synthetisches Produkt ist demgegenüber eine pharmazeutische, im Rahmen eines künstlichen Prozesses erzeugte Mischung, die eine natürliche Verbindung als Basis

⁴⁰⁶ Art. 1 Beschluss 391: “Producto Derivado: molécula, combinación o mezcla de moléculas naturales, incluyendo extractos crudos de organismos vivos o muertos de origen biológico, provenientes del metabolismo de seres vivos.”

⁴⁰⁷ Siehe hierzu auch *Wolfrum/Klepper/Stoll/Franck*, Genetische Ressourcen, traditionelles Wissen und geistiges Eigentum im Rahmen des Übereinkommens über die biologische Vielfalt, S. 94; *Meyer* in: *Wolfrum/Stoll* (Hrsg.), European Workshop on Genetic Resources Issues and Related Aspects, S. 123 (127); *Dutfield*, a.a.O., S. 108.

⁴⁰⁸ Ein synthetisches Produkt ist eine Substanz, die im Rahmen eines künstlichen Prozesses mit genetischer Information oder anderen biologischen Molekülen als Ausgangspunkt entwickelt wird. Inbegriffen sind halb verarbeitete Extrakte und Substanzen, die durch die Transformation eines Derivates mittels eines künstlichen Prozesses gewonnen werden. Art. 1 Beschluss 391: “PRODUCTO SINTETIZADO: substancia obtenida por medio de un proceso artificial a partir de la información genética o de otras moléculas biológicas. Incluye los extractos semiprosesados y las sustancias obtenidas a través de la transformación de un producto derivado por medio de un proceso artificial (hemisíntesis).”

hat.⁴⁰⁹ Diese Differenzierung ist von Bedeutung, weil im Rahmen des Entstehungsprozesses des Beschlusses 391 erwogen wurde, auch synthetische Produkte in den Anwendungsbereich des Zugangsverfahrens einzubeziehen, wobei hiervon Abstand genommen wurde. Neben den praktischen Problemen bei der Überwachung synthetischer Produkte ist schon zu bezweifeln, ob den Herkunftsländern souveräne Rechte über synthetische Produkte zustehen könnten.⁴¹⁰ Problematisch hierbei ist, dass selbst wenn das synthetische Produkt auf genetische Ressourcen eines bestimmten Herkunftslandes basiert, dieses nicht notwendigerweise im Zuständigkeitsbereich dieses Mitgliedstaates entwickelt wird.⁴¹¹

Der Beschluss 391 versteht unter dem Begriff des Ursprungslandes nicht nur das Land, das die genetischen Ressourcen unter *In-situ*-Bedingungen besitzt (Art. 1 Beschluss 391)⁴¹². Vielmehr umfasst der Begriff grundsätzlich auch das Land der *Ex-situ*-Erhaltung.⁴¹³ So umfasst der Zugangsbegriff im Sinne des Beschlusses 391 die Beschaffung und Verwendung genetischer Ressourcen unter *In-situ*- und *Ex-situ*-Bedingungen.⁴¹⁴ Dementsprechend erstreckt sich das gemeinschaftliche Zugangsverfahren auch auf solche genetische Ressourcen, die sich in *Ex-situ*-Einrichtungen befinden. Zu diesen Einrichtungen zählen insbesondere das Internationale Kartoffelforschungszentrum (CIP) in Lima, Peru, das Internationale Zentrum für Tropische Landwirtschaft (CIAT) in Cali, Kolumbien und sämtliche Botanischen Gärten. Der Begriff des Ursprungslandes wird aber eingeschränkt dadurch, dass die gegenwärtig unter *Ex-situ*-Bedingungen verwahrten genetischen Ressourcen zuvor unter *In-situ*-Bedingungen gediehen sind. Durch diese Ausnahme wird klargestellt, dass das gemeinschaftliche Zugangsregime nur auf solche Ressourcen der *Ex-situ*-Erhaltung Anwendung findet, die sich zuvor schon einmal unter *In-situ*-Bedingungen im Territorium eines Mitgliedstaates befunden haben.⁴¹⁵ Demnach fallen Ressourcen

⁴⁰⁹ Vgl. hierzu *Dutfield*, Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge, S. 144; *Seiler/Dutfield*, Regulating Access and Benefit Sharing, Dok. UNEP/CBD/WG-ABS/1?INF/4 vom 4. Oktober 2002, S. 70.

⁴¹⁰ *Ruiz Muller* in: Mugabe et al. (Hrsg.), Access to Genetic Resources, S. 187 (191).

⁴¹¹ *Ruiz Muller* in: Mugabe et al. (Hrsg.), Access to Genetic Resources, S. 187 (191 f.).

⁴¹² Art. 1 Beschluss 391: "País de origen del Recurso Genético: país que posee los recursos genéticos en condiciones in situ, incluyendo aquellos que habiendo estado en dichas condiciones, se encuentran en condiciones ex situ."

⁴¹³ Siehe hierzu die 1. Übergangsvorschrift des Beschlusses 391, die den unrechtmäßigen Besitz von genetischen Ressourcen zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens regelt. Wer danach zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Beschlusses unrechtmäßig und mit Zugangsabsicht genetische Ressourcen besitzt, muss diesen Zugang mit der zuständigen Behörde aushandeln.

⁴¹⁴ Art. 1 Beschluss 391: "ACCESO: obtención y utilización de los recursos genéticos conservados en condiciones ex situ e in situ, de sus productos derivados o, de ser el caso, de sus componentes intangibles, con fines de investigación, prospección biológica, conservación, aplicación industrial o aprovechamiento comercial, entre otros."

⁴¹⁵ Siehe hierzu ausführlich *Ruiz Muller*, Los Centros Internacionales de Investigación Agrícola y los Posibles Impactos de la Normativa y Política de Acceso a Recursos Genéticos, S. 7 f.

aus Drittstaaten, die derzeit in den Einrichtungen verwahrt werden, nicht in dem Anwendungsbereich des gemeinschaftlichen Zugangsregimes.

VIII. Das Sanktionssystem des Beschlusses 391 bei Nichtbeachtung der Zugangsvorschriften

Anders als die CBD trifft der Beschluss 391 Regelungen im Hinblick auf die Sanktionierung der Missachtung bzw. Nichtbeachtung der Zugangsvorschriften.

1. *Verwaltungsrechtliche Sanktionen*

Der Beschluss 391 sieht einerseits die Ahndung sämtlicher Zugangsaktivitäten vor, die ohne die entsprechenden (behördlichen) Genehmigungen durchgeführt worden sind. Geahndet werden auch sämtliche Transaktionen, die genetische Ressourcen, synthetische Produkte und immaterielle Vermögenswerte zum Gegenstand haben, die aber ohne die erforderlichen (Zugangs-)Verträge vorgenommen worden sind (Art. 46 Beschluss 391).⁴¹⁶ Der Beschluss 391 trifft dabei eine Differenzierung zwischen einerseits verwaltungsrechtlichen Sanktionen, die durch die zuständige Behörde als direkte Folge der Verletzungshandlung auferlegt werden können, und andererseits indirekte Sanktionen in der Gestalt von Versagung gewerblicher Schutzrechte.⁴¹⁷ Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen richten sich nach den nationalen Bestimmungen der Mitgliedstaaten und bestehen insbesondere aus Geldbußen, präventiver und defensiver Beschlagnahme, temporärer oder endgültiger Schließung von Betrieben und die Abweisung weiterer Zugangsanträge des Verletzers. Verwaltungsrechtliche Sanktionen ergehen ungeachtet einer Aufhebung des

⁴¹⁶ Art. 46 Beschluss 391:

“Será sancionada toda persona que realice actividades de acceso sin contar con la respectiva autorización.

Asimismo, será sancionada toda persona que realice transacciones relativas a productos derivados o sintetizados de tales recursos genéticos o al componente intangible asociado, que no se encuentren amparadas por los correspondientes contratos, suscritos de conformidad con las disposiciones de esta Decisión.”

⁴¹⁷ 2. Ergänzungsvorschrift Beschluss 391:

“Los Países Miembros no reconocerán derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre recursos genéticos, productos derivados o sintetizados y componentes intangibles asociados, obtenidos o desarrollados a partir de una actividad de acceso que no cumpla con las disposiciones de esta Decisión.

Adicionalmente, el País Miembro afectado podrá solicitar la nulidad e interponer las acciones que fueren del caso en los países que hubieren conferido derechos u otorgado títulos de protección.”

Zugangsvertrages, eventueller Entschädigungszahlungen sowie anderer zivilrechtlicher oder strafrechtlicher Folgen.⁴¹⁸

2. *Versagung von gewerblichen Schutzrechten*

Das Sanktionssystem bei Missachtung von Zugangsvorschriften der Andengemeinschaft umfasst auch die Versagung gewerblicher Schutzrechte. Gemäß der 2. Ergänzungsvorschrift des Beschlusses 391 ist es den Mitgliedstaaten untersagt, gewerbliche Schutzrechte an genetischen Ressourcen, Derivaten, synthetisierten Produkten oder immateriellen Vermögenswerten anzuerkennen, sofern diese durch eine Zugangsaktivität entgegen den Bestimmungen des Beschlusses 391 erlangt worden sind. Schutzrechtsanmeldungen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, werden zurückgewiesen und erteilte Schutzrechte sind nun mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet und können gelöscht werden. Gleichzeitig wird bestimmt, dass der durch die Erteilung eines gewerblichen Schutzrechts in einem anderen (Mitglied-) Staat in seinen Interessen verletzter Mitgliedstaat, ein Nichtigkeitsverfahren nach den Regeln des verletzenden Staates anstrengen kann.⁴¹⁹ Demnach wird nach Maßgabe der jeweiligen nationalen Gesetzgebung der Mitgliedstaat, aus dem das verwendete genetische Material stammt, ermächtigt, ein Nichtigkeitsverfahren gegen im Ausland erteilte geistige Schutzrechte einzuleiten. Diesen Grundsätzen folgend und entsprechend der 3. Ergänzungsvorschrift des Beschlusses 391 müssen die nationalen Patentämter vor Erteilung des Schutzrechts vom Antragsteller die Registernummer des Zugangsvertrages und eine Kopie desselben verlangen, wenn sie zumindest vernünftige Anhaltspunkte für die Annahme haben, dass die Gegenstände, für die ein gewerbliches Schutzrecht beantragt wird, auf genetische

⁴¹⁸ Art. 47 Beschluss 391:

“La Autoridad Nacional Competente, de conformidad con el procedimiento previsto en su propia legislación interna, podrá aplicar sanciones administrativas, tales como multa, decomiso preventivo o definitivo, cierre temporal o definitivo de establecimientos e inhabilitación del infractor para solicitar nuevos accesos en casos de infracción al presente Régimen.

Tales sanciones se aplicarán sin perjuicio de la suspensión, cancelación o nulidad del acceso, del pago de las reparaciones por los daños y perjuicios que se irroguen, incluidos los causados a la diversidad biológica, y de las sanciones civiles y penales, que eventualmente correspondan.”

⁴¹⁹ Die 2. Ergänzungsvorschrift lautet:

“Los Países Miembros no reconocerán derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre recursos genéticos, productos derivados o sintetizados y componentes intangibles asociados, obtenidos o desarrollados a partir de una actividad de acceso que no cumpla con las disposiciones de esta Decisión.

Adicionalmente, el País Miembro afectado podrá solicitar la nulidad e interponer las acciones que fueren del caso en los países que hubieren conferido derechos u otorgado títulos de protección.”

Ressourcen oder auf deren Derivate basieren.⁴²⁰ Um dieses Ziel zu unterstützen, soll eine gute Kommunikation zwischen den zuständigen nationalen Behörden der Mitgliedstaaten durch ein Informationssystem hergestellt werden, 3. Übergangsvorschrift Abs. 2 Beschluss 391.

Aus dem Wortlaut der 2. Ergänzungsvorschrift geht nicht eindeutig hervor, in welchen konkreten Fällen eine die Entstehung eines geistigen Schutzrechts hindern- de Verletzung des Beschlusses 391 anzunehmen ist.⁴²¹ Die 2. Ergänzungsvorschrift besagt nur, dass es sich dabei um geistige Schutzrechte handelt, die auf genetischen Ressourcen, deren Derivaten oder synthetisierten Produkten oder traditionellem Wissen basieren, die wiederum durch eine Zugangsaktivität erlangt oder entwickelt worden sind, die nicht den Bestimmungen des Beschlusses 391 erfüllt. Da der Wortlaut von Zugangsaktivitäten spricht, dürfte dabei die Verletzung sämtlicher Bestimmungen gemeint sein, die mit dem Zugang zu diesen Ressourcen im Zusammenhang stehen. Eine solche Konstellation wäre im Fall eines bereits von Anfang an fehlenden oder auch eines materiell rechtswidrigen Zugangsvertrages sowie bei einem für nichtig erklärten Zugangsvertrag denkbar.

Dies dürfte ohne Zweifel dann anzunehmen sein, wenn genetische Ressourcen, damit verbundenes traditionelles Wissen sowie die weiteren geschützten Ressourcen ohne Abschluss eines Zugangsvertrages oder nach dessen erfolgter Nichtigkeits- erklärung für die Entwicklung eines durch gewerbliche Schutzrechte zu schützenden Ergebnis verwendet wurden. In solchen Fällen hat sich der Anmelder eines gewerblichen Schutzrechtes (z.B. eines Patents) vor der Inanspruchnahme der genetischen Ressourcen, derer Derivate, synthetischer Produkte oder des damit verbundenen traditionellen Wissens entweder fahrlässig oder vorsätzlich über bestehende Zugangsbeschränkungen hinweggesetzt und das geltende Zugangsregime des Beschlusses 391 entweder fahrlässig oder vorsätzlich nicht befolgt. Gleiches gilt für die Fälle, in denen ein gewerbliches Schutzrecht angemeldet werden soll, obwohl der Zugangsvertrag⁴²² zu einem früheren Zeitpunkt für nichtig erklärt worden ist.

⁴²⁰ Die 3. Ergänzungsvorschrift lautet:

“Las oficinas nacionales competentes en materia de Propiedad Intelectual exigirán al solicitante la indicación del número del registro del contrato de acceso y copia del mismo, como requisito previo para la concesión del respectivo derecho, cuando tengan certeza o indicios razonables de que los productos o procesos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen.

La Autoridad Nacional Competente y las Oficinas Nacionales Competentes en Propiedad Intelectual establecerán sistemas de intercambio de información sobre los contratos de acceso autorizados y derechos de propiedad intelectual concedidos.”

⁴²¹ Zu dieser Problematik siehe auch *Markowski*, a.a.O., S. 141 f.

⁴²² Die Nichtigkeitserklärung kann gemäß Art. 39 oder Art. 35 Abs. 5 Beschluss 391 auch auf die Verletzung des Annexvertrages zum (Haupt-)Zugangsvertrag beruhen, der die ausdrückliche Vereinbarung mit der betreffenden indigenen Gemeinschaft über die gerechte Teilung der Vorteile, die aus der Nutzung des zur Verfügung gestellten Wissens resultieren, betrifft.

Unklar ist aber die Rechtslage in den Konstellationen in denen zwar ein gültiger Zugangsvertrag vorliegt, dieser materiell rechtswidrig ist oder der Anmelder des geistigen Schutzrechtes seine Verpflichtungen aus dem Zugangsvertrag nicht nachkommt. Der Wortlaut der 2. Ergänzungsvorschrift besagt, dass es nur auf die Verletzung der Bestimmungen des Beschlusses 391 im Hinblick auf Zugangsaktivitäten ankommt. Damit würden grundsätzlich auch diese Fälle von der 2. Übergangsbestimmung umfasst werden, so dass an sich ein Schutzhindernis anzunehmen wäre und kein gewerbliches Schutzrecht erteilt werden dürfte. Diese Auslegung würde aber voraussetzen, dass den nationalen Patentämtern sowohl eine materielle Prüfungskompetenz als auch eine faktische Verwerfungskompetenz über die registrierten Zugangsverträge zukommt. Eine solche Prüfungs- und Verwerfungskompetenz ist aus dem Beschluss 391 allerdings nicht herzuleiten. Vielmehr weist der Beschluss 391 ausdrücklich (nur) der national zuständigen Behörde die Kompetenz zu jeglicher Modifizierung des Zugangsvertrages bis hin zu seiner Aufhebung entsprechend den Bestimmungen des Zugangsvertrages, des Beschlusses oder der nationalen Rechtsordnung der Mitgliedstaaten zu, Art. 50 g) Beschluss 391.⁴²³ Zudem obliegt es der national zuständigen Behörde, über die Einhaltung der Verpflichtungen des Zugangsvertrages zu wachen, Art. 50 i) Beschluss 391. Nach diesen Bestimmungen ist somit gemäß dem Beschluss 391 nur die national zuständige Behörde befugt, ein Nichtigkeitsverfahren gegen rechtswidrige Zugangsverträge einzuleiten. Sollten zudem sowohl die national zuständige Behörde für ABS-Fragen als auch die national zuständigen Behörden für die Erteilung von gewerblichen Schutzrechten zugleich für die Überprüfung und Verwerfung von Zugangsverträgen nach dem Beschluss 391 zuständig sein, würde dies die Gefahr widersprechender Entscheidungen mit der Konsequenz erheblicher Rechtsunsicherheit mit sich bringen. Eine solche Kompetenzverteilung kann nicht erwünscht sein. Aus diesen Gründen ist nur die national zuständige Behörde nach dem Beschluss 391 allein zuständig für die Überprüfung der Zugangsverträge. Im Rahmen z.B. der Entscheidung über eine Patentanmeldung muss demnach das betreffende nationale Patentamt an die Rechtswirkungen eines bestehenden Zugangsvertrages gebunden sein. Demnach ist die 2. Ergänzungsvorschrift dahingehend auszulegen, dass ein Patenthindernis nur im Fall eines fehlenden oder eines für nichtig erklärten Zugangsvertrages angenommen werden kann. In den Fällen, in denen das Patentamt trotz eines Zugangsvertrages berechnete Zweifel an dessen materielle Wirksamkeit hat, könnte es die national zuständige Behörde anrufen und das laufende Erteilungsverfahren bis zur endgültigen Entscheidung über die Wirksamkeit und Gültigkeit des Zugangsvertrages durch diese Behörde aussetzen.⁴²⁴ Diese Handlungsweise könnte durch den durch die 3. Ergänzungsvorschrift Abs. 3 Beschluss 391 vorgesehenen Daten-

⁴²³ Art. 50 g) Beschluss 391 lautet: "Modificar, suspender, resolver o rescindir los contratos de acceso y disponer la cancelación de los mismos, según sea el caso, conforme a los términos de dichos contratos, a esta Decisión y a la legislación de los Países Miembros; [...]"

⁴²⁴ Zu diesem Vorschlag siehe auch *Markowski*, a.a.O., S. 142.

austausch zwischen der Zugangsbehörde und dem Patentamt unterstützt werden. Diese Vorgehensweise würde aber voraussetzen, dass die nationalen Verfahrensordnungen eine solche Aussetzungsmöglichkeit vorsehen.

Die Andengemeinschaft hat als einzige regionale Organisation ihre rechtlichen Regelungen zum Zugang zu genetischen Ressourcen (Beschluss 391) mit ihren Regelungen zum gewerblichen Rechtsschutz (Beschluss 486) explizit miteinander verbunden. Beide Beschlüsse führen einen Sanktionsmechanismus ein, zu dessen Inhalt wird nachstehend auf die Ausführungen im 4. Teil, C. V. sowie im 5. Teil, A. 3., b. verwiesen.⁴²⁵ Zu der Frage der Schaffung eines potentiellen Patenthindernisses durch die Verknüpfung von Zugangsregelungen mit Aspekten des Patentrechts im Hinblick auf die Konformität mit dem TRIPs-Abkommen siehe unten den 4. Teil der Arbeit.

IX. Zusammenfassung und Bewertung

Der Beschluss 391 von 1996 nebst den zugehörigen Resolutionen ist bei einer Antragstellung auf die Nutzung von genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen in den Mitgliedstaaten der Andengemeinschaft aufgrund seiner unmittelbaren Geltung zu beachten. Dabei dient der Musterantrag im Annex der Resolution 414 als Anleitung für die Formulierung des Zugangsantrages. Aus diesem Musterantrag ergeben sich insbesondere die Mindestvoraussetzungen an einen Zugangsantrag gemäß dem Beschluss 391.⁴²⁶ Ebenfalls ist der Musterzugangsvertrag der Resolution 415 bei der Festlegung der Vertragsbestimmungen heranzuziehen.

Hauptziel des Beschlusses 391 ist die Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen in den Mitgliedstaaten der Andengemeinschaft.⁴²⁷ Im Falle des Zugangs zu traditionellem Wissen ist dieses Hauptverfahren um eine weitere Voraussetzung – der (vorherigen informierten) Konsultation der betreffenden indigenen oder lokalen Gemeinschaft – ergänzt worden, ohne allerdings ihre nähere Ausgestaltung zu regeln. Diese obliegt den Mitgliedstaaten.

Im Ergebnis stellt die Verabschiedung des Beschlusses 391 einen ersten Schritt dar, die biologische Vielfalt in der Andenregion zu erhalten, nachhaltig zu nutzen und die Teilhabe des Ressourcengeberstaates an den Vorteilen ihrer Verwertung zu gewährleisten. Der Beschluss ist kurz nach Inkrafttreten der CBD entstanden, und zwar als das Thema Biopiraterie sehr intensiv und kontrovers von international agierenden Nichtregierungsorganisationen diskutiert wurde.⁴²⁸ Der Beschluss 391 hatte den nationalen oder internationalen Forscher vor Augen, der mit ausländi-

⁴²⁵ Zum Beschluss 486 der Andengemeinschaft siehe 4. Teil, C. V. und 5. Teil, A. II. 3. b.

⁴²⁶ Siehe dazu insbesondere die Anforderungen an die Angaben zum Projektvorschlag.

⁴²⁷ Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos.

⁴²⁸ Zur Entstehungsgeschichte und Motivation für den Erlass des Beschlusses 391 siehe *Caillaux, Jorge, Ruiz, Manuel, Tobin, Brendan*, *El Régimen Andino de Acceso a los Recursos Genéticos. Lecciones y Experiencias*, Lima 1999.

schen Finanzierungsmitteln in die Andenregion kommt, um genetische Ressourcen und mit diesen Ressourcen verbundenes traditionelles Wissen zu nutzen, mit dem Ziel, diese in seinem Heimatland ohne Beteiligung des Herkunftslandes und der lokalen indigenen Gemeinschaften zu verwerten, insbesondere über die Anmeldung von Patenten für (biotechnologische) Erfindungen, die auf genetischen Ressourcen basieren. Hieraus lässt sich der schützende und den Zugang sehr restriktiv regelnde Charakter des Beschlusses 391 erklären.

Zusammen mit dem Exekutivdekret Nr. 247 der Philippinen war der Beschluss 391 eines der ersten Regelwerke weltweit, der versucht hat, die CBD-Prinzipien zu ABS umzusetzen. Jedoch hat sich auch seit dem Inkrafttreten des Beschlusses 391 durch die praktischen Umsetzungsschwierigkeiten der Mitgliedstaaten gezeigt, dass der Beschluss stark reformbedürftig ist.⁴²⁹ Das Verfahren zur Erlangung des Zugangsrechts ist kompliziert⁴³⁰ und teilweise umständlich gestaltet. Der Beschluss 391 zeigt zahlreiche inhaltliche Aspekte auf, die seine Umsetzung erschweren: Der Zugangsbegriff ist sehr weit auszulegen, da er auf jede Aktivität (Forschung, Nutzung, Erhalt etc.) anzuwenden ist, die ein Zugreifen auf genetische Ressourcen bedeutet. Hierbei entstehen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung und Anwendung auf biologische Ressourcen (z.B. Samen), die zugleich als genetische Ressourcen genutzt werden können. Schwierigkeiten bereitet auch die rechtliche Zuordnung genetischer Ressourcen. Diese sind dem Staat zugeordnet, wobei auf biologische Ressourcen Individualrechte gewährt werden können. Dadurch kann ein Gegenstand verschiedenen Rechten bzw. Verfügungsrechten unterliegen. Weiterhin werden durch den Beschluss 391 mehrere unterschiedliche Vertragsarten eingefügt, die die Umsetzung nicht erleichtern: Zugangsverträge (*contratos de acceso*), akzessorische Verträge (*contratos accesorios*), Rahmenverträge (*contrato marco*), Hinterlegung (*Depósito*) etc. Der Antragsteller muss zahlreiche Anforderungen erfüllen, die eine sehr zeit- und kostenintensive Vorbereitungsphase allein zur Erfüllung der Antragsvoraussetzungen gemäß Art. 26 Beschluss 391 erforderlich macht. So kann zum Beispiel parallel zum Hauptzugangsvertrag der Abschluss zahlreicher akzessorischer Verträge mit unterschiedlichen Parteien erforderlich sein, deren Ansätze bzw. Anbahnungsphase schon bei Antragstellung vorliegen und zum Teil nachgewiesen werden muss. Ein Beispiel dafür ist die dem Antrag beizufügende *Carta de Aceptación*, die zumindest Aussicht auf eine potentielle Einigung über die Nutzung traditionellen

⁴²⁹ Seit Inkrafttreten des Beschlusses 391 sind zahlreiche Studien zu der Effektivität seiner Umsetzung in den Mitgliedstaaten geschrieben worden. Gemein ist diesen Studien, dass alle auf die Schwierigkeiten der Umsetzung hinweisen, siehe u.a. *Instituto Nacional Autónomo de Investigaciones Agropecuarias*, Estado de los Recursos Fitogenéticos para la Agricultura y la Alimentación en Ecuador, Gobierno Nacional de la República del Ecuador. Quito, Ecuador, 2008 oder *González Sánchez, Patricia, Duque, Sandra*, Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos: Biodiversidad y Separación de sus Componentes Tangibles e Intangibles. Investigación presentada al Comité para el Desarrollo de la Investigación de la Universidad de Antioquía. Abril de 2010. Colombia.

⁴³⁰ Siehe auch *Astudillo Gómez*, La Protección Legal de las Invenciones, S. 479.

Wissens und Vorteilsteilhabe zwischen dem Wissensträger und dem Antragsteller auf Zugang zu genetischen Ressourcen nachweisen soll. Zudem sind auf Seiten des Ressourcengeberstaates im Rahmen des Zugangsverfahrens und später im Rahmen der vereinbarten Nutzung der genetischen Ressource zahlreiche Stellen einzubeziehen und zu beteiligen (z.B. nationale Institutionen, Forschungseinrichtungen etc.). Der Beschluss gibt nur Rahmenbestimmungen über die zu beteiligenden Stellen an, das Weitere richtet sich nach dem innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten. Sämtliche Kosten des Verfahrens hat der Zugangsuchende zu tragen, wobei diese sich nach dem jeweiligen Recht der Mitgliedstaaten richtet. Zudem stellt der weite Anwendungsbereich des Beschlusses 391 eine Herausforderung sowohl für die nationale zuständige Behörde als auch für den potentiellen Antragsteller auf Nutzung der genetischen Ressourcen dar. Gemäß dem Wortlaut des Beschlusses 391, insbesondere seiner Zugangsdefinition, muss jedes Projekt unabhängig von seiner Zielrichtung (z.B. reine wissenschaftliche Forschungsprojekte ohne Gewinnerzielungsabsicht, Pflanzenzüchtungen) das Zugangsverfahren durchlaufen. Da dieses einen großen Zeitverlust, hohen bürokratischen Aufwand und Rechtsunsicherheit bedeuten kann, könnten sich diese Umstände als eine Hemmung insbesondere auch für die nationale Forschung und Wirtschaft erweisen.

Das Instrument des Zugangsvertrages ist gegenüber der Zugangsgewährung durch Verwaltungsakt grundsätzlich zu begrüßen, weil hierdurch auf bestimmte geographische Eigenarten des Projektgebietes sowie kulturelle oder sonstige Besonderheiten und Interessen der Beteiligten eingegangen werden kann. Dem steht aber gegenüber, dass unter Umständen eine Einigung nicht erfolgt, der Aufwand für und die Dauer der Verhandlungen bis zum Abschluss des Vertrages nicht genau abzuschätzen sind, dadurch eine klare und zuverlässige Kostenplanung nicht vorgenommen werden kann und somit die Gefahr einer Kostensteigerung nicht beseitigt werden kann. Zudem erweist es sich als sehr schwierig, bereits in der Antragsphase den potentiellen wirtschaftlichen Wert der zu nutzenden genetischen Ressourcen zu ermitteln, welcher von Relevanz für den vertraglich zu vereinbarenden Vorteilsausgleich ist.

Die Formulierung klarer und praktisch handbarer Zugangskriterien könnte Rechtssicherheit schaffen und die Kalkulationsmöglichkeiten im Hinblick auf Zeitaufwand, allgemeine Risikobewertung des Vorhabens und Kosteneinschätzung effektiv erleichtern.

Hinsichtlich des Schutzes traditionellen Wissens und seiner Einbeziehung in das Zugangsverfahren sind die Entwicklungen in der Andengemeinschaft noch reformbedürftig. Der Beschluss 391 trägt dem Schutz traditionellen Wissens noch nicht ausreichend Rechnung. Er geht zwar implizit vom kollektiven Charakter des traditionellen Wissens aus, in dem er dieses traditionelle Wissen den indigenen, lokalen und afroamerikanischen Gemeinschaften zuschreibt und damit das kollektive Element dieses Wissens anzuerkennen scheint. Dagegen stellen aber die Regelungen über den Transfer dieser Kenntnisse nicht auf die Gemeinschaft bzw. auf das kollek-

tive Element, sondern auf den Wissensträger als eine Person ab.⁴³¹ In diesem Kontext ist auch die Definition des Wissensträgers, der dieses Wissen zur Verfügung stellt, im Katalog des Art. 1 Beschluss 391 zu verstehen. Er wird als eine Person definiert, die durch den Zugangsvertrag und im Rahmen des Beschlusses 391 sowie der für dessen Umsetzung ergänzend erlassenen nationalen Gesetzgebung ermächtigt ist, immaterielle Vermögenswerte zu liefern.⁴³² Um dem in Art. 7 festgehaltenen Schutz traditionellen Wissens ausreichend Rechnung zu tragen, hätte in die Definition des Wissensträgers das kollektive Element des traditionellen Wissens einfließen sollen. Der Wissensträger hätte zum Beispiel auch als juristische Person definiert werden können, wodurch Gemeinschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit einbezogen würden. Er hätte auch als ein von der oder den Gemeinschaften benannter Vertreter bezeichnet werden können.⁴³³ Weiterhin besteht für die betreffenden Gemeinschaften die Herausforderung, eine solche anerkannte Rechtspersönlichkeit herauszuarbeiten und diese im jeweiligen nationalen (Rechts-)System anerkennen zu lassen.

In der achten Übergangsvorschrift des Beschlusses 391 wird den Mitgliedstaaten aufgetragen, Studien über den nationalen Schutz traditionellen Wissens einzureichen. Diese nationalen Studien sollen später in die Erarbeitung einer Gemeinschaftsregelung für einen weitreichenden Schutz traditionellen Wissens in der Subregion einfließen. Hierfür obliegt es dem Generalsekretariat, einen auf diese Studien beruhenden entsprechenden Gesetzentwurf zu erarbeiten, der im Einklang mit den wesentlichen Prinzipien des Art. 7 Beschluss 391, der Konvention 169 der ILO und der CBD stehen soll. Bislang sind die Mitgliedstaaten der Verpflichtung zur Erstellung nationaler Lageberichte nicht nachgekommen, und Bestrebungen für einen harmonisierten Schutz auf Gemeinschaftsebene haben bisher zu keinem konkreten Ergebnis geführt.

Der Beschluss 391 hat durch die Einbeziehung von Derivaten und grundsätzlich auch von Ressourcen unter *Ex-situ*-Bedingungen einen weiteren Anwendungsbereich als die CBD.⁴³⁴ Ferner trifft der Beschluss keine Differenzierung zwischen der Art des Verwendungszwecks und des Zugangs zu den Ressourcen. Das bedeutet, dass auch rein wissenschaftliche Forschungsprojekte ohne gewerbliche Anwendungsabsichten sowie Züchtungsverfahren mit heimischem Pflanzenmaterial das gemeinschaftliche Zugangsverfahren durchlaufen müssen.

Der Beschluss 391 regelt wie die CBD positiv den Zugang zu genetischen Ressourcen und die Vorteilsteilhabe aus deren Nutzung. Er bezieht den Schutz traditionellen Wissens in das Zugangsverfahren ein, ordnet ihn aber diesem unter. Der Fall

⁴³¹ Vgl. hierfür auch Art. 26 b, Art. 35 Abs. 2 S. 1 Beschluss 391.

⁴³² Art. 1 Beschluss 391: "Proveedor del Componente Intangible: persona que a través del contrato de acceso y en el marco de esta Decisión y de la legislación nacional complementaria está facultada para proveer el componente intangible asociado al recurso genético o sus productos derivados."

⁴³³ CAN, Estrategia Regional de Biodiversidad – Protección, Recuperación y Difusión de Conocimientos y Prácticas Tradicionales, S. 34.

⁴³⁴ Art. 3 Beschluss 391.

der konventions-/beschlusswidrigen Erlangung genetischer Ressourcen und/oder damit verbundenen traditionellen Wissen wird von dem Beschluss 391 ebenfalls nicht ausdrücklich geregelt.

Diese Ausführungen zeigen, dass eine Vielzahl von zum Teil unklaren Normen zu einer Überregulierung, Inflexibilität und fehlender Transparenz des Verfahrens führen kann, die sich international als Wettbewerbsnachteil für die Region auswirken kann. Umständliche, unüberschaubare, restriktive und kostenintensive Zugangsverfahren können insbesondere ausländische Investoren dazu bringen, ihre Forschungsprojekte in andere Länder mit flexibleren Zugangsregelungen zu verlegen. Die Lage ist für einheimische Inverstoren oder reine Forschungsinstitutionen nicht anders zu beurteilen und kann auf längere Sicht zu einer negativen, hemmenden Beeinflussung der einheimischen Wirtschaft und Forschung führen. In der Praxis hat der Beschluss 391 aus- und inländische Zugangsbestrebungen eher zum Stillstand gebracht als sie gefördert.⁴³⁵ ABS-Vereinbarungen unter dem Regime des Beschlusses 391 sind bis dato nicht zustande gekommen. Das komplizierte Zugangsverfahren hat so entgegen den mit ihm verbundenen Erwartungen zudem zu einer Minderung von nationalen als auch internationalen Forschungs- und Arterhaltungsprojekten geführt.⁴³⁶ Für die tatsächliche Effektivität der Ziele des Beschlusses 391 wird somit auch die Art und Weise der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten in nationales Recht eine große Rolle spielen. Voraussetzung hierfür ist aber bereits das Vorliegen eines gemeinschaftlichen Regimes, das Anreize zur Kooperation zwischen den einzelnen Beteiligten schafft.⁴³⁷ Hier ist zu bemerken, dass der Beschluss 391 den Mitgliedstaaten aufgrund seines sehr stark reglementierenden Charakters sehr wenig Gestaltungsspielraum lässt. Gemäß der Normenhierarchie in der Andengemeinschaft können die Staaten von den wesentlichen Elementen des Beschlusses 391 nicht abweichen. Grundsätzliche Änderungen in der Struktur des Regelungswerkes und damit zum Beispiel grundsätzliche Veränderungen des durch diesen Beschluss aufgestellten Ablaufes des Zugangsverfahrens können nur über eine Anpassung des Beschlusses 391, also durch einen neuen Beschluss, vorgenommen werden.

B. Regelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten

Die fünfte Übergangsvorschrift des Beschlusses 391 verpflichtete die Mitgliedstaaten bis spätestens 1997 die für die Umsetzung dieses Beschlusses zuständige nationale Behörde zu benennen. Diese Frist wird von der Kommission der Anden-

⁴³⁵ Hassemer, in: *Lewinski* (Hrsg.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, S. 192

⁴³⁶ *Gandarillas*, *The Impact of International Genetic Policy on Developing Countries*, 2002, abrufbar unter http://pgrc3.agr.gc.ca/ecpmgr/app/2003_B.html#app14.

⁴³⁷ *Ruiz Muller*, in: *Mugabe et al.* (Hrsg.), *Access to Genetic Resources*, S. 187 (193).

gemeinschaft weiterhin regelmäßig verlängert, weil die Mitgliedstaaten bisher den Beschluss nicht zufriedenstellend umgesetzt haben. Bei der Umsetzung dürfen die Mitgliedstaaten den im Beschluss gesetzten Standard nicht untergraben.⁴³⁸ Zudem haben sie zu berücksichtigen, dass die regionalen Interessen Vorrang vor den nationalen haben. Widerspricht das nationale Recht dem Gemeinschaftsrecht, so genießt Letzteres einen Anwendungsvorrang.⁴³⁹ Diese Grundsätze machen die Berücksichtigung und Förderung spezifischer nationaler Bedürfnisse und Interessen zu keiner leichten Aufgabe.⁴⁴⁰

Im Folgenden werden die bisherigen Entwicklungen bei der Umsetzung des Beschlusses 391 durch die Mitgliedstaaten dargestellt.

I. Der Zugang zu genetischen Ressourcen in Bolivien

Die Grundsätze der Biodiversitätspolitik in Bolivien sind in der *Estrategia Nacional de Biodiversidad*⁴⁴¹ (Nationale Strategie für die Biodiversität, im folgenden Biodiversitätsstrategie) festgelegt worden. Bolivien ist, obwohl es über die zweitgrößten Erdgasvorkommen auf dem Subkontinent verfügt, das ärmste Land der Andenregion. Aufgrund der hohen Vielfalt an Ökosystemen,⁴⁴² ist das Land reich an biologischer Vielfalt,⁴⁴³ die neben dem Lebensunterhalt für die lokale Bevölkerung insbesondere als Rohstoffe eine sehr große Rolle in der Herstellung von Medikamenten,⁴⁴⁴ Zierpflanzen und sonstigen Artikeln des alltäglichen Gemeindegebrauchs spielt.⁴⁴⁵ Die Frage der Erhaltung der biologischen Vielfalt wurde in Bolivien erst in den 1990er

⁴³⁸ Siehe oben unter A. I. 2. Glowka, RECIEL Vol. 6 1997, S. 249 (250).

⁴³⁹ Siehe oben unter A. I. 2.

⁴⁴⁰ Siehe hierzu auch *Dutfield*, Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge, S. 148.

⁴⁴¹ *Ministerio de Desarrollo Sostenible y Planificación*, 2000, *Estrategia Nacional de Conservación y Uso Sostenible de la Biodiversidad y Plan de Acción*.

⁴⁴² Das tropisch-heiße Tiefland, das sich vom östlichen Bergland bis an die Grenzen zu Paraguay und Brasilien erstreckt und aus den trockenen Savannen des Gran Chaco und den tropischen Regenwaldgebieten Amazoniens gebildet wird, ist der flächenmäßig größte Teil Boliviens. Siehe *Ministerio de Desarrollo Sostenible y Planificación, Viceministerio de Desarrollo sostenible y Medio Ambiente (Bolivia) et al.*, Informe Nacional para la conferencia Técnica Internacional de la FAO sobre los Recursos Fitogenéticos, 1995, S. 7 f.

⁴⁴³ Bolivien beherbergt schätzungsweise 4.000 Pflanzen mit medizinischen Wirkstoffen, wobei allerdings viele davon vom Aussterben bedroht sind. Siehe hierzu *Rodrigo Vargas*, Protección Legal a los Conocimientos Tradicionales de los Pueblos Indígenas, S. 59.

⁴⁴⁴ *Evo Morales*, der amtierende Präsident Boliviens, trat im Wahlkampf 2006 mit dem Wahlversprechen an, eine Koka-Industrie zu etablieren, um die kommerzielle Nutzung der Koka-Pflanze zu fördern, insbesondere für die Herstellung medizinischer Produkte. Hierdurch sollte insbesondere der Export dieser Produkte gesteigert werden. Siehe unter anderem hierzu www.tagesschau.de, Bericht vom 18. Juni 2006: Morales legt Grundstein für Koka-Industrie.

⁴⁴⁵ *CAN*, *Estrategia Regional de Biodiversidad – Acceso a Recursos Genéticos*, S. 13.

Jahren ernsthaft aufgegriffen und geht auf die Initiative der Zivilgemeinschaft zurück.⁴⁴⁶

Die Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen und des damit verbundene traditionelle Wissen in Bolivien werden im Folgenden in Hinblick auf Abweichungen zum Beschluss 391 dargestellt.

1. Rechtlicher und institutioneller Rahmen

Nach der bolivianischen Biodiversitätsstrategie besteht der rechtliche Rahmen für die Regelung des Zuganges zu genetischen Ressourcen aus der CBD und dem Beschluss 391 der Andengemeinschaft. Der Beschluss 391 ist auf nationaler Ebene durch das Dekret Nr. 24676 vom 21. Juni 1997 zum Zugang zu genetischen Ressourcen (*Decreto Supremo* No. 24676, *Reglamento de Acceso a Recursos Genéticos*), umgesetzt worden.⁴⁴⁷ Trotz des komplexen Themas dauerte der Entwurfsprozess insgesamt nur neun Monate, in denen auf nationaler Ebene vier Konferenzen durchgeführt und zudem die Erkenntnisse aus vorherigen Arbeitsgruppen berücksichtigt wurden. Das Dekret entstand somit in einem zeitaufwendigen Austausch mit verschiedenen Regierungsinstitutionen und der Zivilgesellschaft, wobei auch die Indianervereinigung CIDOB mit einbezogen wurde.⁴⁴⁸ Zudem sind für die Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen das Umweltgesetz 1333 (*Ley de Medio Ambiente*)⁴⁴⁹ und seine vier Satzungen (*Reglamentos*) maßgebend. Die Biodiversitätsstrategie enthält weiterhin für den Verwaltungs- und Regelungsbereich der genetischen Ressourcen aus dem Agrarbereich (*agrobiodiversidad*) sich überschneidende Kompetenzen zwischen dem Landwirtschaftsministerium (*Ministerio de Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural*) und dem Ministerium für Nachhaltige Entwicklung und Planung (*Ministerio de Desarrollo Sostenible y Planificación*, seit 2009 Ministerium für Umwelt und Wasser, *Ministerio del Ambiente y Agua*). Letzteres Ministerium ist durch seine Generaldirektion für Biodiversität (*Dirección General de Biodiversidad y Áreas Protegidas*) für die Verwaltung der genetischen Ressourcen grundsätzlich zuständig. Sie ist damit zuständig für die Zugangsgewährung und den Anschluss von Zugangsverträgen über genetische Ressourcen. Die Generaldirektion für Biodiversität ist dem *Vice Ministerio de Medio Ambiente*

⁴⁴⁶ *Ministerio de Desarrollo Sostenible y Planificación*, Implementación del Convenio sobre Biodiversidad Biológica – Primer Informe Nacional de Bolivia, 1997, S. 2.

⁴⁴⁷ *Decreto supremo* 24676, “Reglamento de la Decisión 391 sobre un Régimen Común sobre Acceso a Recursos Genéticos”: vom Ministerrat erlassen. Die Veröffentlichung erfolgte am 04. August 1997. Text abgedruckt in: Lapeña/Ruíz, Acceso a Recursos Genéticos, Propuestas e Instrumentos Jurídicos, S. 197–212.

⁴⁴⁸ Lapeña/Ruíz, Acceso a Recursos Genéticos, Propuestas e Instrumentos Jurídicos, S. 196.

⁴⁴⁹ *Ley 1333 de Medio Ambiente*, Gesetz 1333 vom 27. März 1992.

y *Cambios Climáticos* unterstellt, welches wiederum dem Ministerium für Umwelt und Wasser nachgeordnet ist.⁴⁵⁰

Das Dekret Nr. 24676 zum Zugang zu genetischen Ressourcen benennt das Ministerium für Nachhaltige Entwicklung und Planung (*Ministerio de Desarrollo Sostenible y Planificación*, seit 2009 *Ministerio del Ambiente y Agua*, Ministerium für Umwelt und Wasser)⁴⁵¹ als zuständige Behörde. Dieser wird durch den Staatssekretär für Natürliche Ressourcen, Umwelt und Forstwirtschaft,⁴⁵² der dem heutigen Ministerium für Nachhaltige Entwicklung und Planung unterstellt ist, vertreten.⁴⁵³ Zudem schafft das Dekret ein neues technisches Beratungsorgan (*Cuerpo de Asesoramiento Técnico*, CAT) mit der Aufgabe, die zuständige Behörde zu beraten und dieser ihre technische Unterstützung zur Verfügung zu stellen.⁴⁵⁴ Das Gremium ist für die Evaluierung und Beurteilung der Anträge sowie für die Verfassung des technischen Gutachtens der Anträge zuständig. Es setzt sich zusammen aus Vertretern aus vier Abteilungen (*Viceministerios*) und zwar aus dem *Vice Ministerio* für Umwelt, natürliche Ressourcen, Forstwirtschaft (*Medio Ambiente, Recursos Naturales y Desarrollo Forestal*); Landwirtschaft und Viehzucht (*Agricultura y Ganadería*); Indigene Angelegenheiten und Ursprungsvölker (*Asuntos Indígenas y Pueblos originarios*); einen Vertreter des Ministeriums für Industrie und Wirtschaft (*Ministerio de Industria y Comercio*) und einen Vertreter aus dem Universitätssektor. In das Beratungsgremium werden je nach Bedarf auch anerkannte Wissenschaftler und Vertreter aus spezialisierten Institutionen eingeladen.

2. Verfahrensablauf für den Zugang zu genetischen Ressourcen

Das Zugangsverfahren, angelehnt an den Beschluss 391, besteht zunächst aus zwei Phasen: (1) die Evaluierung des Antrages und (2) die Verhandlung (*negociación*) und Ausarbeitung (*elaboración*) des Zugangsvertrages.

⁴⁵⁰ Siehe *Decreto Supremo* Nr. 27732 vom 15. September 2004 und *Drecreto Supremo* Nr. 28225 vom 1. Juli 2005.

⁴⁵¹ Art. 4 *Decreto* No. 24676. Früher hieß das Ministerium „Ministerium für Nachhaltige Entwicklung und Umwelt“ (*Ministerio de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente*). Zu den Kompetenzen des Ministeriums siehe *Readecuaciones al Reglamento de la Ley de Organización del Poder Ejecutivo* (LOPE), DS N° 27732, 15 de septiembre de 2004. Das Ministerium ist im Jahre 2009 erneut umgestellt und neu benannt worden, siehe *Decreto Supremo* 163 vom 10. Juni 2009. In der Folgezeit sind die Kompetenzen dieses Ministeriums teilweise erweitert worden, siehe u.a. *Decreto Supremo* 442 vom 10. März 2010. Im Wesentlichen ist die vorher vorhandene Organisationsstruktur und Zuständigkeitsregelung in Bezug auf die Verwaltung genetischer und biologischer Ressourcen beibehalten worden.

⁴⁵² Zu den Kompetenzen des Staatssekretärs siehe Art. 5 *Decreto* No. 24676.

⁴⁵³ *Autoridad Nacional Competente*, zuständige nationale Behörde nach Art. 1, Begriffsbestimmung Nr. 2 in der spanischen Textfassung des Beschlusses 391.

⁴⁵⁴ Zum CAT siehe Art. 7 bis Art. 14 *Decreto* No. 24676.

a. Der Antrag

Der Antrag⁴⁵⁵ wird durch ein gemäß den Angaben des Dekretes ausgefülltes Antragsformular gestellt.⁴⁵⁶ Dem Antrag sind sämtliche erforderlichen juristischen und technischen Unterlagen und Dokumente beizufügen. Das Dekret verweist hinsichtlich der zu machenden Angaben auf Art. 17 des Beschlusses 391 und ergänzt diese in seinem Art. 15 durch weitere Anforderungen wie die Hinzuziehung einer bolivianischen Einrichtung bei jeder Forschungsmaßnahme mit dem erlangten genetischen Material.⁴⁵⁷ Zudem ist der bolivianische Staat an allen Vorteilen wirtschaftlicher, technologischer oder anderer Art angemessen zu beteiligen, die aus dem Zugang zu genetischen Ressourcen erwachsen. Gleiches gilt für die indigenen oder bäuerlichen Gemeinschaften, die als Wissensträger den mit den genetischen Ressourcen verbundenen immateriellen Vermögenswert (das traditionelle Wissen)⁴⁵⁸ zur Verfügung stellen.⁴⁵⁹ Die Art und Weise ihrer Beteiligung ist unmittelbar mit den betreffenden Einrichtungen bzw. Gemeinschaften auszuhandeln, wobei sich der bolivianische Staat als Nutznießer verpflichtet, die erzielten Einnahmen ausnahmslos in die Erhaltung, nachhaltige Nutzung und Entwicklung der genetischen Ressourcen einzubringen.⁴⁶⁰ Sofern sich die begehrten Ressourcen einem Schutzgebiet, einer *Ex-situ*-Einrichtung oder in einem von Indigenen bewohnten Gebiet befinden, müssen in Anlehnung an den Beschluss 391⁴⁶¹ mit dem Direktor der Einrichtung bzw. mit der betreffenden Indianerorganisation ein Zusatzvertrag ausgehandelt und geschlossen werden.⁴⁶² Der Antrag hat die rechtliche Wirkung einer eidesstattlichen Versicherung.⁴⁶³

b. Die Evaluierung

Im Rahmen dieser Phase wird der Antrag nebst Anlagen zunächst registriert⁴⁶⁴ und unter Berücksichtigung eines möglichen Antrages auf Geheimhaltung⁴⁶⁵ veröffentlicht.⁴⁶⁶ Anschließend wird der Antrag vom *Cuerpo de Asesoramiento Técnico* begutachtet und über dessen Annahme entschieden, die durch die Verfassung eines

⁴⁵⁵ Siehe zum Inhalt des Antrages und dem Antragstellungsverfahren die Art. 15, 16, 17, 18 *Decreto* No. 24676.

⁴⁵⁶ Art. 15 *Decreto* No. 24676.

⁴⁵⁷ Art. 15 Nr.1 *Decreto* No. 24676.

⁴⁵⁸ Das Dekret No. 24676 verwendet hierbei dieselben Begrifflichkeiten wie der Beschluss 391 der Andengemeinschaft.

⁴⁵⁹ Art. 15 Nr. 2, S. 1 und S. 2 *Decreto* No. 24676.

⁴⁶⁰ Art. 40 *Decreto* No. 24676.

⁴⁶¹ Vgl. Art. 41 Beschluss 391.

⁴⁶² Art. 30, 32, 35 Dekret No. 24676.

⁴⁶³ Im Übrigen gelten auch hier die Bestimmung des Beschlusses 391.

⁴⁶⁴ Art. 21 *Decreto* No. 24676.

⁴⁶⁵ Zur Geheimhaltungsvereinbarung siehe Art. 19 *Decreto* No. 24676.

⁴⁶⁶ Siehe Art. 22 *Decreto* No. 24676.

technischen Gutachtens (*Dictamen Técnico*) zur Weiterleitung an die zuständige Behörde erfolgt.⁴⁶⁷ Der Antragsteller wird über das negative oder positive Ergebnis informiert.⁴⁶⁸

c. Der Vertrag

Bei Annahme des Antrages wird das Verfahren durch die zuständige Behörde in die Verhandlungsphase des Vertrages übergeleitet.⁴⁶⁹ Besondere Bedeutung erlangen im Rahmen der Verhandlung die Punkte, welche den Vorteilsausgleich und seine Ausgestaltung, die Bestimmung der Rechtsinhaberschaft von geistigen Eigentumsrechten⁴⁷⁰ und die Bedingungen für die Kommerzialisierung der Ergebnisse betreffen. Sollte ein Zugangsvertrag nebst akzessorischen Verträgen zustande kommen, wird dies durch Resolution bekannt gegeben. Die Resolution sowie eine kurze Zusammenfassung des Vertrages werden dann zum Abschluss des Verfahrens veröffentlicht.

Festzuhalten ist noch, dass sämtliche Kosten für die Antragstellung, die Evaluierung und Veröffentlichung des Antrages der Antragsteller zu tragen hat.⁴⁷¹

3. Die Berücksichtigung des traditionellen Wissens

Bolivien zeichnet sich dadurch aus, dass mehr als die Hälfte seiner Bevölkerung indigenen Ursprungs ist, wobei es insgesamt 37 unterschiedliche Volksgruppen gibt.⁴⁷² Dabei gehören die meisten Indigenen entweder den *Quechua* oder den *Aymara* an. Seit der Reform der bolivianischen Verfassung im Jahr 1994 erkennt die Verfassung ausdrücklich in ihrem Art. 1 die multiethnischen und plurikulturellen Gesellschaftsstrukturen des Landes an. Besondere Bedeutung erhält Art. 303 der bolivianischen Verfassung, der die sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Rechte der indigenen Gemeinschaften anerkennt und ihnen den Status einer juristischen Person sowie gewisse Selbstverwaltungsrechte verleiht. Durch den Status einer juristischen Person erlangen die Gemeinschaften Rechtsfähigkeit und können somit als Kollektiv Träger von Rechten und Pflichten sein.⁴⁷³

⁴⁶⁷ Zur Begutachtung des Antrages siehe Art. 24, 25 *Decreto* No. 24676.

⁴⁶⁸ Art. 26 *Decreto* No. 24676.

⁴⁶⁹ Art. 36, 37 *Decreto* No. 24676.

⁴⁷⁰ Für die Regelung der Eigentumsrechte soll auf die *Ley INRA* zurückgegriffen werden, die bestimmte Arten von geistigen Eigentumstiteln festlegt.

⁴⁷¹ Art. 29 *Decreto* No. 24676.

⁴⁷² *CAN*, Estrategia Regional de Biodiversidad – Protección, Recuperación y Difusión de Conocimientos y Prácticas Tradicionales, 2001, S. 16.

⁴⁷³ Zum Eintragungsverfahren für indigene Gemeinschaften siehe Art. 5 *Ley de Participación Popular*, Gesetz 1551 vom 20. April 1994. Siehe hierzu auch *Munoz Pereyra*, in: *Twarog/Kapoor* (Hrsg.), *Protecting and Promoting Traditional Knowledge*, S. 217 (218).

Das Zugangsverfahren erfolgt auch im Hinblick auf das traditionelle Wissen entsprechend den Bedingungen des Beschlusses 391 und ergänzend nach den Bestimmungen des Dekrets No. 24676. Das Dekret greift das einzige ausdrückliche Gebot des Beschlusses 391 im Hinblick auf das traditionelle Wissen im Kontext des Zugangsverfahrens auf: Sollte das Projektgebiet auf Territorien⁴⁷⁴ durchgeführt werden, die lokalen Gemeinschaften zugewiesen worden sind, so sind die Vorteile aus der Nutzung der genetischen Ressourcen und des damit verbundenen traditionellen Wissens mit dem Staat und diese Gemeinschaften angemessen zu teilen. Art und Weise der angemessenen Beteiligung wird auch hier nicht näher geregelt. Ein eigenes *Sui-generis*-Schutzsystem für traditionelles Wissen ist bisher nicht entwickelt worden. Die bolivianischen Indianerorganisationen verlangen kontinuierlich, bei staatlichen Entscheidungen zu diesem Thema verstärkt und effektiver einbezogen zu werden.⁴⁷⁵ Nach zähen Bemühungen ist im Jahre 1998 eine Kooperationsvereinbarung zwischen Repräsentanten der Regierung, der Zivilgemeinschaft sowie indigenen und ländlichen Organisationen unterschrieben worden.⁴⁷⁶ Wichtiger Bestandteil dieser Kooperationsvereinbarung war die Erstellung einer nationalen Studie, auf deren Grundlage ein andiner Regelungsvorschlag für den Schutz traditionellen Wissens entworfen werden sollte. Die in der Auswertung der für die Studie durchgeführten Arbeitssitzungen gemachten Vorschläge aus dem Jahr 2002 sind bisher nicht umgesetzt worden.⁴⁷⁷

4. Zusammenfassung und Bewertung

Bolivien war der Staat in der Andenregion, welcher als erster und zudem fristgemäß den Beschluss 391 umgesetzt hat. Dabei ist das gemeinschaftliche Zugangsregime funktional und ohne größere Abweichungen in das nationale Recht übertragen worden. Zu bemerken ist hier, dass die akzessorischen Verträge bereits mit der Anmeldung eingereicht werden müssen. Bolivien hat versucht, seine komplexen Zugangsregelungen seit 1997 in die Praxis umzusetzen. Zahlreiche Anträge sind

⁴⁷⁴ Erst durch das Gesetz zur Agrarreform 1996 (*Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria*, Gesetz 1715 vom 18. Mai 1996) ist ein System kollektiven Eigentums im Hinblick auf die indigenen Gebiete eingeführt worden, wobei bis heute nur ca. 30% des in Frage kommenden Landes umverteilt werden konnte. Zum Begriff dieser Gemeinschaftsgebiete siehe Art. 41 Abs. 1 Nr. 4 der *Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria*. *Evo Morales* plant eine weiterführende Agrarreform, wodurch 20 Millionen Hektar an Landlose übertragen werden sollen. Gegebenenfalls soll dabei das Instrument der Enteignung angewandt werden, sofern Ländereien von den Großgrundbesitzern nicht ausreichend bestellt werden. Siehe hierzu www.tagesschau.de 4. Juni 2006: „Morales verteilt Land an arme Indio-Bauern“.

⁴⁷⁵ UNEP, Dok. UNEP/CBD/WG8J/3/INF/10 vom 30. September 2003, S. 72.

⁴⁷⁶ Siehe hierzu *Ruiz Muller*, *Protección Sui Generis de Conocimientos Indígenas en la Amazonía*, S. 70.

⁴⁷⁷ „Diagnóstico sobre la protección de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad en Bolivia“, hierzu UNEP, Dok. UNEP/CBD/WG8J/3/INF/10 vom 30. September 2003, S. 72.

aber aufgrund der Verfahrenserfordernisse gescheitert.⁴⁷⁸ Am 23. März 2004 ist der erste Zugangsvertrag über genetische Ressourcen unter den Zugangsregelungen Boliviens zwischen dem bolivianischen Staat und dem schweizerischen MIGROS-Genossenschaftsbund geschlossen worden. Durch den Zugangsvertrag erteilt die bolivianische Regierung MIGROS die Nutzungsrechte über fünf bolivianische Kartoffelsorten zunächst für die Dauer von zehn Jahren. Hinter dem Vertrag steht SECO, das schweizerische Sekretariat für Wirtschaft. Damit ist es zum ersten Mal einer schweizerischen Firma gelungen, auf der Basis der Konvention über die biologische Vielfalt offiziell Zugang zu Ressourcen in einem Entwicklungsland zu erlangen. Teil der komplexen Vereinbarung ist, dass MIGROS auf der Grundlage der jährlichen Verkäufe, eine Kommission an die bolivianischen Institutionen und Kartoffelbauern für die Nutzungsrechte zu zahlen hat.⁴⁷⁹

Hervorzuheben ist der durch die bolivianische Verfassung verliehene Status einer juristischen Person für indigene Gemeinschaften, da sie damit als Kollektiv bzw. als Wissensträger im Sinne des Beschlusses 391 und des Dekrets No. 24676 Vertragspartner der Annexverträge über den gerechten Vorteilsausgleichs im Hinblick auf die Nutzung des von ihnen zur Verfügung gestellte traditionelle Wissen sein können.

Das *Viceministerio de Medio Ambiente y Cambio Climático* arbeitet an einer Überarbeitung des nationalen ABS-Regimes, die auf die Anforderungen der bolivianischen Verfassung von 2009 Bezug nimmt, welche Regelung zu ABS und dem Schutz traditionellen Wissens enthält. So enthält die Verfassung, z.B. in Art. 42 eine Verpflichtung des Staates, traditionelle Medizin zu schützen und die dafür erforderlichen Maßnahmen, z.B. die Registrierung von traditionellen Arzneien zu sicherzustellen und den Schutz dieses Wissens in Gestalt von geistigem Eigentumsrecht zu ermöglichen. Gleiches gilt für den Schutz von traditionellem, kulturellem Wissen, siehe Art. 100; 101; 303 II. Nr. 3 der bolivianischen Verfassung. Das bolivianische ABS-System lässt noch sehr viele Fragen offen, wie zum Beispiel: klare Zuständigkeitsregelungen zwischen dem *Vice Ministerio de Medio Ambiente*, welches für ABS zuständig ist und dem *Instituto Nacional de Investigación Agraria* (INIAF), welches zuständig für genetische Ressourcen im Bereich Landwirtschaft ist. Ferner ist nicht klar geregelt, wie die Nutzung genetischer Ressourcen überwacht werden soll, welche Behörden grundsätzlich zuständig ist und welche weiteren zu beteiligen sind. Eine große Herausforderung für die Umsetzung der bestehenden ABS-Regelungen ist weiterhin die noch fehlende personelle Kapazität der Entscheidungsträger sowohl auf staatlicher Ebene wie auch bei den indigenen Gemeinschaften. Unklar ist

⁴⁷⁸ Vgl. ausführlich zu Erfahrungen mit den bolivianischen ABS-Regulierungen *Ibisch*, Access and benefit-sharing regulations in Bolivia: consequences for research and biodiversity conservation, in: *Feit/von den Driesch/Lobin* (Hrsg.), Access and Benefit-Sharing of Genetic Resources, 2005, S. 65 (insbesondere S. 68 ff.).

⁴⁷⁹ Nähere Informationen sind auf der Internetseite des Staatssekretariats für Wirtschaft unter der Rubrik „Handelsförderungsprogramm mit Bolivien – das Kartoffelprojekt“ zu erhalten: http://www.cooperacion-suiza.admin.ch/bolivia/ressources/resource_en_24556.pdf.

ferner, welche Rolle einzuführende Register für (kollektives) traditionelles Wissen unterschiedlicher Art haben sollen und wie diese Register funktionieren sollen. Ferner besteht noch keine klare Verwaltungspraxis in Bezug auf die Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen mit und ohne Kommerzialisierungsabsicht.

II. Der Zugang zu genetischen Ressourcen in Ecuador

Sowohl die CBD als auch der Beschluss 391 sind geltendes Recht in Ecuador. Neben diesen internationalen und regionalen Regelungen gibt es in Ecuador zahlreiche Gesetze und Verordnungen, die für den Zugang zu biologischen und genetischen Ressourcen je nach Einzelfall, Projektgebiet, Zugangsart, Zugangstätigkeit oder Projektvorhaben maßgeblich werden können. Ecuador hat am 3. Oktober 2011⁴⁸⁰ den nachfolgend unter II. 3. behandelten Entwurf einer Verordnung zur Umsetzung des Beschlusses 391 (*Reglamento Nacional al Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos en Aplicación a la Decisión 391 de la Comunidad Andina*, nachfolgend Verordnung) erlassen.⁴⁸¹

1. Rechtlicher und institutioneller Rahmen

In Ecuador ist das Umweltministerium für die Durchführung und Umsetzung der Umweltpolitik und für die Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen zuständig.

a. Die ecuadorianische Biodiversitätsstrategie und die Regelungsvorhaben

Die Grundsätze der von Ecuador verfolgten Biodiversitätspolitik sind in der „Política y Estrategia Nacional de Biodiversidad del Ecuador“⁴⁸² (im folgenden „Biodiversitätsstrategie“) festgelegt, die aber keine rechtliche Bindung hat.⁴⁸³

⁴⁸⁰ Zum Zwecke der Veröffentlichung ist die nachfolgende Analyse des bis zum Zeitpunkt des Beginns des Promotionsverfahrens und des Rigorosums noch nicht erlassenen Entwurfs punktuell in Bezug auf Abweichungen aktualisiert worden.

⁴⁸¹ Der Text der Verordnung *Reglamento Nacional al Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos en Aplicación a la Decisión 391 de la Comunidad Andina* kann abgerufen werden unter http://www.portalces.org/index.php?option=com_sobi2&sobi2Task=sobi2Details&sobi2Id=1210&Itemid=76.

⁴⁸² *Ministerio del Ambiente del Ecuador: Política y Estrategia Nacional de Biodiversidad del Ecuador 2001–2010*. Quito, Ministerio del Ambiente. Die Studien, die dem Ministerium im Rahmen der Vorbereitung seiner Biodiversitätspolitik zugänglich gemacht worden sind, sind in *Política y Estrategia de Biodiversidad* zusammengestellt, <http://www.ceda.org.ec/descargas/biblioteca/Politica%20y%20Estrategia%20Nacional%20de%20Biodiversidad%20Ecuador.pdf>.

⁴⁸³ Die wichtigsten Ziele sind unter anderem: (1) der Erhalt, der Schutz und die nachhaltige Nutzung der biologischen Vielfalt, (2) die Gewährleistung der Beteiligungsrechte von indigenen Gemeinschaften am Entscheidungsprozess für den Zugang und die Kontrolle von genetischen Ressourcen sowie (3) die Sicherstellung der Durchführung eines gerechten Vorteilsausgleiches

Die Biodiversitätsstrategie Ecuadors schlägt einen rechtlichen Rahmen⁴⁸⁴ vor, der insbesondere folgende gesetzliche Regelungen enthalten soll:

- (1) Gesetz für den Erhalt und die nachhaltige Nutzung der Biodiversität in Ecuador (*Ley Especial para la Conservación y el Uso Sostenible de la Biodiversidad en el Ecuador*),⁴⁸⁵
- (2) Gesetz für die nachhaltige forstliche Entwicklung Ecuadors nebst Verordnungen (*Ley Especial para el Desarrollo Forestal Sustentable en el Ecuador y sus respectivos Reglamentos*),
- (3) Ausführungsverordnung zum Umweltgesetz (*Reglamento General a la Ley de Gestión Ambiental*),
- (4) Hauptsatzung/Verordnungen zum nationalen System über die Evaluierung von Umweltbelastungen (*Reglamento General sobre el Sistema Nacional de Evaluación de Impactos Ambientales*),
- (5) Reform der Hauptsatzungen/Verordnungen betreffend der Regelung der Evaluierung von Umweltbelastungen im Ölsektor und im Bergbausektor,
- (6) Regelungsentwurf (Ausführungsverordnung) für die Umsetzung des Beschlusses 391 der Andengemeinschaft zum Zugang zu genetischen Ressourcen (*Reglamento a la Decisión 391 de la Comunidad Andina sobre el Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos*),
- (7) Gesetze und Satzungen zur Regelung von Kollektivrechten indigener Gemeinschaften und der afro-ecuadorianischen Bevölkerung in Bezug auf:
 - (kollektive) geistige Eigentumsrechte über traditionelles Wissen,
 - Kenntnis der Sachlage und darauf begründete Zustimmung zum Zugang zu biologischen Ressourcen
 und
 - Verteilung der Erträge.

b. Bereits bestehende Regelungen

In Ecuador bestehen bereits zahlreiche wichtige und einschlägige Umweltgesetze, u.a.

aus dem Erhalt und der Nutzung von genetischen Ressourcen, insbesondere für indigene Gemeinschaften. Die zweite und die vierte strategische Richtlinie (*líneas estratégicas*) greifen die Regelung der genetischen Ressourcen auf. Für die Umsetzung der Ziele wird die Formulierung, Billigung und Verkündung sowie Harmonisierung von gesetzlichen Bestimmungen vorgeschlagen.

⁴⁸⁴ *Ministerio del Ambiente del Ecuador: Política y Estrategia Nacional de Biodiversidad del Ecuador 2001–2010*. Quito, Ministerio del Ambiente.

⁴⁸⁵ Gesetzesentwurf *Ley para la Conservación y el Uso Sustentable de la Biodiversidad*, RO/ 559 de 19. April 2002. Dieses Gesetz soll u.a. das 1996 erlassene Gesetz zum Schutz der Biodiversität, *Ley que protege la Biodiversidad en el Ecuador*, RO/35 de 27. September 1996, ersetzen.

- das Umweltgesetz von 1999 (*Ley de Gestión Ambiental*),⁴⁸⁶
- das Gesetz zum Schutz der Biodiversität (*Ley que protege la Biodiversidad en el Ecuador*),⁴⁸⁷
- das Waldgesetz und gleichzeitig Gesetz für den Erhalt von Naturgebieten und Wildtieren (*Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre*),⁴⁸⁸
- das Gesetz zur Prävention und Überwachung von Umweltverschmutzung (*Ley de Prevención y Control de Contaminación Ambiental*).⁴⁸⁹

2. Überblick über den Verfahrensablauf für den Zugang zu genetischen Ressourcen nach nationalem Recht

Hinsichtlich des Zugangsverfahrens nach nationalem Recht ist zunächst festzustellen, dass in Ecuador zwischen dem Verfahren für den Zugang zu biologischen und dem Verfahren zu genetischen Ressourcen bis zum Erlass der Verordnung zur Umsetzung des Beschlusses 391 im Oktober 2011 zu unterscheiden war.

a. Der Zugang zu biologischen Ressourcen

In Ecuador richtete sich der Zugang zu biologischen Ressourcen hauptsächlich nach den Bestimmungen der *Ley de Gestión Ambiental* vom 23. Juli 1999⁴⁹⁰ und der *Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre* nebst Ausführungsverordnungen. Die Verordnung zur Umsetzung des Beschlusses 391 bezieht teilweise die Nutzung biologischer Ressourcen in ihren Anwendungsbereich ein. Gemäß Art. 2 der Verordnung zur Umsetzung des Beschlusses 391 sind die biologischen Ressourcen von ihrem Anwendungsbereich umfasst, die die zugangsrelevanten genetischen Ressourcen enthalten. Zudem fällt die Nutzung biologischer Ressourcen für Forschungszwecke ebenfalls in den Anwendungsbereich der Verordnung. In diesem Zusammenhang ist zwischen der Nutzung von biologischen Ressourcen auf Gebieten des Staates oder auf indigenen Gebieten zu differenzieren. Das letztgenannte Gesetz, *Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre*,

⁴⁸⁶ *Ley de Gestión Ambiental*, Ley No. 37, RO/245 vom 30. Juli 1999, Text abrufbar unter http://www.vertic.org/media/National%20Legislation/Ecuador/EC_Ley_de_Gestion_Ambiental.pdf.

⁴⁸⁷ *Ley que protege la Biodiversidad en el Ecuador*, RO/35 vom 27. September 1996.

⁴⁸⁸ *Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre*, Ley No. 74, RO/64 vom 24. August 1981. Reform des Gesetzes: Ley No. 91, *Ley Reformatoria de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre*, RO/495 vom 07. August 1990, *Ley de Gestión Ambiental* RO/245 vom 30. Juli 1999; Reform der Artikel 28, 81, 83, 89.

⁴⁸⁹ *Ley de Prevención y Control de Contaminación Ambiental*, Decreto Supremo No. 374, RO/97 vom 31. Mai 1976. Das Umweltgesetz (RO/245 de 30.07.1999) setzt einige Bestimmungen dieses Gesetzes außer Kraft.

⁴⁹⁰ *Ley de Gestión Ambiental* vom 23. Juli 1999, veröffentlicht im *Registro Oficial* Nr. 245 am 30. Juli 1999.

erkennt für indigene Gemeinschaften auf ihren Gebieten die freie Nutzung von biologischen Ressourcen für lokale, der Lebenserhaltung dienende Zwecke an. Hierfür ist die Genehmigung des Staates nicht erforderlich. Für kommerzielle Zwecke dagegen ist die staatliche Genehmigung für die Nutzung von biologischen Ressourcen immer notwendig, auch wenn diese sich auf indigenem Gebiet befinden.

Die zweite Allgemeine Schlussbestimmung der Verordnung legt allgemein fest, dass eine Genehmigung für die Nutzung biologischen Materials nicht zugleich eine Genehmigung für die darin enthaltenen genetischen Ressourcen bedeutet. Diese muss also gesondert beantragt werden.

Sollte dabei auch ein Zugang zu damit verbundenem traditionellen Wissen tangiert sein, sind auch hier insbesondere für Fragen der Konsultation und anderer betroffener Rechte der indigenen, afro-ecuadorianischen oder lokalen Gemeinschaften die relevanten Bestimmungen der ecuadorianischen Verfassung⁴⁹¹ und des ILO-Übereinkommens 169 zu berücksichtigen.⁴⁹²

b. Der Zugang zu genetischen Ressourcen

Die maßgeblichen Gesetze für den Zugang zu genetischen Ressourcen in Ecuador⁴⁹³ sind demnach derzeit⁴⁹⁴

- die ecuadorianische Verfassung von 2008,
- die CBD,
- auf subregionaler und nationaler Ebene aufgrund seiner unmittelbaren Geltung der Beschluss 391 der Andengemeinschaft⁴⁹⁵ nebst
- den Resolutionen 414⁴⁹⁶ und 415, die ein Muster eines Zugangsantrages und eines Zugangsvertrages enthalten,
- und die im Oktober 2011 erlassene Verordnung zur Umsetzung des Beschlusses 391.

Für Fragen der Beteiligung der indigenen, afro-ecuadorianischen oder lokalen Gemeinschaften im Rahmen des Zugangsverfahrens zu genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen sind hier ebenfalls die entsprechenden

⁴⁹¹ *Constitución Política de la República del Ecuador*, veröffentlicht im *Registro Oficial* Nr. 449 vom 20. Oktober 2001.

⁴⁹² Siehe dort Art. 6 Nr. 1 und Nr. 2, der über eine bloße Konsultation hinausgeht und eine vorherige informierte Zustimmung zu meinen scheint.

⁴⁹³ Daneben sind auch relevant die jeweiligen Gesetze für die Naturschutzgebiete, Regelungen für Forschungsgenehmigungen usw.

⁴⁹⁴ Stand 2010.

⁴⁹⁵ Text abrufbar unter <http://intranet.comunidadandina.org/documentos/Gacetas/gace217.pdf>.

⁴⁹⁶ Die Annahme der Resolution 414 der Andengemeinschaft erfolgte 1996: *Adopción del modo referencial de solicitud de acceso a recursos genéticos*, RO 52 vom 23. Oktober 1996.

Bestimmungen der ecuadorianischen Verfassung⁴⁹⁷ und des ILO-Übereinkommens 169 zu berücksichtigen.⁴⁹⁸

3. Die Verordnung zur Umsetzung des Beschlusses 391

Der Beschluss 391 hat unmittelbare Geltung und ist daher seit seiner Veröffentlichung geltendes Recht auch in Ecuador. Für seine Umsetzung ist im Oktober 2011 eine Verordnung erlassen worden. Damit richtet sich das Zugangsverfahren nach der aktuellen Gesetzeslage zum einen nach dem Beschluss 391,⁴⁹⁹ und zwar unabhängig davon, ob es sich um staatliche Gebiete oder um indigene Gebiete handelt. Für genetische Ressourcen hat allein der Staat das souveräne Verfügungsrecht.⁵⁰⁰ Die neue Verordnung füllt den für die Mitgliedstaaten – hier für Ecuador – durch den Beschluss 391 offen gelassenen Regelungsspielraum aus und ergänzt ihn.

Die Verordnung bestimmt in Art. 7 das Umweltministerium als nationale zuständige Behörde gemäß Art. 1 des Beschlusses 391 für den Bereich genetische Ressourcen. Die Befugnisse des Umweltministeriums sind in Art. 8 der Verordnung festgelegt. Unter anderem ist es für die Begutachtung und Entscheidung über die Zulässigkeit der Zugangsanträge sowie für die Verhandlung der Bedingungen und die Prüfung der Zugangsverträge zuständig. Zur Unterstützung der zuständigen Behörde im Zugangsverfahren benennt die Verordnung in Art. 9 die Ministerien, weitere Behörden und Institutionen, die unter Anleitung und Koordinierung durch das Umweltministerium zuständig sein sollen für die Begutachtung und Evaluierung der Zugangsanträge.⁵⁰¹

Grundsätzlich entspricht der Verfahrensablauf nach der Verordnung den im Beschluss 391 festgelegten Mindestanforderungen. Demnach ist für den Zugang zu genetischen Ressourcen ebenfalls die Stellung eines Antrags, dessen Evaluierung und bei positivem Bescheid die Unterzeichnung eines Zugangsvertrages nebst akzessorischen Verträgen Voraussetzung.

a. Der Antrag

Die in dem Antrag anzugebenden Informationen und beizufügenden Unterlagen sind in Art. 15 der Verordnung aufgezählt, der auf Art. 17 des Beschlusses 391 Bezug nimmt. Mit dem Antrag auf Zugang zu genetischen Ressourcen muss der Antragsteller als notwendige Voraussetzung ein Schreiben einreichen, in dem die Zustimmung bzw. Einverständniserklärung des Lieferanten und Verfügungs-

⁴⁹⁷ Siehe dazu ausführlich unten unter B. II. 4. d.

⁴⁹⁸ Siehe dazu ausführlich unten unter B. II. 4. e.

⁴⁹⁹ Siehe dazu auch das nicht veröffentlichte Gutachten von *Mónica Ribadeneira Sarmiento*: “El acceso a los Recursos Genéticos en el Ecuador” für das Projekt PROBenefit, 24. Mai 2005, S. 4.

⁵⁰⁰ Siehe dazu Art. 313 der ecuadorianischen Verfassung von 2008.

⁵⁰¹ Ihre Befugnisse und Zuständigkeiten sind in Art. 10 und 11 der Verordnung geregelt.

berechtigten über die genetischen Ressourcen bekundet wird (*Carta de Compromiso de Provisión del Recurso Genético*).⁵⁰²

Sollte neben dem Zugang zu genetischen Ressourcen auch der Zugang zu damit verbundenem traditionellen Wissen beantragt werden, so ist dem Antrag zudem ein Vorschlag zur Durchführung der vorherigen informierten Konsultation der indigenen, afro-ecuadorianischen oder lokalen Gemeinschaften (sog. *Consentimiento Fundamentado Previo*) im Projektgebiet beizufügen, Art. 20 der Verordnung. In Art. 20 der Verordnung werden die Mindestanforderung sowie das grundsätzliche Verfahren für die Erstellung des Konsultationsplanes zur Erlangung der vorherigen informierten Konsultation geregelt. Daraus können folgende Mindestangaben für den Konsultationsplan abgeleitet werden:

- Ziel des Konsultationsprozesses,
- Beschreibung des traditionellen Wissens (Angaben zum tatsächlichen und potentiellen Nutzen),
- Verzeichnis der betroffenen Gemeinschaften,
- Lokalisierung der betroffenen Gemeinschaften (geographische Angaben),
- Arbeitsmethode,
- Konsultationsmechanismen.

Wichtig ist hierbei, dass der Konsultationsplan unter Aufsicht der *Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana* (national agierende Behörde) zu erstellen und durchzuführen ist, wobei die Kosten vom Antragsteller zu tragen sind, Art. 20 Abs. 1 und 2 der Verordnung. Die vorgenannte Behörde ist eine der Institutionen, die gemäß Art. 9 für die Evaluierung der Anträge heranzuziehen ist. In ihre Zuständigkeit fällt gemäß Art. 11 Nr. 5 der Verordnung die Koordinierung der Kommunikation mit den lokalen Gemeinschaften und der Konsultationsprozess für den Zugang zu traditionellem Wissen über genetische Ressourcen.

Der Antrag nebst aller erforderlichen Unterlagen, insbesondere die Angaben zum Antragsteller, zum Projektantrag und die Versicherung an Eides statt bezüglich des Inhalts des Antrages ist in der Form des Art. 15 der Verordnung der zuständigen Behörde (Umweltministerium) einzureichen. Die Entscheidung über die Zulassung des Antrages erfolgt entsprechend den Bestimmungen des Art. 16-25 der Verordnung.

⁵⁰² Der Lieferant ist in diesem Fall in der Regel der Staat, vertreten durch die entsprechende zuständige Behörde.

b. Die Evaluierung

Bei Vorlage eines vollständigen Antrages und Projektvorschlags wird der Antrag in dem öffentlichen Register für Anträge zum Zugang zu genetischen Ressourcen (*Registro Público de Solicitudes de Acceso a los Recursos Genéticos*) eingetragen und eine entsprechende Akte angelegt.⁵⁰³

Bei Unvollständigkeit werden sämtliche Unterlagen an den Antragsteller zurückgesandt mit der Möglichkeit, innerhalb einer bestimmten Frist den Antrag zu vervollständigen, Art. 16 Abs. 2 der Verordnung (Art. 27 des Beschlusses 391).

Nach Eintragung des Antrages in das öffentliche Register (Art. 17 der Verordnung) erfolgt die Anordnung zur einmaligen Veröffentlichung einer Zusammenfassung des Antrages in einem allgemein zugänglichen nationalen und lokalen Kommunikationsmittel (z.B. Zeitung oder Radio), Art. 18 der Verordnung. Bei Zugang zu genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen hat diese Veröffentlichung ebenfalls in der Sprache der betreffenden Gemeinschaften zu erfolgen, Art. 18 Abs. 3, 4 der Verordnung. Zudem leitet die zuständige Behörde eine Kopie der gesamten Antragsunterlagen an die zuständigen Evaluierungsstellen⁵⁰⁴ weiter für die Abgabe ihrer Stellungnahme, die innerhalb einer bestimmten Frist gegenüber dem Umweltministerium abgegeben werden muss, Art. 21 des Regelungsentwurfes.

Das Umweltministerium wird seine Evaluierung und Entscheidung auf das technische Gutachten (*Dictamen Técnico*) der designierten evaluierenden Behörden,⁵⁰⁵ das rechtliche Gutachten (*Dictamen Legal*) seines Rechtsamtes,⁵⁰⁶ sowie auf eigene Besichtigungen des Projektgebietes und auf Informationen Dritter stützen, Art. 23, Art. 24 der Verordnung.

Ferner legt Art. 19 der Verordnung fest, dass das Antragsverfahren öffentlich ist. Demnach können Dritte innerhalb der festgelegten Fristen – parallel zur Erstellung des technischen und des rechtlichen Gutachtens – Stellungnahmen bzw. Einspruch gegen das betreffende Antragsverfahren einlegen. Nach Beendigung der Annahmefrist werden Stellungnahmen zu den einzelnen eingereichten Einsprüchen erstellt, die im Rahmen der End-Evaluierung zu berücksichtigen sind. Zuständig für dieses „Einspruchsverfahren“ ist das Umweltministerium, das sich bei Bedarf Unterstützung einholen kann. Der Antragsteller erhält ebenfalls die Möglichkeit, sich zu den vorgetragenen Kritikpunkten zu äußern.

⁵⁰³ Siehe Art. 17 der Verordnung.

⁵⁰⁴ Siehe dazu Art. 21 der Verordnung. Zu dem Verfahren zur Evaluierung der Gegendarstellungen (*oposiciones*) siehe Art. 19 der Verordnung.

⁵⁰⁵ Die evaluierenden Stellen haben bei der Erstellung des technischen Gutachtens die Berichte der unterschiedlichen Prüfstellen sowie die Bestimmungen des Art. 45 des Beschlusses 391 zu berücksichtigen.

⁵⁰⁶ Art. 21 Nr. 2 der Verordnung.

Sollte nach der Evaluierung der Antrag durch Resolution angenommen werden (Art. 24 Abs. 2 der Verordnung), geht das Verfahren in die Verhandlungsphase des Zugangsvertrages über.

c. Der Vertrag

Die Art. 25 bis 27 der Verordnung enthalten wichtige Bestimmungen für die Art und Weise der Durchführung der Vertragsverhandlungen.

Für die Verhandlungsphase ist insbesondere Art. 26 der Verordnung zu berücksichtigen, der die Mindestbedingungen festlegt, über die im Rahmen jeder Vertragsverhandlung zu verhandeln sind:

- Bestimmung und Vereinbarung von Mechanismen zur Gewährleistung und Durchführung der Vorteilsteilhabe,
- Bestimmung des Monitorings der beantragten genetischen Ressource,
- Bestimmung von mindestens zwei ecuadorianischen Wissenschaftlern aus einer nationalen Wissenschaftsinstitution für die Teilnahme an den Verhandlungen,
- Vereinbarung von Regelungen über den Zugang und den Transfer der angewandten Technologien, auch von Biotechnologien,
- Regelungen hinsichtlich der Zahlung von gegebenen oder potentiellen wirtschaftlichen Vorteilen (*beneficios económicos*), die sich aus der Kommerzialisierung sämtlicher aus der beantragten genetischen Ressource entstandener Produkte ergeben; bei endemischen Arten kann das Umweltministerium höhere Beträge festsetzen,
- Regelung betreffend die vollständige oder teilweise Veröffentlichung der Forschungsergebnisse auf Spanisch.

Art. 27 der Verordnung enthält weitere Bedingungen, die bei den Vertragsverhandlungen zu beachten sind. Sie betreffen insbesondere Verpflichtungen des Antragstellers gegenüber dem Umweltministerium in Bezug auf die weitere Verfügung über die vertraglich relevanten genetischen Ressourcen und andere Informationspflichten über den Stand des Zugangsprojektes.

Die Art. 28–31 des Regelungsentwurfes normieren die weiteren Bestimmungen des Zugangsvertrages:

- Nach Art. 28 der Verordnung sind Vertragsparteien des Zugangsvertrages der ecuadorianische Staat, vertreten durch die zuständige Behörde (das Umweltministerium) und der Antragsteller.
- Art. 30 der Verordnung nennt die Vertragsbestimmungen, die im Vertrag notwendigerweise enthalten sein müssen. So müssen zwingend Regelungen betreffend die folgenden beispielhaft aufgeführten Gegenstände getroffen werden:
 - die Vertragsparteien,
 - das Ziel des Vertrages
 - eine Klausel mit der Festlegung eines Vorteilsausgleichs unter Benennung der Mechanismen für seine Durchführung
 - Beschreibung der Forschungsaktivitäten (Ziel, Art und Weise etc.)
 - Identifizierung des zu nutzenden Materials
 - Beschreibung der Sammlungsart
 - Beschreibung der Kooperationsvereinbarungen mit Dritten
 - Bestimmungen über das Monitoring der genetischen Ressourcen
 - Bestimmungen über die Regelung von geistigen Eigentumsrechten
 - Schadensersatzregelungen
 - und Streitschlichtungsklauseln.

Zudem verlangt Art. 31 der Verordnung, dass der Antragsteller eine Sicherheit zugunsten des Umweltministeriums als zuständige Behörde für die Deckung eventueller Schäden, die durch eine Vertragsverletzung entstehen könnten, hinterlegt. Die Höhe der Sicherheit richtet sich nach dem vom Antragsteller anzugebenden Budget des Projektes. Bei einer Finanzierung des Projektes durch eine natürliche oder eine juristische Person mit Gewinnerzielungsabsicht soll die Sicherheit 100 % des Gesamtbudgets betragen. Bei einer Projektfinanzierung ohne Gewinnerzielungsabsichten soll die Höhe der Sicherheit 5 % des Gesamtbudgets des Zugangsprojektes ausmachen. Nach Beendigung des Projektes ist die Sicherheit dem Antragsteller zurückzuerstatten.

Weiterhin ist im Rahmen der Verhandlung über die Klauseln des Zugangsvertrages der Beschluss 486⁵⁰⁷ der Andengemeinschaft zu beachten, insbesondere bei Fragen über geistige Eigentumsrechte wie z.B. einer möglichen Patentanmeldung. Diese Klauseln sind ebenfalls in den Vertrag aufzunehmen. Zudem regelt die Verordnung in ihrer Ersten Allgemeinen Schlussbestimmung (*Disposiciones Generales*), dass die zuständige Behörde für den Schutz geistiger Eigentumsrechte (*Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual*) vor Gewährung eines geistigen Eigentumsrechts vom Antragsteller die Vorlage einer Kopie des Zugangsvertrages nebst Registrierungsnnummer verlangen kann, wenn für die zu schützenden Produkte oder

⁵⁰⁷ Beschluss 486: *Common Intellectual Property Regime* vom 14. September 2000. Dieser Beschluss ist am 1. Dezember 2000 in Kraft getreten und ersetzt den Beschluss Nr. 344 vom 21. Oktober 1993.

entwickelten Verfahren genetische Ressourcen herangezogen worden sind. Damit ist hier ein direkter Bezug zu den Regelungen des Beschlusses 486 der Andengemeinschaft erstellt worden.

4. Die Verordnung und Forschungsgenehmigungen

Weiterhin stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Zugangsverfahren nach der Verordnung zur Umsetzung des Beschlusses 391 der Andengemeinschaft zu parallel laufenden Forschungsgenehmigungen. Genehmigungen für die Durchführung von Forschungstätigkeiten im Bereich von Flora und Fauna in Naturschutzgebieten richten sich in Ecuador nach dem *Texto Unificado de Legislación Secundaria* (TULAS).⁵⁰⁸

Fest steht, dass durch parallel beantragte Forschungsgenehmigungen außerhalb des Zugangsverfahrens dieses Verfahren nicht umgangen werden darf. Die Verordnung führt den sog. Rahmenvertrag (*contrato marco*) ein, der als der Vertrag zu verstehen ist, der allein zu Forschungszwecken in Bezug auf genetische Ressourcen geschlossen wird. In der festgelegten Definition dieses sog. Rahmenvertrages wird klargestellt, dass die resultierenden Forschungsergebnisse nicht zu Kommerzialisierungszwecken genutzt werden können.⁵⁰⁹ Der sog. Rahmenvertrag ist in den Art. 39–41 der Verordnung näher geregelt, wobei Art. 39 die Vertragsparteien eines solchen Rahmenvertrages und Art. 41 Mindestanforderungen des Vertrages an sich festlegen.

Hieraus folgt, dass neben oder parallel zum staatlich geregelten Zugangsverfahren Forschungsgenehmigungen für genau bezeichnete Aktivitäten beantragt werden können, aber immer in Kooperation mit nationalen Forschern und Forschungsinstitutionen. Diese Forschungsgenehmigungen dürfen im Ergebnis den Zielen des Zugangsverfahrens nicht zuwiderlaufen. Forschungsaktivitäten und die dafür notwendigen Genehmigungen könnten zum Beispiel dann erforderlich sein, um die genetischen Ressourcen entsprechend den Anforderungen des Zugangsantrages bezeichnen zu können. Da es sich hier um klar von den Zugangsaktivitäten abzu-

⁵⁰⁸ *Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria, Registro Oficial* vom 31. März 2003, Edición Especial No. 2. Die relevanten Bestimmungen für die Forschungsgenehmigungen befinden sich im *Libro IV: De la Biodiversidad, Título II: De la Investigación, Colección y Exportación de Flora y Fauna Silvestre*. Art. 6 Abs. 1 lautet: “Toda investigación científica relativa a la flora y fauna silvestre a realizarse en el Patrimonio Nacional de Áreas Naturales por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, requiere de la autorización emitida por el Distrito Regional correspondiente.” Art. 6 Abs. 2 lautet: “Fuera de las áreas del Patrimonio Nacional de Áreas Naturales, no se requiere autorización, salvo que el proyecto de investigación implique recolección de especímenes o muestras.” Die Zuständigkeit für die Erteilung der Forschungsgenehmigungen liegt beim Umweltministerium (*Dirección de Biodiversidad, Áreas Protegidas y Vida Silvestre*). Siehe dazu ausführlich das nicht veröffentlichte Gutachten von *Mónica Ribadeneira Sarmiento*, *El Acceso a los Recursos Genéticos en el Ecuador*, 24. Mai 2005, S. 7 f., das auf Seite 9 eine Skizze über das Antragsverfahren für eine Forschungsgenehmigung enthält.

⁵⁰⁹ Siehe die Definition in Art. 6 der Verordnung.

grenzende Aktivitäten handelt, sollten diese Schritte mit dem Umweltministerium genau abgestimmt werden.

5. *Sondervorschriften*

Wie bereits oben unter A. I., III. festgestellt, trifft der Beschluss 391 keine vollständigen Regelungen, sondern schafft nur die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Abschluss von Zugangsverträgen. Diese Rahmenbedingungen müssen dann durch die nationalen Gesetzgeber konkretisiert werden.⁵¹⁰ Von dieser Befugnis hat Ecuador wie folgt Gebrauch gemacht:

So hat nach Art. 14 der Verordnung der Antragsteller sämtliche Kosten des Antragsverfahrens zu tragen (Antragsstellung, Veröffentlichung, Evaluierung, Prüfung, auch vor Ort etc.). Die Verordnung trifft keine Regelung darüber, wie die Behörde dem Antragsteller die ihr entstandenen Kosten nachweisen wird.

6. *Regelungen betreffend die Rechte der indigenen, lokalen und afro-ecuadorianischen Gemeinschaften*

Die Verordnung enthält zahlreiche Bestimmungen, die den Rechten dieser Gemeinschaften Rechnung tragen sollen. Unter anderem sind im Rahmen des Zugangsverfahrens Art. 20 und Art. 22 und die Art. 34 bis 38 zu nennen, wobei letztere speziell den Zugang zu genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen regeln. Diese Vorschriften werden im Zusammenhang mit den anderen in der Verordnung enthaltenen Bestimmungen, die die Beteiligung der Gemeinschaften im Rahmen des Zugangsverfahrens betreffen, im Folgenden unter B. II. 7. behandelt.

7. *Die Verordnung und das traditionelle Wissen*

Die Verordnung greift den Grundgedanken des Beschlusses 391 über die Anerkennung der Bedeutung des traditionellen Wissens für die Erhaltung und Nutzung der biologischen Vielfalt auf und geht im Einzelnen weiter, da sie z.B. die Durchführung eines Konsultationsprozesses im Rahmen des Zugangsverfahrens, insofern die Nutzung dieser Kenntnisse relevant sein sollte, ausdrücklich als Verfahrensschritt vorsieht. Hier ist aber zu beachten, dass es sich bei der Verordnung nicht um eine Regelung im Rang eines Gesetzes, sondern (nur) um eine Ausführungsverordnung zu einem Gesetz (Beschluss 391) handelt. Die Verordnung setzt damit nur die im Beschluss 391 enthaltenen Grundsätze um. Der Beschluss 391 bezieht zwar das traditionelle Wissen in den Zugangsprozess zu genetischen Ressourcen ein, regelt aber den genauen Umgang damit nicht ausdrücklich. Sein Regelungsziel ist nicht

⁵¹⁰ Art. 5 Beschluss 391.

der Schutz des traditionellen Wissens an sich, sondern die Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen.

a. Der Zugangsvertrag zu genetischen Ressourcen und das damit verbundene traditionelle Wissen: Art. 34–38 der Verordnung

Die Art. 34 bis 38 des Regelungsentwurfes betreffen Regelungen über die Anforderungen an den Zugang zu genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen.

Nach Art. 34 der Verordnung ist entsprechend den Bestimmungen des Beschlusses 391 dem Hauptzugangsvertrag ein Anhang mit genau ausgehandelten Bedingungen für den Zugang zu dem mit der genetischen Ressource verbundenen traditionellen Wissen beizufügen. Dabei soll der Anhang neben einer Klausel über die Vereinbarung von *Benefit-Sharing*⁵¹¹ auch eine Klausel über die Möglichkeit der Vertragsanpassung bzw. der späteren möglichen Vertragskorrektur entsprechend der Bestimmung des Art. 42 Beschluss 391 enthalten.⁵¹²

Der Anhang zum Hauptzugangsvertrag ist vom Antragsteller und dem Träger des traditionellen Wissens⁵¹³ als Verfügungsberechtigtem zu unterzeichnen.⁵¹⁴ Zudem ist der Vertrag ebenfalls vom Umweltministerium als zuständige Behörde für die Umsetzung der Verordnung zu unterzeichnen, Art. 34 Abs. 4 der Verordnung. Die Unterzeichnung des Vertrages richtet sich zudem nach dem Art. 41 des Beschlusses 391, Art. 36 Abs. 1 der Verordnung. Art. 20 der Verordnung legt zudem fest, dass der Antragsteller einen Plan zur Durchführung eines informierten Konsultationsprozesses entwickeln muss, sollte er neben dem Zugang zu genetischen Ressourcen oder seiner Derivate auch Zugang zu dem damit verbundenem traditionellen Wissen beantragen. Dabei muss dieser Plan insbesondere die traditionellen Entscheidungsmechanismen und Organisationsstrukturen der betreffenden Gemeinden respektieren.

b. Die Regelungen zum Konsultationsprozess

In Art. 8 Nr. 1 und Nr. 8 der Verordnung wird dem Umweltministerium ausdrücklich die Aufgabe zugewiesen, über die Rechte der Träger von traditionellem Wissen auch im Rahmen der Durchführung von Zugangsverfahren zu wachen. Wie bereits oben erwähnt, verlangen die Art. 20 und 21 der Verordnung⁵¹⁵ die Durchführung eines informierten Konsultationsprozesses für den Fall, dass der Zugang zu gene-

⁵¹¹ Art. 34 Abs. 2 der Verordnung.

⁵¹² Siehe dazu Art. 35 der Verordnung.

⁵¹³ Dies können zum Beispiel eine oder mehrere indigene Gemeinschaften sowie Vertreter eines Standes (z.B. Hebammen) oder einzelne Schamanen sein.

⁵¹⁴ Art. 34 Abs. 3 der Verordnung.

⁵¹⁵ Eine entsprechende Aufforderung und Klarstellung diesbezüglich enthält auch Art. 15 Abs. 3 der Verordnung.

tischen Ressourcen und dem damit verbundenen traditionellen Wissen beantragt werden sollte. Demnach ist nach Art. 20 der Verordnung dem Antrag ein Vorschlag für die Durchführung der Konsultation beizufügen.

Art. 20 der Verordnung schreibt die wesentlichen Grundzügen des Verfahrens fest für die Erlangung der vorherigen informierten bzw. fundierten Zustimmung (*consentimiento fundamentado previo*) der über das betreffende Wissen verfügenden Gemeinschaften. Danach ist ein sog. Plan für die Erlangung der erwähnten Zustimmung notwendig. Anders als der Vorentwurf zu dieser Verordnung schreibt Art. 20 nicht vor, welche wesentlichen Elemente dieser Plan beinhalten soll. Dem Art. 20 der Verordnung ist nur zu entnehmen, dass es sich dabei um den konkreten Vorschlag des Antragstellers handelt, den er für die Durchführung einer informierten Konsultation der betreffenden indigenen, afro-ecuadorianischen und lokalen Gemeinschaften zu entwerfen hat, um Zugang zu genetischen Ressourcen zu erhalten, wenn deren traditionelles Wissen involviert ist. Dieser Konsultationsvorschlag ist dem Umweltministerium zur Genehmigung vorzulegen, das bei der Evaluierung und Überwachung der Durchführung von dem *Secretaría de los Pueblos, Movimientos Sociales y Participación* unterstützt wird. Ferner legt Art. 20 der Verordnung fest, dass sämtliche Kosten für dieses Verfahren der Antragsteller zu tragen hat.

Art. 20 der Verordnung trifft keine explizite zeitliche Regelung, wann der Konsultationsprozess durchzuführen ist. Der Regelung ist zu entnehmen, dass dieser Prozess nach Veröffentlichung des Projektantrages und vor der abschließenden Evaluierung des Projektantrages auf Zugangsgewährung erfolgen soll.⁵¹⁶ Dabei hat die Durchführung der Konsultation Suspensivwirkung. Das Zugangsverfahren wird demnach erst nach Erstellung und Evaluierung des Berichts über die Konsultation durch das Umweltministerium fortgesetzt. In diesem Zusammenhang ist auch Art. 22 der Verordnung zu beachten: Sollte sich im Rahmen der Antragsprüfung, insbesondere durch die abgegebenen Stellungnahmen Dritter, herausstellen, dass – obwohl nicht beantragt – traditionelles Wissen hinsichtlich der beantragten genetischen Ressourcen (z.B. bei angegebenem aktuellen oder potentiellen Nutzungswert) betroffen ist, so ist das Verfahren auszusetzen. Der Antragsteller hat dann den Konsultationsprozess gemäß Art. 20 der Verordnung nachzuholen.

c. Rechtsnatur des Konsultationsprozesses

Die Verordnung verlangt in ihrem Art. 6 die vorherige informierte Zustimmung (*Consentimiento fundamentado Previo*), sofern traditionelles Wissen mit der gene-

⁵¹⁶ Siehe dazu auch die schematische Darstellung des Verfahrensablaufs nach dem Regelungsentwurf zum Zugang zu genetischen Ressourcen: “Propuesta de Procedimiento para el Reglamento de Acceso a Recursos Genéticos”. Das Dokument wurde der Verfasserin vom Umweltministerium im Rahmen einer informellen Besprechung im Februar 2004 in Quito, Ecuador, zur Verfügung gestellt.

tischen Ressource verbunden ist.⁵¹⁷ Danach ist die vorherige informierte Zustimmung zur Nutzung von traditionellem Wissen dann zu erteilen, wenn der Vertrag zum Zugang zu genetischen Ressourcen auch traditionelles Wissen bezogen auf diese Ressourcen zum Gegenstand hat. Die Zustimmung ist von der Gemeinschaft zu erteilen, die über dieses Wissen verfügt oder Verfügungsrechte hat. Der Verordnung ist zu entnehmen, dass der durchzuführende Konsultationsprozess nach der Systematik der Verordnung als formeller, zwingender Verfahrensschritt einzustufen ist, der sogar nachzuholen ist, wenn erst bei der Evaluierung eines Antrages festgestellt wird, dass traditionelles Wissen involviert ist. Fraglich ist der verbindliche Charakter des Ergebnisses des Konsultationsverfahrens für die zuständige antragsgewährende Behörde. Art. 20 der Verordnung ist zu entnehmen, dass das schwebende Verfahren nur dann wiederaufzunehmen ist bzw. fortgeführt wird, wenn die vorherige informierte Zustimmung der betreffenden Gemeinschaft erteilt worden ist (Art. 20 Abs. 4 der Verordnung). Die Behörde verifiziert die Durchführung des Konsultationsprozesses und bezieht den zu erstellenden Bericht über das Konsultationsverfahren und die erteilte Zustimmung in ihre Evaluierung des Gesamtantrages ein. Im Gegensatz zum Vorgängerentwurf stellt die Verordnung nun nicht mehr nur auf die Durchführung des Konsultationsverfahrens als solches ab, sondern auf die Erteilung der vorherigen informierten Zustimmung der betreffenden Gemeinschaft.

d. Die vorherige Konsultation (sog. *Consulta Previa*) und die ecuadorianische Verfassung

Die ecuadorianische Verfassung enthält zahlreiche Bestimmungen, die dem Schutz der indigenen, afro-ecuadorianischen und lokalen Gemeinschaften dienen sollen. So bestimmt Art. 398 der Verfassung, dass bei jeder staatlichen Entscheidung über Genehmigungen von Projektvorhaben, die die Umwelt beeinträchtigen könnten, die Belange der in den betreffenden Gebieten lebenden Gemeinden berücksichtigt werden müssen. Dafür sollen diese Gemeinden rechtzeitig über das Vorhaben informiert werden. Eine angemessene Beteiligung muss gewährleistet werden. Für

⁵¹⁷ Siehe den zweiten Hauptsatz der in Art. 6 der Verordnung aufgenommenen Definition: "Consentimiento fundamentado previo: Principio por medio del cual los solicitantes de un recurso genético pueden tener acceso a este, cuando cuenten con la autorización del Estado ecuatoriano, cuando el Estado es el país de origen de los recursos biológicos y genéticos en los términos del Convenio de Biodiversidad biológica, como requisito previo a la negociación o suscripción de contratos de acceso a recursos genéticos, sentando las bases para una justa y equitativa distribución de beneficios. Cuando los contratos de acceso a recursos genéticos incluyan el componente intangible asociado a un recurso genético, el Consentimiento Fundamentado Previo sobre ese componente, deberá ser otorgado además por las comunidades locales las cuales son propietarias o tienen soberanía sobre los conocimientos solicitados."

den Bereich des Umweltrechts konkretisiert Art. 28 *Ley de Gestión Ambiental*⁵¹⁸ (ecuadorianisches Umweltgesetz) diesen verfassungsrechtlichen Grundsatz der vorherigen Information und Beteiligung, insbesondere für die Genehmigung von umweltbeeinflussenden Projektvorhaben.⁵¹⁹ Zudem erwähnt dieser Artikel ausdrücklich den Konsultationsprozess (*proceso de consulta*) als Beteiligungsform.

Die Beteiligung der indigenen Gemeinschaften ist als kollektives Recht ausdrücklich in Art. 57 Nr. 7 und 17 Verfassung geregelt. Hinsichtlich der nicht erneuerbaren Ressourcen sieht die Verfassung in Art. 57 Nr. 7 ausdrücklich eine obligatorische vorherige Konsultation der Gemeinden vor, wenn es um die Entscheidung über Pläne, Prospektionsprogramme, Verwertung oder Kommerzialisierung geht, die in ihren Gebieten durchgeführt werden sollen und die umwelttechnische oder kulturelle Auswirkungen auf die Gemeinden haben können. Zudem sieht diese Vorschrift eine Beteiligung an der Nutzung, Verwaltung und nachhaltigen Erhaltung dieser Ressourcen vor sowie eine Beteiligung an eventuellen Vermögensvorteilen, die aus deren Nutzung resultieren können.

Die Konsultation ist in Art. 57 Nr. 7 der Verfassung ausdrücklich nur für den Fall der nicht erneuerbaren Ressourcen geregelt. Eine ausdrückliche Regelung über eine Konsultation für den Fall der erneuerbaren Ressourcen ist der Verfassung nicht zu entnehmen. Diese könnte aber indirekt über Art. 57 in dem Sinne abgeleitet werden, als die Nutzung von genetischen Ressourcen in der Regel Auswirkungen auf die Umwelt haben können.⁵²⁰ Art. 57 Nr. 6 sieht zudem eine Beteiligung an der Nutzung, Verwaltung und Erhaltung erneuerbarer Ressourcen, die sich auf dem Gebiet der Gemeinschaften befinden, vor. Über die Art und Reichweite der Beteiligung trifft diese Vorschrift aber keine Regelung.

Der ecuadorianischen Verfassung von 2008 ist folglich zu entnehmen, dass eine Information und eine Beteiligung der betreffenden indigenen und lokalen Gemeinschaften bei allen Zugangsvorhaben mit auch nur potentiellen Gewinnerzielungsabsichten zu erfolgen hat. Dabei verlangt die Verfassung ausdrücklich nur die

⁵¹⁸ Art. 28 des *Ley de Gestión Ambiental* lautet:

“Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. Se concede acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicios de la responsabilidad civil y penal por acusaciones maliciosamente formuladas. El incumplimiento del proceso de consulta al que se refiere el Artículo 88 de la Constitución Política de la República tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos.”

⁵¹⁹ Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass Art. 57 der Verfassung mit Mitgliedern der Gemeinden jedes Gemeindemitglied meint, somit jeden Ecuadorianer oder jeden in Ecuador rechtmäßig lebenden Ausländer. Dieses verfassungsrechtliche Recht steht somit jedermann zu und nicht nur den indigenen, afro-ecuadorianischen oder lokalen Gemeinschaften.

⁵²⁰ Projekte, die eine sog. Feldphase vorsehen, können somit Belange der Umwelt berühren, was eine Information und Beteiligung der im Projektgebiet ansässigen Gemeinschaften notwendig macht.

zwingende Durchführung einer Konsultation im Sinne eines Informationsaustausches über das Vorhaben und die Ermittlung der Belange der betroffenen Gemeinschaften sowie deren Beteiligung. Eine Bindung an das Ergebnis der Konsultation insbesondere, wenn die Gemeinschaften mit dem Vorhaben nicht einverstanden sind, sieht die Verfassung ausdrücklich nicht vor. Eine solche Bindung kann sich allerdings dann ergeben, wenn weitere die Verfassung in den betreffenden Gebieten konkretisierende Gesetze erlassen werden. Demnach können diese Projekte grundsätzlich – trotz abweichendem Konsultationsergebnis – nur mit Genehmigung des Staates durchgeführt werden. Somit statuiert die ecuadorianische Verfassung keine verbindliche vorherige informierte Zustimmung der betreffenden Gemeinschaften über das Projektvorhaben. Gemeint ist daher nur eine Konsultation im Sinne einer vorherigen Information über das durchzuführende Vorhaben. Es besteht auch keine Verpflichtung, im Rahmen der Konsultation zu einer gemeinsamen Vereinbarung zu kommen, es sei denn, ein Gesetz bestimmt etwas anderes (Art. 57 Nr. 7, 3 HS).

Innerhalb dieses von der Verfassung und der *Ley de Gestión Ambiental*⁵²¹ festgesetzten rechtlichen Rahmens ist die Verordnung über die Konsultation und Partizipation für die Durchführung von Aktivitäten im Ölsektor⁵²² durchgesetzt worden. Diese Verordnung ist sehr stark von den indigenen Organisationen kritisiert worden, insbesondere weil sie ihren Rechten nicht genügend Rechnung tragen soll.

Hinsichtlich der zwingenden Durchführung einer Konsultation für den Zugang zu genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen stimmt die Verordnung mit den Bedingungen der ecuadorianischen Verfassung überein und scheint einen Schritt weiterzugehen, da sie das Zugangsverfahren, wenn traditionelles Wissen involviert ist, nur dann fortsetzt, wenn die vorherige informierte Zustimmung der betreffenden Gemeinschaft erteilt worden ist.

e. Form

Die Verordnung trifft keine konkrete Regelung darüber, in welcher Form die vorherige informierte Zustimmung zu erfolgen hat. Der Systematik der Verordnung kann entnommen werden, dass die Zustimmung als bloße schriftliche Erklärung oder bereits als konkrete Vereinbarung erfolgen kann. Konkrete Anforderungen an den Inhalt werden nicht gestellt. Die Verordnung verlangt die Vorlage eines Konsultationsplanes und legt fest, dass nach Abschluss des Verfahrens und nach Erhalt der Zustimmung die Dokumente zum Nachweis der Durchführung der Aktivitäten des vorgelegten Konsultationsplanes der zuständigen Behörde weitergeleitet werden sollen. Auch der Beschluss 391 trifft keine konkrete Regelung über die Art und Weise der Durchführung der Konsultation. Andererseits legt er aber fest, dass

⁵²¹ Siehe Art. 28 der *Ley de Gestión Ambiental*, der den Art. 88 der ecuadorianischen Verfassung konkretisiert.

⁵²² *Reglamento de Consulta y Participación para la Realización de Actividades Hidrocarburíferas*, Decreto Ejecutivo 3401 vom 2. Dezember 2002.

ein Nachweis über die Durchführung der Konsultation zusammen mit dem Antrag bei der zuständigen nationalen Behörde eingereicht werden muss. Die zuständige Behörde prüft den Antrag auf Vollständigkeit. Sollte dieser Nachweis fehlen, ist der Antrag entweder abzuweisen oder dem Antragsteller ist eine Frist zur Nachholung der Information zu gewähren.

Die nähere Ausgestaltung der Anforderungen an den Konsultationsprozess obliegt nach dem Beschluss 391 den Mitgliedstaaten. Ecuador hat in seiner Verordnung im Wesentlichen den Inhalt des Beschlusses 391 wiedergegeben. Die weitere Ausgestaltung des Konsultationsverfahrens obliegt der zuständigen Behörde, die sinnvollerweise hierzu Richtlinien erlassen sollte, die ein transparentes, strukturiertes, Rechtssicherheit gewährendes Verfahren mit klaren Anforderungen gewährleistet.

f. Ergebnis

Damit kann zunächst Folgendes festgehalten werden:

- Die Verordnung verlangt die Durchführung einer vorherigen informierten Konsultation der betreffenden Gemeinschaften mit dem Ziel der Erlangung einer vorherigen informierten Zustimmung. Formal gesehen ist demnach eine vorherige informierte Zustimmung der Gemeinschaften als Bedingung für das Zugangsverfahren erforderlich, wenn traditionelles Wissen involviert ist.
- Die in der Verordnung vorgesehene vorherige Konsultation der betreffenden Gemeinschaften stimmt mit den Anforderungen der ecuadorianischen Verfassung und mit dem Beschluss 391 überein: ein Konsultationsprozess ist zwingend durchzuführen.
- Das Ergebnis scheint für die zuständige Behörde, also für das Umweltministerium, formal gesehen bindend zu sein. Nach Art. 20 kann das während des Konsultationsverfahrens schwebende Zugangsverfahren erst mit der erteilten Zustimmung fortgesetzt werden.
- Nach der Verordnung ist dem Zugangsantrag ein Konzept für die Durchführung der Konsultation der betreffenden Gemeinschaften im Projektgebiet über das beantragte Projektvorhaben beizufügen. Die Verordnung macht im Übrigen keine weiteren Angaben zum Inhalt und der Gestaltung des Konsultationsplanes.
- Dieses Konzept unterliegt der Genehmigung des Umweltministeriums. Mit seiner Durchführung sollte demnach nach der Systematik der Verordnung auch erst nach dessen Genehmigung begonnen werden.
- Die Gestaltung und die Durchführung der Konsultation obliegen dem Antragsteller. Hier besteht ein gewisser Gestaltungsspielraum, wobei die verfassungsrechtlichen Bestimmungen hinsichtlich der Konsultation und der Rechte der indigenen und lokalen Gemeinschaften zu berücksichtigen sind.
- Der Antragsteller hat die Kosten der Konsultation zu tragen.

8. Zusammenfassung und Bewertung

Wie bereits oben festgestellt, gibt es in Ecuador eine Vielzahl von Gesetzen und Verordnungen, die für den Bereich der Regelung des Zugangs zu biologischen und genetischen Ressourcen relevant sein könnten. Dieser rechtliche Rahmen ist zwar weit gefächert, aber leider unzureichend. Die Verordnung zur Umsetzung des Beschlusses 391 gibt im Wesentlichen den Inhalt des Beschlusses 391 wieder und schafft in wichtigen Punkten, wie dem Ablauf des Konsultationsprozesses, wenig weiterführende Klarheit, da dieser Prozess nicht näher geregelt wird. Es mangelt weiterhin insbesondere noch an wirksamen Regelungen, die den konkreten Verfahrensablauf einheitlich bestimmen.

Seit Inkrafttreten des Beschlusses 391 sind bislang drei Anträge gestellt worden, die aber nicht zum Abschluss eines Zugangsantrages geführt haben. Erfahrungen mit der Umsetzung der Verordnung zum Beschluss 391 bestehen noch nicht.

Im Hinblick auf den Schutz des traditionellen Wissens ist die Durchführung der Konsultation zur Erlangung einer vorherigen informierten Zustimmung der indigenen Gemeinschaften für die Nutzung traditionellen Wissens, wie in der Verordnung vorgesehen, zu begrüßen. Die noch ungeklärte Gestaltung des Konsultationsprozesses nach Inhalt, Verfahren und Kostenkalkulation birgt noch starke Risiken und Rechtsunsicherheiten.

Bislang unternommene Initiativen zur Durchführung von Prospektionsprojekten in Ecuador sind bisher an der unklaren Rechtslage und an den Rahmenbedingungen sowie an unzureichender Kooperationsbereitschaft zwischen den Institutionen oder innerhalb der indigenen Organisationen entweder stark behindert worden oder sogar gescheitert.⁵²³ Diese Kooperationsschwierigkeiten sowie das bisher vorhandene Regelungsdefizit in Bezug auf den Verfahrensablauf sind auch maßgeblich dafür ursächlich, dass im Rahmen des durch das vom Bundesministerium für Bildung und Forschung geförderten Projektes ProBenefit⁵²⁴ es zu keiner Vereinbarung zwischen dem Projekt, der ecuadorianischen Regierung und den lokalen Indianerorganisationen gekommen ist. Ziel von ProBenefit war es, im Einklang mit den Prinzipien der CBD und in Zusammenarbeit mit der ecuadorianischen Regierung, den lokalen Indianerorganisationen und sonstigen relevanten Beteiligten ein geeignetes Verfahren für einen gerechten Vorteilsausgleich für die Nutzung biologischer Ressourcen und des damit verbundenen traditionellen Wissens zu entwickeln.⁵²⁵ Das Projekt beabsichtigte hierdurch, anhand eines konkreten Beispiels Leitlinien für ein Kooperationsmodell zu erstellen. Im Jahre 2005 ist es zwar zunächst zum Abschluss

⁵²³ *INEFAN*, Informe Interino a la Secretaría del Convenio de Diversidad Biológica sobre la Aplicación del Artículo 6, 1998, S. 9.

⁵²⁴ „PROzessorientierte Entwicklung eines Modells zum gerechten Vorteilsausgleich (BENEFIT-sharing) für die Nutzung biologischer Ressourcen im Amazonastiefland Ecuadors“, mehr Informationen über das Projekt können unter www.probenefit.de abgerufen werden.

⁵²⁵ Siehe www.probenefit.de.

einer Vereinbarung⁵²⁶ mit der Indianerorganisation FONAKIN⁵²⁷ gekommen, die aber nicht umgesetzt werden konnte. Auch mit Verabschiedung der Verordnung zur Umsetzung des Beschlusses 391 im Jahre 2011 besteht weiterhin im Bereich des Zugangsverfahrens wie in der Frage des Schutzes traditionellen Wissens dringender Handlungsbedarf, da das Verfahren noch zu schwerfällig ist und in wichtigen Punkten, wie z.B. bei der Kostentragungsregel und der Leistung von Sicherheiten für die Projektdurchführung von bis zu 100%, nicht praktikabel ist.

Wie auch in den anderen Ländern der Region ist die ecuadorianische Forschungsgemeinschaft wenig bis gar nicht über die ABS-Regelungen informiert und insbesondere auch nicht über die Auswirkungen, die diese komplexen Verfahren auf ihre Forschungstätigkeiten haben können (siehe obige Ausführung zu Rahmenverträgen nach der Verordnung für Forschung mit genetischen Ressourcen). Ferner steht der ecuadorianische Staat weiterhin vor der Herausforderung fehlender Kapazitäten für die Umsetzung der Verordnung sowohl personell wie institutionell. Die neue Verordnung erfordert Kenntnisse über geistige Eigentumsrechte, die klassischerweise in einer Umweltbehörde nicht anzutreffen sind. Die komplexe Verbindung und Zusammenarbeit der in der Verordnung genannten evaluierenden Behörden muss erst aufgestellt werden und birgt personelle, institutionelle und verfahrenstechnische Herausforderungen.

III. Der Zugang zu genetischen Ressourcen in Kolumbien

Die vom kolumbianischen Umweltministerium (*Ministerio del Medio Ambiente*) und dem Institut Alexander von Humboldt entwickelte *Política Nacional de Biodiversidad* (nationale Biodiversitätspolitik)⁵²⁸ ist 1997 angenommen worden. Sie statuiert als Ziel die Erforschung, Erhaltung und nachhaltige Nutzung der Biodiversität nach den Grundsätzen der CBD.⁵²⁹ Zudem benennt sie Instrumente u.a. im rechtlichen und institutionellen Bereich, um ihre Durchführung zu optimieren.

1. Rechtlicher und institutioneller Rahmen

Kolumbien hat eine vielfältige und umfangreiche Gesetzgebung im Bereich der Biodiversität entwickelt, um die CBD sowie den Beschluss 391 der Andengemeinschaft umzusetzen. So gibt es für die Regelung von Forschung und Umwelt mehr als

⁵²⁶ Der Text der Vereinbarung kann unter <http://www.probenefit.de/files/acuerdo.pdf> abgerufen werden.

⁵²⁷ *Federación de Organizaciones de la Nacionalidad Kichwa de Napo*.

⁵²⁸ Der Text der *Política Nacional de Biodiversidad* ist abrufbar unter <http://www.humboldt.org.co/download/polnal.pdf>.

⁵²⁹ Siehe hierzu ausführlich *Institute Alexander von Humboldt* (Hrsg.), *Colombia Megadiversa. Cinco años explorando la riqueza de un país megadiverso*, 2000. Durch das Gesetz 165 (Ley 165) von 1994 hat Kolumbien die CBD angenommen.

124 Gesetzesregelungen.⁵³⁰ Festzustellen ist zunächst, dass schon Artikel 81 Abs. 2 der kolumbianischen Verfassung⁵³¹ statuiert, dass allein der Staat die Befugnis hat, unter Berücksichtigung der nationalen Interessen, die Ein- und Ausfuhr sowie die Nutzung der genetischen Ressourcen zu regeln.⁵³² Ferner besagt Art. 42 des Gesetzes für natürliche Ressourcen und Umweltschutz (*Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente*) von 1974,⁵³³ dass dem Staat die natürlichen Ressourcen und somit auch die genetischen Ressourcen als deren Bestandteil in seinem Staatsgebiet gehören,⁵³⁴ und zwar unabhängig von rechtmäßig erworbenen Rechten von Privatpersonen.⁵³⁵ Indes wurden die Eigentumsverhältnisse an genetischen Ressourcen erst endgültig durch Urteile des Verfassungsgerichts⁵³⁶ und des obersten Verwaltungsgerichts⁵³⁷ festgelegt. Gemäß diesen Urteilen handelt es sich bei genetischen Ressourcen mit tatsächlichem oder potentielltem Nutzen um Güter im Gemeingebrauch, die nach Art. 63 der Verfassung unveräußerlich, nicht ersitzbar und unpfändbar sind. Die kolumbianische Verfassung unterscheidet zwischen drei Arten von Eigentum: privates, staatliches und öffentliches. Beim öffentlichen Eigentum handelt es sich um Güter im Gemeingebrauch, die sich nicht durch ein bestimmtes Eigentumsverhältnis, sondern vielmehr durch eine öffentliche Nutzung oder national kulturelle Bereicherung auszeichnen.⁵³⁸

⁵³⁰ Eine Zusammenstellung der relevanten Gesetze ist auf der Seite des Umweltministeriums unter <http://www.minambiente.gov.co/contenido/contenido.aspx?conID=8734&catID=1355> zu finden.

⁵³¹ Art. 81 Abs. 2 der kolumbianischen Verfassung (*Constitución Política de Colombia de 1991*): "El Estado regulará el ingreso al país y su salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional." Text abrufbar unter: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>.

⁵³² Siehe Art. 5 Nr. 20, 21 Gesetz 99. Das Gesetz 99 aus dem Jahr 1993 ist abgedruckt im Gesetzesblatt Nr. 41.146 vom 22. Dezember 1993. Durch dieses Gesetz sollte der Umweltsektor reformiert werden. Eine wichtige Reformkomponente war die Errichtung des heutigen Umweltministeriums.

⁵³³ *Decreto* 2811 vom 18. Dezember 1974, Text abrufbar unter: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/1974/decreto_2811_1974_pr001.html#42. Art. 42 besagt: "Pertenece a la nación los recursos naturales renovables y demás elementos ambientales regulados por este Código que se encuentren dentro del territorio nacional, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por particulares y de las normas especiales sobre baldíos."

⁵³⁴ Zur Souveränität des Staates über die Ressourcen siehe Art. 5 Nr. 38 Gesetz 99.

⁵³⁵ Die biologische Vielfalt wird als nationales Erbe anerkannt, siehe Art. 1 Nr. 2 Gesetz 99.

⁵³⁶ Urteil des Verfassungsgerichts C-137 von 1996.

⁵³⁷ Urteil C-977 vom 26. August 1997.

⁵³⁸ *Perkoff Bass/Ruiz Muller* (Hrsg.), *Protecting Biodiversity*, S. 15 f.

2. Verfahrensverlauf für den Zugang zu genetischen Ressourcen

Besonders relevant für die Behandlung der Frage des Zugangs zu genetischen Ressourcen sind der Beschluss 391, die Resolution 620 vom 7. Juli 1997,⁵³⁹ das Dekret 730 (*Decreto Ley*) vom 14. März 1997,⁵⁴⁰ das zur Umsetzung des Beschlusses 391 erlassen worden ist und die zuständige nationale Behörde bestimmte. Im Jahr 2011 ist das Umweltministerium neu strukturiert worden. Im Zuge dieser Umstrukturierung ist als zuständige Behörde für die Prüfung und Entscheidung über Zugangsanträge das Referat Wald, Biodiversität und Ökosystemdienstleistungen des Umweltministeriums benannt worden.⁵⁴¹ Zudem ist für die Behandlung von reinen Forschungsprojekten im Bereich der Biodiversität das Dekret 309 vom 25. Februar 2000 erlassen worden, das Erleichterungen und eine Privilegierung für reine Forschungsprojekte einführt. In diesen Fällen werden sämtliche Vorgänge der Forschungsarbeiten am biologischen Material mit einer einzigen Genehmigung abgegolten.⁵⁴² Die Beantragung mehrerer gesonderter Genehmigungen ist nicht mehr erforderlich, womit das Verfahren beträchtlich erleichtert wird.⁵⁴³ Zuständig für die Erteilung der (gebündelten bzw. Sammel-)Genehmigung sind in diesem Fall die regionalen Umweltbehörden oder die größten städtischen Zentren sowie in ganz bestimmten Fällen auch das Umweltministerium.⁵⁴⁴ Im Hinblick auf genetische Ressourcen besagt das Dekret ausdrücklich, dass jede Forschungsaktivität mit oder an genetischen Ressourcen, deren Derivaten oder mit ihnen verbundenen immateriellen Vermögenswerten in den Anwendungsbereich des Dekrets fällt.⁵⁴⁵ Zudem stellt es klar, dass die Vergabe einer Forschungsgenehmigung nach dem Dekret 309 eine zusätzliche Genehmigung des Zugangs zu genetischen Ressourcen durch das Umweltministerium nicht erforderlich macht. Sollte aber nach den Grundsätzen des Beschlusses 391 zusätzlich zu der Forschungserlaubnis ein Zugang zu genetischen Ressourcen, Derivaten oder traditionellem Wissen erforderlich sein, so wird eine einstweilige Zugangserlaubnis unter der Bedingung erteilt, dass ein Zugangsvertrag mit dem Umweltministerium geschlossen wird.⁵⁴⁶ In diesem Fall kann das Umweltministerium die regionale Umweltbehörde im Rahmen des Zugangsverfahrens anhören, eine zwingende Beteiligung ist nicht vorgesehen.

⁵³⁹ Text abrufbar unter: http://www.minambiente.gov.co/documentos/normativa/ambiente/resolucion/res_0620_070797.pdf.

⁵⁴⁰ *Decreto Ley* 730 vom 14. März 1997: "Por el cual se determina la autoridad nacional competente en materia de acceso a recursos genéticos".

⁵⁴¹ Text des Dekrets (*Decreto Ley*) 3570 vom 27. November 2011 abrufbar unter http://www.minambiente.gov.co/documentos/normativa/ambiente/decreto/dec_3570_270911.pdf.

⁵⁴² Art. 2 Dekret 309.

⁵⁴³ Vgl. Ferreira-Miani, in: Carrizosa/Brush/Wright/McGuire (Hrsg.), *Accessing Biodiversity and Sharing the Benefits*, S. 79 (100, Fn. 14).

⁵⁴⁴ Art. 4 Dekret 309.

⁵⁴⁵ Art. 15 Dekret 309.

⁵⁴⁶ Art. 16 Dekret 309.

Das Dekret 730 setzt die fünfte Übergangsbestimmung (*Disposición Transitoria*) des Beschlusses 391 um und bestimmt als zuständige Behörde für den Zugang zu genetischen Ressourcen das Umweltministerium⁵⁴⁷, wobei nach Art. 1 der Resolution 620 verwaltungsintern die Zuständigkeit an das Büro des Vizeministers fällt (*Vice Ministerio*, dort die *Dirección de Licencias, Permisos y Trámites*). Das *Vice Ministerio* ist für die Antragsgewährung wie auch für den Abschluss von Zugangsverträgen für jede Art von genetischen Ressourcen zuständig.

a. Der Antrag

Das Verfahren beginnt mit der Einreichung des Antrages und den erforderlichen Unterlagen entsprechend der im Beschluss 391 festgelegten Voraussetzungen⁵⁴⁸ beim Rechtsamt (*Oficina Jurídica del Ministerio del Ambiente*) des Umweltministeriums, Art. 4 der Resolution 620. Insbesondere soll der Antrag Angaben zur Person des Lieferanten der genetischen Ressourcen, ihrer Derivate und des damit verbundenen traditionellen Wissens, Angaben zur Person oder zur Einrichtung, die als nationale unterstützende Einrichtung fungieren soll, sowie Angaben zum wissenschaftlichen nationalen Partner bei Projekten mit Forschungsaktivitäten enthalten.

Das Rechtsamt wird dann eine erste Überprüfung der Antragsunterlagen auf ihre Vollständigkeit durchführen. Bei Vollständigkeit des Antrages wird er zur Prüfung zugelassen, mit Antragsdatum versehen und ins öffentliche Register eingetragen. Andernfalls wird er zurückgewiesen, wobei der Antragsteller innerhalb einer bestimmten Frist die Möglichkeit eingeräumt bekommen kann, den Antrag noch zu vervollständigen (Art. 6 der Resolution 620). Die öffentliche Bekanntgabe des Antrages und eines Auszuges des Projektvorschlages obliegt dem Antragsteller (Art. 11 Resolution 620).

b. Die Evaluierung

Innerhalb einer festgelegten Bearbeitungsfrist von 30 Werktagen nach der Eintragung in das Register soll die zuständige nationale Behörde den Antrag evaluieren.⁵⁴⁹

Das Antragsverfahren ist öffentlich. Demnach können Dritte innerhalb der festgelegten Fristen – parallel zur Erstellung des technischen und des rechtlichen Gutachtens – Stellungnahmen abgeben bzw. Einspruch gegen das betreffende Antragsverfahren einlegen. Die zuständige nationale Behörde wird ihre Evaluierung und Entscheidung auf ein technisches (*Dictamen Técnico*) und ein rechtliches Gutachten

⁵⁴⁷ *Ministerio del Ambiente*, geschaffen durch das Gesetz 99 vom 22. Dezember 1993.

⁵⁴⁸ Art. 24 des Beschlusses 391

⁵⁴⁹ Art. 13 Resolution 620.

(*Dictamen Legal*),⁵⁵⁰ Stellungnahmen Dritter, sowie auf die Ergebnisse der Besuche des Projektgebietes und weitere dem Antrag beigefügte Unterlagen stützen.⁵⁵¹

Sollte nach der Evaluierung der Antrag angenommen werden, geht das Verfahren in die Verhandlungsphase des Zugangsvertrages über. Die Antragsannahme erfolgt durch Resolution.⁵⁵²

c. Der Vertrag

Die Vertragsverhandlungen schließen sich direkt der Billigung des Antrages durch Resolution an, Art. 19 Resolution 620. Der Zugangsvertrag wird zwischen dem Antragsteller und dem Staat, vertreten durch die nationale zuständige Behörde, geschlossen. Die Bedingungen des Beschlusses 391 der Andengemeinschaft sind hier ebenfalls zu berücksichtigen. Erst durch die Veröffentlichung des Beschlusses der nationalen zuständigen Behörde über den erfolgreichen Abschluss des Zugangsvertrages über genetische Ressourcen zusammen mit Auszügen des Vertragsinhaltes im Amtsblatt oder einer anerkannten nationalen Tageszeitung, ist das Zugangsrecht entstanden, Art. 20 Resolution 620. Hier hat der Antragsteller ebenfalls die Kosten der Veröffentlichung zu tragen.

3. Die Zugangsregelungen Kolumbiens und der Schutz des traditionellen Wissens

Kolumbien verfügt bisher nicht über einen umfassenden Schutz traditionellen Wissens, obwohl es sich bereits Anfang der 1990er Jahre mit dem Thema befasst hat.⁵⁵³ Unter der Federführung des Alexander-von-Humboldt-Instituts, das dem Umweltministerium zugeordnet ist, sind bereits seit dem Jahr 1997 mehrere Initiativen zu diesem Thema gestartet worden. 1997 ist eine Nationale Biodiversitätspolitik (*Política Nacional de Biodiversidad*) erarbeitet worden.⁵⁵⁴ Ein wichtiger Schwerpunkt dieser Biodiversitätspolitik war die Förderung und Festigung des Schutzes traditionellen Wissens, der 1998 zum Aktionsplan Biodiversität (*Propuesta de Plan de Acción Nacional en Biodiversidad*) mit dem Ziel der Umsetzung der Zielvorgaben führte.⁵⁵⁵ In Fortsetzung der begonnenen Aufgabe erarbeitete das Institut im Jahre 2003 einen Vorschlag zu möglichen Elementen eines *Sui-Generis*-Schutzsystems (*Posibles elementos para un Sistema de Protección del Conocimiento Tradicional en*

⁵⁵⁰ Art. 16 Resolution 620.

⁵⁵¹ Art. 17 Resolution 620.

⁵⁵² Art. 18 Resolution 620.

⁵⁵³ Ruiz-Muller, Protección sui Generis de Conocimientos Indígenas en la Amazonía, S. 65.

⁵⁵⁴ Die Nationale Biodiversitätspolitik kann unter http://www.minambiente.gov.co/documentos/politica_nacional-biodiversidad.pdf abgerufen werden.

⁵⁵⁵ Siehe ausführlich hierzu Pardo Fajardo, in: Tiwarog/Kapoor (Hrsg.), Protecting and Promoting Traditional Knowledge, S. 223 (228).

Colombia).⁵⁵⁶ Neben den bekannten Elementen des PIC und MATs sowie des Vorteilsausgleichs wird insbesondere vorgeschlagen, eine Mitinhaberschaft aller Gemeinschaften an den kollektiven Rechten im Falle gemeinschaftsübergreifender Kenntnisse vorzusehen. Zudem wird vorgeschlagen, Datenbanken über vorhandenes Wissen sowie Fonds einzurichten, die von den Gemeinschaften selbst verwaltet werden sollten. Aufgrund interner verworrener Zuständigkeitsfragen zwischen Umweltministerium und dem Institut und anderer Koordinationsschwierigkeiten ist weder die Nationale Biodiversitätsstrategie nebst Aktionsplan angenommen worden,⁵⁵⁷ noch hat die zuletzt genannte Initiative im Hinblick auf das *Sui-Generis*-Schutzsystem konkrete Ergebnisse hervorgebracht.

Konkret auf das Zugangsverfahren bezogen gilt Folgendes: Sollte bei dem Zugang zu genetischen Ressourcen ebenfalls der Zugang zu damit verbundenem traditionellen Wissen angestrebt werden, sind die relevanten lokalen, afro-amerikanischen und indigenen Gemeinschaften als Trägerinnen dieses Wissens hierüber zu konsultieren. Die Anforderungen an den Konsultationsprozess sind mit dem angestrebten PIC-Verfahren in Ecuador vergleichbar. Die Konsultation richtet sich nach den Bestimmungen des Dekrets 1320 vom 13. Juli 1998.⁵⁵⁸ Der Nachweis der Konsultation muss ebenfalls bei Antragstellung vorliegen.

4. Zusammenfassung und Bewertung

Die Umsetzungsbestrebungen in Kolumbien haben den Nachteil, dass das Land über mehr als hundert Gesetze und Dekrete verfügt, die für den Zugang zu Ressourcen relevant sein können. Die Rechtslage gestaltet sich dadurch für einen potentiellen Nutzer von genetischen Ressourcen als sehr unübersichtlich. Wie bereits oben dargestellt, verfügt Kolumbien aber über ein Regelungswerk, das Dekret 309 vom 25. Februar 2000,⁵⁵⁹ das für die gesonderte Beurteilung von rein wissenschaftlichen Forschungsvorhaben ohne gewerbliche Zielsetzung maßgeblich ist. Dadurch soll die Nutzung genetischer Ressourcen zum Zwecke der reinen Forschung erleichtert werden. Ein Zugangsrecht im Sinne des Beschlusses 391 soll durch eine Forschungsgenehmigung nach dem Dekret 309 nicht gewährt werden. Insbesondere soll verhindert werden, dass durch die Beantragung von Forschungsgenehmigungen für Prospektionsarbeiten das Zugangsverfahren nach dem Beschluss 391 umgangen wird. Das Dekret bietet aber keine handfesten Kriterien für die Abgrenzung rein

⁵⁵⁶ Zum Inhalt des Vorschlages siehe *UNEP*, Dok. UNEP/CBD/WG8J/3/INF/10 vom 30. September 2003, S. 74 f.

⁵⁵⁷ *Ferreira-Miani*, in: *Carrizosa/Brush/Wright/McGuire* (Hrsg.), *Accessing Biodiversity and Sharing the Benefits*, S. 79 (82).

⁵⁵⁸ Text abrufbar unter http://www.urosario.edu.co/urosario_files/3e/3e9acab1-1aea-4fd8-a2e6-9-bb1edb0f096.pdf.

⁵⁵⁹ Decreto 309 "Por el cual se reglamente la investigación científica sobre biodiversidad biológica", Text abrufbar unter: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=198982.

wissenschaftlicher Vorhaben von gewerblichen Zugangsvorhaben und überlässt damit diese Frage der Einzelfallentscheidung der zuständigen Behörde.

Die Anwendung der Zugangsregelungen in Kolumbien hat zahlreiche Schwierigkeiten im Verfahrensablauf aufgezeigt. Neben der stark zersplitterten Gesetzgebung und der sehr komplexen Zuständigkeitsstruktur steht weiterhin das Fehlen an Know-how im Vordergrund. Der kolumbianische Staat und andere internationale Institutionen haben hierfür die Durchführung von zwei großen technischen Expertisen gefördert.⁵⁶⁰ Die Umsetzung der dort vorgeschlagenen Förderungsmaßnahmen ist bisher nicht zufriedenstellend erfolgt.⁵⁶¹ Seit Anwendung der Zugangsregelungen bis zum Jahre 2004 sind in Kolumbien nur zwei Anträge erfolgreich gewesen. Derzeit bestehen über zwanzig laufende Verfahren, bei denen noch kein Antrag angenommen wurde.⁵⁶² Besonders kontrovers diskutiert wurde der Zugangsantrag des US-amerikanischen Unternehmens BioAndes. Das bislang einzige Vorhaben mit gewerblicher Zielsetzung wurde im Dezember 1998 endgültig abgelehnt. Im November 1997 hatte das Umweltministerium den Zugangsantrag wegen unpräziser Angaben zur geographischen Lage und taxonomischer Ungenauigkeiten sowie der fehlenden Beteiligung lokaler Partner abgelehnt. Das Verfassungsgericht bestätigte nach erfolglosem Widerspruch und anschließender Klage die behördliche Entscheidung, wobei es seine Entscheidung auf andere Gründe stützte.⁵⁶³ Dieser Fall hat deutlich gezeigt, dass ein erheblicher Reformbedarf insbesondere im Hinblick auf die Überarbeitung und Optimierung der gegebenen Unmenge an Regelungen wie an der Rechtsanwendung vorhanden ist.

IV. Der Zugang zu genetischen Ressourcen in Peru

Die peruanische Verfassung unterstellt natürliche Ressourcen dem staatlichen Verwaltungsvermögen⁵⁶⁴ und legt hierdurch die im Beschluss 391 eröffnete Befugnis

⁵⁶⁰ Siehe die Expertisen: „Access to Genetic Resources: Technical and Legal Proposal“, National University of Colombia, Institute of Socio-Legal Research – UNIJUS, Bogotá 2003 und „Technical Proposal for Policy on Access to Sustainable Use of Genetic Resources in Colombia“, Institute Alexander von Humboldt: Bogotá 2004.

⁵⁶¹ Siehe zu der Problematik der noch nicht umfassend vorhandenen Kompetenz auch *CISDL* (Hrsg.), Overview of the National and Regional Implementation of Access to Genetic Resources and Benefit-sharing Measures, S. 10.

⁵⁶² Zu der Lage in Kolumbien hinsichtlich der Anträge zum Zugang zu genetischen Ressourcen siehe: *CISDL* (Hrsg.), Overview of the National and Regional Implementation of Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing Measures, S. 10.

⁵⁶³ Siehe zum Fall BioAndes Ruiz Muller, ¿Es necesario un nuevo marco jurídico para la bioprospección en la región andina?, Serie de Política y Derecho Ambiental No. 14 (2003), 1 (8), Fn. 12; vgl. Ferreira-Miani, in: Carrizosa/Brush/Wright/McGuire (Hrsg.), Accessing Biodiversity and Sharing the Benefits, S. 79 (97).

⁵⁶⁴ Art. 66 Abs. 1 S. 1 der peruanischen Verfassung vom 31. Dezember 1993: „Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.“

zur rechtlichen Zuordnung genetischer Ressourcen fest. Der Staat ist angehalten, die erforderlichen rechtlichen Rahmenbedingungen für die Nutzung natürlicher Ressourcen und für ihre Übertragung an Dritte zu schaffen.⁵⁶⁵ Zudem verpflichtet die Verfassung den Staat, die Erhaltung der biologischen Vielfalt und den Erhalt der eingerichteten Schutzgebiete zu fördern.⁵⁶⁶ Das Land verfügt über eine Vielzahl an Gesetzen mit Bezug auf den Schutz und die Nutzung der Artenvielfalt.⁵⁶⁷

Im Jahre 1997 erließ Peru das Gesetz über die Erhaltung und Nachhaltige Nutzung der biologischen Vielfalt.⁵⁶⁸ Dieses Gesetz behandelt in sehr allgemeiner Form das Thema des Schutzes indigener Rechte und der wissenschaftlichen Forschung.⁵⁶⁹ Eine Regelung über den Zugang zu genetischen Ressourcen trifft das Gesetz nicht.⁵⁷⁰ Das Gesetzbuch zur Umwelt und zu natürlichen Ressourcen wurde 1999⁵⁷¹ und 2000 das Gesetz zur nachhaltigen Nutzung von Heilpflanzen erlassen.⁵⁷² Das Waldgesetz von 2000⁵⁷³ mit der entsprechenden Ausführungsverordnung aus dem Jahr 2000⁵⁷⁴ nimmt Bezug auf den Zugang zu genetischen Ressourcen zu Forschungszwecken. Insbesondere die Ausführungsverordnung von 2001 regelt diese Zugangsart und nimmt explizit Forschungsarbeiten am genetischen Material oder an Derivaten von der Genehmigung aus. Für diese Privilegierung muss das Vorhaben im Wesentlichen taxonomischer Natur sein, wobei Molekular- oder Genforschung nur

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.”

Der Text der Verfassung kann unter <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html> abgerufen werden.

⁵⁶⁵ Art. 66 Abs. 2 der peruanischen Verfassung.

⁵⁶⁶ Art. 68 der peruanischen Verfassung.

⁵⁶⁷ Peru ratifizierte die CBD durch das Legislativdekret 26181 vom 12. Mai 1993. Dies führte zu der Ausarbeitung einer Nationalen Biodiversitätsstrategie mit dem Ziel, Themen wie die Artenerhaltung, die nachhaltige Nutzung der biologischen Vielfalt sowie den Aufbau relevanten Know-hows auf die aktuelle politische Agenda zu bringen. Die Nationale Biodiversitätspolitik ist vom Ministerpräsidium als *Decreto Supremo* 102-2001-PCM verabschiedet und am 5. September 2001 im Gesetzesblatt *El Peruano* veröffentlicht worden.

⁵⁶⁸ *Ley Sobre la Conservación y el Aprovechamiento Sostenible de la Biodiversidad Biológica* No. 26839 vom 17. Juli 1997. Text abrufbar unter: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/26839.pdf>. Der Erlass der Ausführungsverordnung erfolgte vier Jahre später. Zum Ziel des Gesetzes siehe *Perkoff Bass/Ruiz Muller* (Hrsg.), *Protecting Biodiversity*, S. 30.

⁵⁶⁹ Zu den Schwerpunkten der wissenschaftlichen Forschung im Bereich der Biodiversität siehe Art. 26 *Ley* No. 26839.

⁵⁷⁰ Allgemein zum Thema der genetischen Ressourcen siehe Art. 27–20 *Ley* No. 26839. Art. 27 legt nur fest, dass der Staat Vertragspartei des Zugangsverfahrens und somit teilhabeberechtigt ist. Art. 29 besagt, dass der Zugang zu genetischen Ressourcen durch Gesetz geregelt werden muss. In den in Art. 28 benannten Fällen kann der Zugang zu genetischen Ressourcen von Anfang an verneint werden.

⁵⁷¹ *Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales*, Legislativdekret 613.

⁵⁷² *Ley de Aprovechamiento Sostenible de las Plantas Medicinales*, Gesetz 27300.

⁵⁷³ *Ley Forestal y de Fauna Silvestre*, Gesetz 27308.

⁵⁷⁴ *Decreto Supremo* 014-2001-AG vom 6 April 2001. Der Text kann unter <http://www.fonamperu.org/general/bosques/documentos/RLF.pdf> abgerufen werden.

insofern erlaubt sind, als sie der Identifizierung und Klassifizierung dienen und die staatlichen Rechte am genetischen Erbe nicht angetastet werden.⁵⁷⁵ Die Ausführungsverordnung umfasst aber nur Bioprospektion von Materialproben, die aus dem natürlichen Verbreitungsgebiet der Pflanzen und Tiere stammen. Damit umfasst sie insbesondere nicht Material aus *Ex-situ*-Einrichtungen. Für diese Einrichtungen ist das Institut für natürliche Ressourcen (*Instituto Nacional de Recursos Naturales*, INRENA), zuständig. Für diese Zugangsart ist der Abschluss eines sog. Vertrages zur Materialbeschaffung (*Material Transfer Agreement*) erforderlich.⁵⁷⁶

Am 1. Mai 2004 erließ Peru das Gesetz zum Schutz des Zugangs zur peruanischen biologischen Vielfalt und der kollektiven Kenntnisse der indigenen Völker.⁵⁷⁷ Dieses Gesetz führte die „Nationale Kommission für die Verhinderung von Biopiraterie“ als neues Gremium⁵⁷⁸ mit dem Ziel ein, den unkontrollierten Zugang zu und die illegale Verwendung biologischer Ressourcen und traditionellen Wissens zu verhindern.⁵⁷⁹ Dafür wurde die Einrichtung eines Registers für sämtliche biologische Ressourcen sowie das traditionelle Wissen des Landes vorgesehen.⁵⁸⁰ Der Kommission werden zudem zahlreiche Befugnisse im Bereich der Überprüfung und Begutachtung von Patenten sowie Patentanträgen eingeräumt, die auf biologischen Ressourcen und eventuell auf traditionellem Wissen beruhen könnten.⁵⁸¹ Die Kommission hat ihre Arbeit bereits aufgenommen. Dieses Gesetz, welches aufgrund seiner Bezeichnung ein Zugangsregime vermuten lässt, geht aber über die Klärung von Zuständigkeitsfragen nicht hinaus.

⁵⁷⁵ Art. 329 *Decreto supremo* 014-2001-AG.

⁵⁷⁶ Art. 334.1 *Decreto supremo* 14-2001-AG.

⁵⁷⁷ *Ley de Protección al Acceso a la Biodiversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas* No. 28216 vom 30. April 2004, abgedruckt im Gesetzesblatt *El Peruano* am 1. Mai 2004. Text abrufbar unter: http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=202201. Für einen Überblick über die erlassenen Gesetze und Maßnahmen zur Bekämpfung der Biopiraterie siehe WTO Dok. IP/C/W/441/Rev.1.

⁵⁷⁸ *Comisión Nacional*, Art. 2 *Ley* No. 28216. Die Kommission ist der *Presidencia del Consejo de Ministros* unterstellt.

⁵⁷⁹ Die *Comisión Nacional* begann ihre Arbeit der Identifizierung von Biopiraterie-Fällen anhand von folgenden peruanischen Ressourcen: *hercampuri* (*Gentianella alborosea* (Gilg) Fabris), *camu camu* (*Myrciaria dubia*), *yacon* (*Smallanthus sonchifolius*), *caigua* (*Cyclanthera pedata* L.), *sacha inchi* (*Plukenetia volubilis* L.) und *chancapiedra* (*Phyllanthus niruri*). Siehe hierzu die Mitteilung Perus an den *Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* vom 7. November 2005, WTO Dok. IP/C/W/458: „Analysis of Potential Cases of Biopiracy“. Zur Arbeit der *Comisión Nacional* für den Zeitraum 2004 bis 2007 siehe die Mitteilung Perus an den *Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* vom 19. September 2007, WTO Dok. IP/C/W/493 („Combating Biopiracy – the Peruvian Experience“).

⁵⁸⁰ *Inventario Nacional de Diversidad Biológica*, Art. 4 lit. a *Ley* No. 28216 und erste Übergangsbestimmung.

⁵⁸¹ Die peruanische Patentbehörde, INDECOPI (*Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual*), hat gemäß Art. 3 *Ley* 28216 einen Sitz in der Kommission.

Neben dieser stark zersplitterten Gesetzgebung hat Peru im Jahr 2009 eine Ausführungsverordnung zur Umsetzung des Beschlusses 391 der Andengemeinschaft erlassen.⁵⁸² Derzeit (Stand 2012) wird diese Verordnung einer Überprüfung durch das Umweltministerium unterzogen, da ihre Umsetzung sich als wenig praktikabel gezeigt hat.

1. Rechtlicher und institutioneller Rahmen

Derzeit richtet sich somit der Zugang zu genetischen Ressourcen in Peru nach der erlassenen Ausführungsverordnung von 2009 und ergänzend nach den Bestimmungen des Beschlusses 391 nebst den Resolutionen 414 und 415. Sollte traditionelles Wissen betroffen sein, ist zudem das Gesetz 27811 zum Schutz traditionellen Wissens zu beachten (siehe Ausführungen unter B.IV.3.).

Das Umweltministerium (MINAM) ist zuständig für den Erlass von Strategien, Gesetzen und sonstigen Regelungen für den Zugang zu genetischen Ressourcen, Art. 13 der Ausführungsverordnung. In seine Zuständigkeit fällt auch die Vertretung des Landes bei den internationalen Verhandlungen zum Zugang zu genetischen Ressourcen. Es übt zudem eine koordinierende, überwachende und unterstützende Funktion für die Nutzung genetischer Ressourcen aus. Je nach Nutzungsart genetischer Ressourcen können unterschiedliche Behörden für die Erteilung von Zugangsgenehmigungen und die Verhandlungen der Zugangsverträge nebst akzessorischen Verträgen zuständig sein, Art. 15 der Ausführungsverordnung. Diese Vorschrift nennt drei zuständige Behörden: Das Nationale Institut für Landwirtschaftliche Innovation (*Instituto Nacional de Innovación Agraria*) ist zuständig für Anträge über genetische Ressourcen oder Derivate von domestizierten Pflanzen oder Kulturpflanzen. Das Landwirtschaftsministerium ist zuständig für Anträge über Wildpflanzen im weiteren Sinne (auch verwandte Kulturpflanzen) sowie Mikroorganismen. Das Fischereiministerium ist für marine genetische Ressourcen zuständig.⁵⁸³

2. Verfahrensablauf für den Zugang zu genetischen Ressourcen

Der Verfahrensablauf für den Zugang zu genetischen Ressourcen umfasst die Antragstellung, die Evaluierung des Antrages und des Projektvorschlages nach Annahme und Veröffentlichung des Antrages, die Vertragsverhandlungen und den Abschluss des Zugangsvertrages nebst akzessorischen Verträgen.

⁵⁸² *Decreto Supremo* 003-2009-MINAM, „Reglamento de Acceso a Recursos Genéticos“. Text abrufbar unter <http://www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-pe6-es.pdf>.

⁵⁸³ Siehe hierzu im Detail Art. 15 der Ausführungsverordnung.

a. Der Antrag

Art. 20 der Ausführungsverordnung (im folgendem AV) erwähnt erneut, dass der Antrag bei der nach Art. 15 AV sektoriell zuständigen Behörde zu stellen ist. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Beschlusses 391 der Andengemeinschaft. Der Antrag muss den im Beschluss 391 aufgestellten Anforderungen entsprechen. Eine explizite Anforderung an die Antragsunterlagen ist die Einreichung in spanischer Sprache. So müssen dem Antrag insbesondere folgende Urkunden und Dokumente beigelegt werden: Angaben zur Person des Antragstellers und Nachweis der Berechtigung zum Abschluss von Verträgen; Angaben zur Person des Lieferanten der genetischen und biologischen Ressourcen, ihrer Derivate oder des damit verbundenen traditionellen Wissens; detaillierte Angaben zur Person und Lebenslauf des Projektleiters; Angaben zur Person oder zur Einrichtung, die als nationale unterstützende Einrichtung fungieren soll (*entidad nacional de apoyo*); Angaben zur beantragten Art des Zugangs und zum Projektgebiet. Ferner sind genaue Angaben zum Projekt bzw. der Art und Weise des beantragten Zugangs zu machen.

b. Die Evaluierung

Im Übrigen richtet sich die Evaluierung ebenfalls nach den Mindestanforderungen des Beschlusses 391. Die technischen Gutachten fallen in die Zuständigkeit der jeweiligen nationalen sektoriell zuständigen Behörde gem. Art. 15 der Ausführungsverordnung, in deren Zuständigkeit üblicherweise die Verwaltung bzw. Überwachung der betreffenden Ressourcenart fallen würde.

c. Der Vertrag

Auch der Ablauf der Vertragsverhandlungen sowie der abzuschließende Zugangsvertrag müssen den Voraussetzungen des Beschlusses 391 Rechnungen tragen. Sollte auch Zugang zu mit genetischen Ressourcen verbundenem traditionellen Wissen erlangt werden, dann muss schon bei der Antragstellung der Nachweis einer Einigung mit den relevanten Gemeinschaften vorliegen. Die akzessorischen Verträge mit diesen Gemeinschaften müssen zudem im Einklang mit den Bestimmungen der Gesetze zum Schutz des traditionellen Wissens stehen.⁵⁸⁴ Hier ist insbesondere Art. 7 Ley No. 27811⁵⁸⁵ zu berücksichtigen, der festlegt, dass beim Zugang zu traditionellem Wissen zu Gewinnerzielungsabsichten bzw. kommerziellen Zwecken der

⁵⁸⁴ Siehe zu den Gesetzen und deren Anforderungen B. IV. 3.

⁵⁸⁵ Art. 7 Ley No. 27811 lautet: "Acceso con fines de aplicación comercial o industrial. En caso de acceso con fines de aplicación comercial o industrial, se deberá suscribir una licencia donde se prevean condiciones para una adecuada retribución por dicho acceso y se garantice una distribución equitativa de los beneficios derivados del mismo." Der Vertrag (bzw. der Lizenzvertrag) muss bei der Patentbehörde als nationale zuständige Behörde für Angelegenheiten des Schutzes traditionellen bzw. kollektiven Wissens indigener Völker (Art. 63) registriert werden.

Abschluss eines Vertrages mit Bestimmungen über eine Vorteilsteilhabe zwingend erforderlich ist.

3. *Der Schutz des traditionellen Wissens in Peru*

In der Andengemeinschaft sind in Peru die Bestrebungen zur Erreichung eines umfassenden Schutzes des traditionellen Wissens am weitesten vorangekommen. Bereits die peruanische Verfassung von 1993 gewährt jedem das Recht auf seine ethnische und kulturelle Identität⁵⁸⁶ und verleiht zudem den Gemeinschaften den Status juristischer Personen.⁵⁸⁷ Auch das Gesetz zum gewerblichen Rechtsschutz (*Ley de Propiedad Industrial*) aus dem Jahr 1996 nimmt Bezug auf den Schutz traditionellen Wissens.⁵⁸⁸ Art. 63 dieses Gesetzes sieht die Möglichkeit vor, ein spezielles Schutzregime und, falls als erforderlich erachtet, ein Register für das Wissen indigener und ländlicher Gemeinschaften einzurichten.⁵⁸⁹ Den Gemeinschaften wird im Hinblick auf Organisation, Grundeigentum, Arbeit und in wirtschaftlichen und administrativen Angelegenheiten ein Selbstverwaltungsrecht eingeräumt. Zudem kann innerhalb des jeweiligen Territoriums der Gemeinschaften die Rechtsprechung auf der Basis von Gewohnheitsrecht erfolgen.⁵⁹⁰ In diesem Zusammenhang ist auch das Gesetz 26839 zu sehen, welches in Art. 23 die Bedeutung und den Wert traditionellen Wissens für die Arterhaltung sowie die Notwendigkeit seines effektiven Schutzes anerkennt. Nach Art. 24 dieses Gesetzes werden die Kenntnisse, Innovationen und Gebräuche zum kulturellen Erbe der Gemeinschaften anerkannt, so dass allein den Gemeinschaften das Recht eingeräumt wird, über die Nutzung selbst zu entscheiden.

a. Das Gesetz 27811

Ergänzend zu diesem Normengefüge ist im Juli 2002 das Gesetz zur Einführung eines Regimes zum Schutz kollektiver Kenntnisse der indigenen Völker verbunden mit biologischen Ressourcen erlassen worden.⁵⁹¹ Mit diesem Gesetz verfügt Peru bisher über das differenzierteste Regelungswerk zum Schutz von traditionellem

Sollten bestimmte zwingende Vertragsklauseln in dem Lizenzvertrag nicht enthalten sein, kann INDECOPI die Registrierung der Lizenz verweigern.

⁵⁸⁶ Art. 2 Nr. 19 der peruanischen Verfassung.

⁵⁸⁷ Art. 89 der peruanischen Verfassung.

⁵⁸⁸ *Ley de Propiedad Industrial – Decreto Legislativo* N° 823 vom 23. April 1996, veröffentlicht im Gesetzesblatt *El Peruano* am 24. April 1996 und in Kraft getreten am 24. Mai 1996. Der Text des Gesetzes kann unter http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=129324 abgerufen werden.

⁵⁸⁹ Siehe hierzu auch UNEP, Dok. UNEP/CBD/WG8J/4?INF5 vom 15. Dezember 2005, S. 52.

⁵⁹⁰ Art. 149 S. 1 der peruanischen Verfassung.

⁵⁹¹ *Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos No. 27811* vom 24. Juli 2002, Text abrufbar unter: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=129335.

Wissen. Gemäß Art. 6 der Ausführungsverordnung zur Umsetzung des Beschlusses 391 ist dieses Gesetz im Falle des Zugangs zu mit genetischen Ressourcen verbundenem traditionellen Wissen für das Zugangsverfahren ergänzend hinzuzuziehen.

Das peruanische Gesetz⁵⁹² führt ein System *sui generis* für den Schutz traditionellen Wissens als kollektives Wissen⁵⁹³ mit Bezug zur Biodiversität ein.⁵⁹⁴ Schutzgegenstand des Gesetzes sind somit die kollektiven Kenntnisse der indigenen Gemeinschaften mit Bezug auf biologische Ressourcen. Das Gesetz stellt zudem als wichtigste Voraussetzung für den Zugang zu traditionellem Wissen die Erlangung der vorherigen informierten Zustimmung der Entscheidungsträger⁵⁹⁵ der relevanten Gemeinschaft auf.⁵⁹⁶ Rechtsträger ist hier somit nicht ein Individuum, sondern die über das Wissen verfügende Gemeinschaft als Kollektiv.⁵⁹⁷ Der hier verwendete Begriff der vorherigen informierten Zustimmung ist sehr stark an den PIC-Begriff der CBD angelehnt. Ferner trifft das Gesetz keine Differenzierung zwischen der Art des angestrebten Zugangs (z.B. rein wissenschaftlicher Natur oder mit Gewinnerzielungsabsicht). Im Vergleich zum ecuadorianischen Regelungsentwurf geht das peruanische Gesetz weiter, indem es schon bei Antragstellung im Falle der Nutzung traditionellen Wissens nicht nur einen Vorschlag für die Konsultation der betreffenden Gemeinschaften, sondern bereits die vorherige informierte Zustimmung ihrer Entscheidungsträger verlangt.⁵⁹⁸ Es erteilt zudem die Entscheidungskompetenz ausdrücklich den entsprechend der eigenen Traditionen durch die Gemeinschaften benannten Entscheidungsträgern. Zudem führt das Gesetz drei Typen von Registern

⁵⁹² Die Erfahrungen mit den ICGB-Verträgen dienten als praktisches Leitbild bei der Erarbeitung dieses Gesetzes, welches im Zeitraum von 1996 bis Juli 2002 unter Beteiligung zahlreicher nationaler Institutionen und indigener Organisationen entstanden ist. Siehe zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes *Tobin*, RECIEL Vol 10 (2001), S. 47–64; *Tobin/Swidarska*, Speaking in Tongues, S. 27 ff. Zu den ICGB-Verträgen siehe ausführlich *Gehl Sampath*, Regulating Bioprospecting, S. 27.

⁵⁹³ Definition des kollektiven Wissens in Art. 2 lit. b *Ley No. 27811*: “b) Conocimiento colectivo.- Conocimiento acumulado y transgeneracional desarrollado por los pueblos y comunidades indígenas respecto a las propiedades, usos y características de la diversidad biológica. El componente intangible contemplado en la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena incluye este tipo de conocimiento colectivo.”

⁵⁹⁴ Art. 3 *Ley No. 27811*.

⁵⁹⁵ Siehe dazu Art. 14 *Ley No. 27811* und Art. 5 lit. d *Ley No. 27811*.

⁵⁹⁶ Art. 6 *Ley No. 27811*.

⁵⁹⁷ Für individuelle Rechte gilt weiterhin das herkömmliche Recht des Schutzes geistigen Eigentums, da diese von diesem Gesetz nicht erfasst werden.

⁵⁹⁸ Zum Begriff der vorherigen informierten Zustimmung siehe Art. 2 lit. c No. 27811, der lautet: “c) Consentimiento informado previo.- Autorización otorgada, dentro del marco del presente régimen de protección, por la organización representativa de los pueblos indígenas poseedores de un conocimiento colectivo, de conformidad con las normas por ellos reconocidas, para la realización de determinada actividad que implique acceder y utilizar dicho conocimiento colectivo, previo suministro de suficiente información relativa a los propósitos, riesgos o implicancias de dicha actividad, incluyendo los eventuales usos del conocimiento y, de ser el caso, el valor del mismo.”

für traditionelles bzw. kollektives Wissen ein.⁵⁹⁹ Es stellt zudem klar, dass die Rechte der indigenen Völker von der Registrierung ihres Wissens unberührt bleiben. Im Wesentlichen konzentrieren sich die Zielbestimmungen des Gesetzes nach dessen Art. 5 zum einen auf die Kontrolle der Gemeinschaften über die Nutzung ihres Wissens und die Sicherstellung der Teilhabe an den daraus resultierenden Vorteilen und zum anderen auf die Verhinderung von Biopirateriefällen durch die kontrollierte Anwendung des Patentsystems.⁶⁰⁰

(1) Schutzgegenstand, Schutzzumfang und Rechtsdurchsetzung

Wie bereits erwähnt sind Schutzgegenstand dieses Gesetzes allein die kollektiven Kenntnisse der indigenen Gemeinschaften, und zwar nur die, die einen Bezug zur Biodiversität haben.⁶⁰¹ Demnach sollen nur die Kenntnisse unter Schutz gestellt werden, die dem Erhalt und der nachhaltigen Nutzung der biologischen Vielfalt zugute kommen.⁶⁰² Als Rechtsträger wird ausdrücklich die Gemeinschaft als Kollektiv anerkannt.⁶⁰³ Als weitere Besonderheit greift das Gesetz die Problematik auf, dass mehrere Gemeinschaften über dasselbe Wissen verfügen können. Für solche Fälle bestimmt das Gesetz, dass dieses Wissen mehreren Gemeinschaften zugleich zustehen kann.⁶⁰⁴ Zudem erkennt das Gesetz an, dass innerhalb einer Gemeinschaft eigenständige Rechte entstehen können, die nicht unter den herkömmlichen Vorstellungen von geistigem Eigentum zu subsumieren sind. Die Vorteilsnutzung dieser Rechte richtet sich somit nicht nach dem Gesetz 27811, sondern unabhängig davon nach den traditionellen Regeln und Gebräuchen der betreffenden Gemeinschaften.⁶⁰⁵ Zudem legt das Gesetz in Art. 12 fest, dass die Rechte der Gemeinschaften auf ihr kollektives Wissen Bestandteil ihres kulturellen Erbes sind, und als solche sind sie unveräußerlich und unterliegen nicht der Verjährung.

Das Gesetz 27811 sieht in Art. 14 vor, dass die Rechte der indigenen Gemeinschaften auf ihr kollektives Wissen stellvertretend durch ihre Repräsentations- und Vertretungsorgane geltend gemacht werden müssen. Die Gemeinschaften sind somit verpflichtet, eigene Vertretungsorgane zu bestimmen – und zwar gemäß den

⁵⁹⁹ Art. 15 Ley No. 27811. Danach werden das „Nationale öffentliche Register kollektiven Wissens“, das „Nationale vertraulich geführte Register kollektiven Wissens“ und die „lokalen Register über kollektives Wissen“ eingerichtet. Die Register sollen dazu dienen, das vielfältige und breit gefächerte traditionelle Wissen, das in dem Land noch anzutreffen ist, zu erhalten. Die Registrierung ist freiwillig, kann vertraulich erfolgen und ihre Nichtdurchführung führt zu keinen Nachteilen für die Gemeinschaften.

⁶⁰⁰ Siehe hierzu Ruiz Muller/Lapeña/Clark, Wash. U. Global Stud. L. Rev. 3 (2004), S. 755 (774). Siehe die Zielbestimmungen Art. 5 a) bis e) des Gesetzes 27811.

⁶⁰¹ Art. 3 Gesetz 27811. Zur Definition des Begriffs kollektives Wissen (*conocimiento colectivo*) siehe Art. 2 b S. 1 Gesetz 27811.

⁶⁰² Siehe hierzu Leistner, in: Lewinski (Hrsg.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, S. 94

⁶⁰³ Art. 10 S. 1 Gesetz 27811. Siehe hierzu auch Art. 6 S. 2 Gesetz 27811.

⁶⁰⁴ Siehe hierzu Art. 10 S. 2 Gesetz 27811.

⁶⁰⁵ Art. 10 S. 3 Gesetz 27811.

eigenen traditionellen Organisations- und Willensbildungsstrukturen –, denn nur diese können nach der Systematik des Gesetzes ihre Rechte geltend machen.

Im Verhältnis zu der CBD hat das Gesetz 27811 einen stark eingeschränkten Anwendungsbereich. Anders als die CBD beschränkt es seinen Schutz auf kollektive und biodiversitätsbezogene Kenntnisse und schließt damit von seinem Anwendungsbereich Innovationen und Gebräuche aus. Damit ist das Gesetz 27811 im Verhältnis zu Art. 8 lit. j CBD und zu Art. 7 Beschluss 391 sehr eng gefasst.

Anders als der klassische immaterialgüterrechtliche Ansatz gewährt das peruanische *Sui-generis*-Schutzsystem keine Ausschließlichkeitsrechte. Das Schutzsystem beschränkt seinen Schutz auf folgende Konstellationen: Geschützt wird erstens die Offenbarung, Aneignung oder Nutzung kollektiven Wissens ohne die erforderliche Zustimmung der betreffenden Gemeinschaft, die in unlauterer Weise erfolgt und vorausgesetzt, dass sich das Wissen nicht in der *Public Domain* befindet.⁶⁰⁶ Geschützt werden zweitens die kollektiven Kenntnisse gegen eine nicht autorisierte Veröffentlichung, und zwar, wenn ein Dritter zwar rechtmäßig Zugang zu dem Wissen erlangt hat, aber gegen eine Geheimhaltungspflicht verstoßen hat.⁶⁰⁷ Das bedeutet, dass nur die unlautere Vorgehensweise den Schutz auslöst. Bei der Formulierung dieser Tatbestände hat der Gesetzgeber die Generalklausel aus dem Gesetz zum unlauteren Wettbewerb herangezogen.⁶⁰⁸ In welchen Fällen Unlauterbarkeit bei der Offenbarung, Aneignung oder Nutzung von kollektivem Wissen zu bejahen ist, wird die Gesetzesanwendung durch die zuständige Behörde im Laufe der Zeit herausarbeiten müssen.⁶⁰⁹ Das Gesetz räumt den geschädigten indigenen Gemeinschaften ein Klagerecht auch bei einer nur drohenden unlauteren Handlung ein.⁶¹⁰ Hierdurch wird die Möglichkeit der Unterbindung einer (nur) drohenden Offenlegung oder unbefugten Weitergabe von Wissen geschaffen⁶¹¹ und somit im Ergebnis auch die Verhinderung eines ungewollten Übergangs von Wissen in die *Public Domain* ermöglicht.⁶¹² Besonders hervorzuheben ist, dass bei einer behaupteten Rechtsverletzung der Beklagte die Beweislast trägt. Den indigenen Gemeinschaften in der Klägerrolle kommt somit eine Beweislast zugute.⁶¹³ Zudem kann das Patent- und Kartellamt INDECOPI⁶¹⁴ von Amts wegen ebenfalls gegen den Schädiger vorgehen. Den geschädigten Gemeinschaften, vertreten durch deren vertretungsberechtigten Organisationen, steht es zudem zu, Schadenersatzansprüche gegen Dritte geltend zu machen, die direkt oder indirekt entgegen den Bestimmungen des Gesetzes 27811

⁶⁰⁶ Siehe dazu auch Venero Aguirre, in: Bellmann/Dutfield/Meléndez-Ortiz (Hrsg.), Trading in Knowledge, S. 285 (290).

⁶⁰⁷ Art. 42 Gesetz 27811.

⁶⁰⁸ Art. 6 Gesetz 26122, veröffentlicht im Gesetzesblatt *El Peruano* am 31. Dezember 1992.

⁶⁰⁹ Siehe dazu Venero Aguirre, in: Bellmann/Dutfield/Meléndez-Ortiz (Hrsg.), a.a.O., S. 285 (290).

⁶¹⁰ Art. 43 Gesetz 27811.

⁶¹¹ Art. 43 S. 2 Gesetz 27811.

⁶¹² Siehe hierzu Tobin, RECIEL Vol 10 (2001) S. 47 (55).

⁶¹³ Art. 44 Gesetz 27811.

⁶¹⁴ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

von deren kollektiven Kenntnissen Gebrauch gemacht haben.⁶¹⁵ Diese Rechte sind zunächst vor der Behörde für Erfindungen und neue Technologien (*Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías*), die dem INDECOPI angegliedert und erstinstanzlich für alle Streitigkeiten zum Schutz traditionellen Wissens zuständig ist, geltend zu machen. Zweite und zugleich letzte Instanz ist das Gericht für geistiges Eigentum (*Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI*).⁶¹⁶ Ferner sieht das Gesetz die Verhängung von Sanktionen wegen Verletzung der Rechte indigener Gemeinschaften, die kollektives Wissen besitzen.⁶¹⁷ Ein Sanktionsregister, um die Öffentlichkeit zu informieren sowie um Rückfälle zu vermeiden ist vom INEDCOPI zu führen. Sowohl die Sanktionsregelungen als auch die festgelegten Rechtsmittelwege sind auf Kritik gestoßen.⁶¹⁸ Die vorgesehenen Sanktionen seien zu schwach und wenig effektiv und die Rechtsmittelzüge zu komplex. Das gesamte Schutzsystem verliere dadurch an Effektivität insbesondere, wenn schnelle Entscheidungen zur Verhinderung eines unlauteren Wissensmissbrauchs erforderlich sind.⁶¹⁹ Im Hinblick auf die Streitbeilegung von Auseinandersetzungen zwischen den indigenen Gemeinschaften verweist das Gesetz auf das Gewohnheitsrecht sowie auf traditionelle Streitschlichtungsmechanismen.⁶²⁰ Vorgesehen ist dabei die optionale Vermittlung einer übergeordneten Indianerorganisation.

Im Hinblick auf die Regelungen des Beschlusses 391 ist im Rahmen der Patentanmeldung einer Erfindung, die auf mit den genetischen Ressourcen verbundenem kollektiven Wissen basiert, die Einreichung der Kopie des Lizenzvertrages entsprechend den Bestimmungen des Gesetzes 27811 erforderlich.⁶²¹ Sollte dies nicht der Fall sein, wird entweder das Patent nicht erteilt oder für nichtig erklärt. Für Kenntnisse in der *Public Domain* gilt diese Anforderung ausnahmsweise nicht. Im Übrigen ist das *Sui-generis*-Schutzsystem nach dem Gesetz 27811 ausdrücklich als von der immaterialgüterrechtlichen Gesetzgebung unabhängig erklärt.⁶²²

(2) Begriff der *Public Domain* nach dem Gesetz 27811

Nach der Systematik des Gesetzes 27811 sollen indigene Gemeinschaften auch dann an den Vorteilen beteiligt werden, die aus der Nutzung ihrer kollektiven Kenntnisse resultieren, wenn diese bereits in den Gemeingebrauch übergegangen sind. Nach Art. 13 des Gesetzes 27811 ist dies zum Beispiel dann der Fall, wenn diese

⁶¹⁵ Art. 45 Gesetz 27811.

⁶¹⁶ Art. 63 Gesetz 27811.

⁶¹⁷ Zu den weiteren Einzelheiten siehe Art. 62 Gesetz 27811.

⁶¹⁸ Siehe Ruiz Muller/Lapeña/Clark, Wash. U. Global Stud. L. Rev. 3 (2004), S. 755 (792).

⁶¹⁹ Siehe Ruiz Muller/Lapeña/Clark, Wash. U. Global Stud. L. Rev. 3 (2004), S. 755 (792).

⁶²⁰ Art. 46 Gesetz 27811.

⁶²¹ 2. Ergänzungsvorschrift des Gesetzes 27811.

⁶²² 1. Ergänzungsvorschrift des Gesetzes 27811. Aufgeführt werden die andinen Beschlüsse 345 und 486, die nationalen Legislativdekrete 822 und 823 sowie das Dekret (*Decreto Supremo*) 008-96-ITTINCI.

Kenntnisse durch Verbreitung in den Massenmedien auch Personen außerhalb der Gemeinschaften zugänglich gemacht worden sind oder wenn es sich dabei um bestimmte Eigenschaften oder Nutzungsarten von biologischen Ressourcen handelt, die außerhalb des Wirkungskreises der indigenen Gemeinschaften bekannt geworden sind. In den Fällen, in denen diese Kenntnisse in den vergangenen 20 Jahren in die *Public Domain* übergegangen sind, ist ein Prozentsatz des Bruttoumsatzes aus der Kommerzialisierung der auf der Grundlage dieser kollektiven Kenntnisse entwickelten Produkte in den gemäß Art. 37 ff. Gesetz 27811 geschaffenen Fonds für die Förderung indigener Gemeinschaften einzuzahlen.⁶²³ Damit stellt das Gesetz klar, dass es in solchen Fällen nicht erforderlich ist, die vorherige informierte Zustimmung der Gemeinschaften⁶²⁴ (PIC) einzuholen. Auch die Unterzeichnung eines Lizenzvertrages im Sinne des Gesetzes 27811 ist nicht erforderlich. Vor dem Hintergrund, dass der Zugang zu diesen Kenntnissen sehr einfach ist und es zudem sehr schwierig zu ermitteln sein dürfte, welcher oder welchen Gemeinschaften diese Kenntnisse vor ihrem Übergang in die *Public Domain* zuzuordnen wären, erscheinen die Regelungen zur *Public Domain* als sinnvoll.⁶²⁵

Das neu eingeführte Konzept der *Public Domain* und die damit getroffenen Regelungen sind auf starke Kritik gestoßen. Bemängelt wird dabei insbesondere, dass diese Regelungen die Rechte indigener Gemeinschaften stark beschränken würden, da sie faktisch zur rückwirkenden Legitimierung einer in der Vergangenheit liegenden rechtswidrigen Aneignung führen würden.⁶²⁶ Die rechtmäßigen Ansprüche des vorherigen Inhabers dürften nicht durch einen an sich rechtswidrigen Übergang in die *Public Domain* zum Erlöschen kommen.⁶²⁷ Durch diese Regelungen verbleibe den indigenen Gemeinschaften im Ergebnis nur die Kontrolle über die Kenntnisse, die sich nicht in der *Public Domain* und sich somit ohnehin in ihrem ausschließlichen Besitz befänden.⁶²⁸ Weiterhin wird argumentiert, dass eine Differenzierung zwischen bekanntem und nicht offenbartem Wissen angebracht sei, hierbei aber eine weitere Differenzierung im Hinblick auf die Verbreitungskanäle nicht fehlen dürfe. Sollten bestimmte Kenntnisse gerade ohne die vorherige Zustimmung der betreffenden Gemeinschaften in die *Public Domain* gelangt sein, müssten die betroffenen Gemeinschaften weiterhin in der Lage sein, auch rückwirkend den Rechtsweg

⁶²³ Art. 13 siehe 2 Gesetz 27811.

⁶²⁴ *Consentimiento informado previo*. Zu der Definition der vorherigen informierten Zustimmung nach dem Gesetz 27811 siehe Art. 2 c). Adressaten dieses Rechts sind hier die indigenen Gemeinschaften. Anders wird derselbe Begriff in der CBD verwendet. Dort sind Adressaten des PIC (*prior informed consent*) nur die Vertragsstaaten.

⁶²⁵ Vgl. *Venero Aguirre*, in: *Bellmann/Dutfield/Meléndez-Ortiz* (Hrsg.), *Trading in Knowledge*, S. 285 (288).

⁶²⁶ *Tobin*, in: *Laird* (Hrsg.), *Biodiversity and Traditional Knowledge*, S. 386 (387).

⁶²⁷ Siehe *Dutfield*, *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity*, S. 62.

⁶²⁸ Siehe auch *Tobin*, *RECIEL* Vol. 10 (2001), S. 47 (55).

beschreiten zu dürfen.⁶²⁹ So werden folgende Aspekte vorgeschlagen, die bei einer Neudefinierung des Konzepts der *Public Domain* und seinen respektiven Regelungen zu berücksichtigen wären: die Absicht der Gemeinschaft bei der Weitergabe ihres Wissens, ihre Kenntnis über eine möglichen Nutzung ihres Wissens zu kommerziellen Zwecken, das Bewusstsein der Gemeinschaften, dass die Weitergabe an Dritte mit einem Kontrollverlust über dieses Wissen einhergehen könnte, die Art der Verbindung⁶³⁰ zwischen dem Wissensinhaber und dem Wissensempfänger.⁶³¹ In den Fällen, in denen die Intention des Wissensinhabers bei der tatsächlichen Weitergabe des Wissens nicht mehr festzustellen sei, müsse der Nutzer dieses Wissens die Beweislast dafür tragen, dass er ohne die vorherige informierte Zustimmung zur Nutzung dieses Wissens berechtigt war.

Zwar klingen diese Vorschläge berechtigt und plausibel. Sie dürften aber in der Praxis schwer umzusetzen sein. Praktische Probleme dürfte bereits die Ermittlung der tatsächlichen Intention des Wissensträgers bei der Weitergabe des Wissens bieten, da es zudem nach der bisherigen Systematik des Gesetzes der Gemeinschaft als solcher zugerechnet werden müsste. Ferner sind die Umstände, wie bestimmtes traditionelles Wissen in die *Public Domain* gelangt ist, in der Praxis oft nicht mehr zu rekonstruieren. Zudem ist festzuhalten, dass ein gerichtliches Verfahren in der Regel nur zu einer Entschädigung führen kann. Nicht erreicht werden kann demgegenüber die Entfernung des betroffenen (kollektiven) Wissens aus der *Public Domain*. Die vorgeschlagenen Kriterien dürften so in der Praxis nicht umsetzbar bzw. nicht praktikabel sein. Das peruanische Konzept der *Public Domain* kann daher weiterhin als erster Schritt in die richtige Richtung gewertet werden, da es immerhin ermöglicht, die Gemeinschaften bei offengelegtem Wissen über den Fonds nachträglich zu beteiligen und zu entschädigen, womit immerhin ihr Wissensbeitrag eine gewisse Würdigung erfährt. Das Konzept der *Public Domain* bietet somit nur die Möglichkeit einer Entschädigung, räumt aber kein Recht zur Nutzung, oder sonstigen Kontrolle über das betreffende kollektive Wissen ein.

(3) Das Registersystem

Das peruanische Gesetz führt drei Typen von Registern für traditionelles Wissen ein: ein nationales öffentliches Register, ein nationales vertrauliches Register und lokale Register.⁶³²

⁶²⁹ Siehe hierzu *INDECOPI*, Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, S. 47 (Stellungnahme von *Graham Dutfield* zum Thema *Public Domain* der Vorlage).

⁶³⁰ Die Verbindung zwischen dem Wissensinhaber und dem Wissensempfänger kann zum Beispiel durch eine Vertraulichkeitsvereinbarung oder durch die bloße Weitergabe im Rahmen einer Heilbehandlung liegen.

⁶³¹ Siehe *INDECOPI*, Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, S. 56.

⁶³² Art. 15 S. 1 a) bis c) Gesetz 27811.

Das nationale öffentliche Register⁶³³ listet die bereits in die *Public Domain* übergegangen Kenntnisse.⁶³⁴ Dieses Register dient primär defensiven Zwecken und verfolgt die Zielsetzung aus Art. 5 f) Gesetz 27811, Patenterteilungen zu verhindern, die das zugrundeliegende kollektive Wissen bei der Prüfung von Neuheit und Erfindungshöhe nicht berücksichtigen.⁶³⁵ Die Führung des Registers sowie die Verpflichtung, das kollektive Wissen zu registrieren und an die Patentämter weltweit weiterzuleiten, damit diese Information bei der Prüfung der Neuheit und der Erfindungshöhe berücksichtigt werden kann,⁶³⁶ obliegt dem Patent- und Kartellamt INDECOPI.⁶³⁷ Inwieweit diese Bestimmung effektiv umgesetzt werden kann, hängt zum einen von dem Volumen an Informationen des Registers ab sowie von der Art der Versendung dieser Informationen durch INDECOPI an die Patentämter. Die effektive Umsetzung wird zudem auch durch die Intensität der Kooperation dieser Patentämter abhängig sein.⁶³⁸

Der zweite Registertyp, das nationale vertrauliche Register,⁶³⁹ listet das kollektive Wissen, das nicht in die *Public Domain* übergegangen ist und kann demnach nicht von Dritten eingesehen werden.⁶⁴⁰ Seine Verwaltung obliegt ebenfalls dem INDECOPI. Dabei steht es den indigenen Gemeinschaften frei, vertreten durch ihr Vertretungsorgan ihr kollektives Wissen entsprechend dem Anmeldeverfahren der Art. 20 ff. in das Register eintragen zu lassen.⁶⁴¹

Das differenzierte Registersystem wird durch die lokalen Register vervollständigt. Deren Einrichtung steht den indigenen Gemeinschaften frei, da diese entsprechend deren eigenen Gebräuchen geführt werden sollen.⁶⁴² Auf Anfrage der Gemeinschaften ist das INDECOPI lediglich verpflichtet, technische Unterstützung bei der Organisation bzw. Registerführung zu leisten.⁶⁴³ Im Ergebnis handelt es sich bei dieser Registerart um die Bestätigung des Rechts indigener Gemeinschaften, ihr Wissen in aufbereiteter Form festzuhalten.⁶⁴⁴ Damit erfüllen die drei genannten Registerarten die Zielvorgaben des Art. 16 Gesetz 27811: Bewahrung des kollektiven Wissens indigener Gemeinschaften und die Verteidigung dieser Kenntnisse gegenüber Dritten durch INDECOPI und somit der Bekämpfung von Biopiraterie.⁶⁴⁵

⁶³³ *Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas*.

⁶³⁴ Art. 17 S. 1 Gesetz 27811.

⁶³⁵ Siehe hierfür den Wortlaut des Art. 5 f) Gesetz 27811.

⁶³⁶ Art. 23 Gesetz 27811.

⁶³⁷ Art. 15 S. 2, Art. 17 S. 1 Gesetz 27811.

⁶³⁸ Siehe hierzu *WIPO*, Dok. WIPO/GRTKF/IC/5/INF/6 vom 20. Juni 2003, S. 10, Fn. 19.

⁶³⁹ *Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas*. Art. 15 S. 1 b) Gesetz 27811.

⁶⁴⁰ Art. 18 Gesetz 27811.

⁶⁴¹ Art. 19 Gesetz 27811.

⁶⁴² Art. 15 S. 1 c), 24 Gesetz 27811.

⁶⁴³ Art. 24 S. 2 Gesetz 27811.

⁶⁴⁴ *WIPO*, Dok. WIPO/GRTKF/IC/5/INF/6 vom 20. Juni 2003, S. 11. Die Bestimmung hat somit nur deklaratorischen Charakter.

⁶⁴⁵ *WIPO*, Dok. WIPO/GRTKF/IC/5/INF/6 vom 20. Juni 2003, S. 11.

Das Registersystem enthält aber keine Regelungen über das Verhältnis der Register zueinander. Ungeklärt ist zum Beispiel, ob bei der Abfrage des Standes der Technik die Register untereinander inhaltlich konsultiert bzw. abgeglichen werden sollen. Ferner trifft das Gesetz keine Regelung über die Art der Weiterleitung des kollektiven Wissens (einzuhaltendes Format, Wahl der Amtssprache) an die relevanten Patentämtern weltweit. Dabei lässt das Gesetz offen, um welche Patentämter es sich genau handeln soll bzw. nach welchen Kriterien sich deren Relevanz beurteilt. Im Hinblick auf das vertrauliche Register bietet das Gesetz keine echten Anreizstrukturen, die die indigenen Gemeinschaften dazu bewegen sollen, ihr kollektives Wissen entgegen ihren ursprünglichen Gebräuchen tatsächlich zu katalogisieren. Als solche Anreizstrukturen wird vorgeschlagen, durch die Registrierung der Gemeinschaft eine spätere Beteiligung am eventuellen Erlös zu garantieren. Eintragungswillige Gemeinschaften könnten zudem dadurch das Recht erlangen, von laufenden Vertragsverhandlungen über indigenes Wissen in Kenntnis gesetzt zu werden.⁶⁴⁶

Das peruanische Registersystem stellt das erste differenzierte System zum defensiven⁶⁴⁷ Schutz traditionellen Wissens unter Berücksichtigung seiner Art, seines Bekanntheitsgrades und gemäß dem Willen seiner Inhaber dar. Das System schafft keine neuen Rechte. Die Registrierung soll dem INDECOPI sämtliche erforderlichen Informationen zur Verfügung stellen, um eine effiziente Verteidigung der Rechte der indigenen Gemeinschaften im Hinblick auf ihr kollektives Wissen gewährleisten zu können.⁶⁴⁸ Vorhandenes Wissen soll zwar dokumentiert werden, das Register muss aber einen möglichen Schutzstatus nicht offenbaren Wissens, das Gegenstand eines Vertrages sein kann, unberührt lassen.⁶⁴⁹

(4) Der Lizenzvertrag bei kommerziellen Nutzungsvorhaben

Gemäß Art. 6 des Gesetzes 27811 ist für jeden Zugang zu kollektivem Wissen, ob rein wissenschaftlicher Natur oder zu kommerziellen Zwecken, die vorherige informierte Zustimmung der relevanten indigenen Gemeinschaft, vertreten durch ihr Vertretungsorgan, erforderlich. Unter der vorherigen informierten Zustimmung versteht das Gesetz, dass die Genehmigung des Vertretungsorgans der Gemeinschaften auf der Basis einer vorherigen ausführlichen Aufklärung über die Ziele, die Risiken und Auswirkungen des Vorhabens erfolgt, einschließlich eventueller Verwendungsmöglichkeiten des Wissens sowie gegebenenfalls dessen Wert.⁶⁵⁰ Das Gesetz stellt zudem klar, dass sich der Willensbildungsprozess innerhalb der Gemeinschaften nach deren Gebräuchen und eigenen Regeln richtet. Kritisiert wird,

⁶⁴⁶ Für weitere Vorschläge siehe *INDECOPI*, *Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas*, S. 57.

⁶⁴⁷ *UNU-IAS*, *The Role of Registers and Databases in the Protection of Traditional Knowledge*, S. 7.

⁶⁴⁸ Art. 16 Gesetz 27811.

⁶⁴⁹ Vgl. *Leistner*, in: *Lewinski* (Hrsg.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, S. 96.

⁶⁵⁰ Art. 2 S. 1 c) Gesetz 27811.

dass diese Definition der vorherigen informierten Zustimmung nicht ausreichend ausgearbeitet sei und nur grundsätzliche Aussagen treffe.⁶⁵¹

Neben der vorherigen informierten Zustimmung ist der Abschluss eines schriftlichen Lizenzvertrages⁶⁵² mit der betreffenden vertretungsbefugten Organisation der indigenen Gemeinschaften verbindlich.⁶⁵³ Dieser Lizenzvertrag kann ein Annexvertrag im Sinne des Art. 35 Beschluss 391 darstellen.⁶⁵⁴ Das Gesetz 27811 konkretisiert insofern nur die Bestimmungen des Beschlusses 391. Notwendiger Bestandteil des Lizenzvertrages⁶⁵⁵ ist somit die Vereinbarung einer angemessenen Vergütung für den Zugang sowie die Festlegung eines gerechten Vorteilsausgleichs. Die Lizenzverträge müssen in ein von INDECOPI geführtes Register eingetragen werden. Der Vertragstext muss zudem auf spanisch und in der jeweiligen indigenen Sprache ausfertigt werden. Die Laufzeit der Verträge beträgt mindestens ein Jahr und maximal drei Jahre, wobei die Verlängerungsmöglichkeit gegeben ist.⁶⁵⁶ Der Lizenzvertrag muss eine Vereinbarung über die Vergütungszahlung für die Bereitstellung des kollektiven Wissens enthalten. Diese Vergütung setzt sich zusammen aus einer ersten monetären Zahlung oder vergleichbaren Vergütung und einer Beteiligung am Bruttoumsatz des Erlöses aus der Verwertung des auf den kollektiven Kenntnissen basierenden Produktes von wenigstens 5% vor Steuern.⁶⁵⁷ Diese Gestaltung der Vergütung findet ihre Rechtfertigung in der Tatsache, dass bei Vertragsschluss beide Parteien den wirtschaftlichen Wert der Kenntnisse und der potentiell auf deren Basis zu entwickelnden Produkte tatsächlich beziffern können. Der Interessent wäre damit in der Regel nicht wirklich bereit, eine Vorauszahlung unter diesen Bedingungen zu leisten und die indigenen Gemeinschaften wären auf unsichere Gewinnchancen verwiesen und würden im Ergebnis damit das Kommerzialisierungsrisiko alleine tragen.⁶⁵⁸ Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang, dass durch den Abschluss des Lizenzvertrages die Gemeinschaften das Recht nicht verlieren, dasselbe Wissen zu nutzen und weiterzuentwickeln. Sie sind zudem weiterhin berechtigt, Lizenzverträge über dasselbe kollektive Wissen zu schließen.⁶⁵⁹ Den Interessenten wird somit durch den Lizenzvertrag kein ausschließliches Zugangs- oder Nutzungsrecht gewährt. Sie dürften zwar Sublizenzen erteilen, aber nur mit ausdrücklicher Zustimmung der vertretungsberechtigten Organisation der indigenen Gemeinschaften, die Trägerin-

⁶⁵¹ Leistner, in: Lewinski (Hrsg.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, S. 94.

⁶⁵² Art. 2 S. 1 d) Gesetz 27811.

⁶⁵³ Art. 7 Gesetz 27811.

⁶⁵⁴ Art. 2 S. 2 Gesetz 27811, wobei das Gesetz für den Annexvertrag als Vorschrift Art. 34 des Beschlusses 391 zitiert.

⁶⁵⁵ Zum weiteren Inhalt des Lizenzvertrages siehe Art. 27 Gesetz 27811.

⁶⁵⁶ Art. 25, 26 Gesetz 27811.

⁶⁵⁷ Art. 27 S. 1 c) Gesetz 27811.

⁶⁵⁸ Siehe Pacón, in: Wolfrum/Stoll (Hrsg.), *European Workshop on Genetic Resources Issues and Related Aspects*, S. 139 (146) und Venero Aguirre, in: Bellmann/Dutfield/Meléndez-Ortiz (Hrsg.), *Trading in Knowledge*, S. 285 (288).

⁶⁵⁹ Art. 32 Gesetz 27811.

nen des relevanten kollektiven Wissens sind.⁶⁶⁰ Zudem können die Lizenzverträge nur mit Einwilligung beider Parteien eingesehen werden.

Die Konzeption des peruanischen Lizenzvertrages geht auf die nicht seltenen Fallkonstellationen ein, bei denen verschiedene Gemeinschaften über dasselbe Wissen verfügen. Diese Tatsache wird insoweit im Rahmen des Lizenzvertrages berücksichtigt, als das Gesetz der vertretungsberechtigten Organisation der indigenen Gemeinschaft die Verpflichtung auferlegt, möglichst viele Gemeinschaften, die über dasselbe Wissen verfügen, über die Verhandlungen zu informieren. Zur Wahrung der Interessen des Vertragspartners an die Geheimhaltung der Einzelheiten der Vereinbarung, ist die zu übermittelnde Information auf die betroffene biologische Ressource beschränkt.⁶⁶¹ Diese Informationspflicht soll dazu dienen, die Interessen und Anmerkungen sowie die spirituellen Werte und den religiösen Glauben der anderen Gemeinschaften zu hören. Zudem dient auch die Schrifterfordernis des Lizenzvertrages als Nachweis dafür, dass Rechte Dritter, insbesondere anderer Gemeinschaften, gewahrt wurden.⁶⁶²

Die Erfüllung dieser Informationspflicht dürfte sich in der Praxis als sehr schwierig erweisen. Das Gesetz legt hierzu weder Richtlinien für die Art und Weise der Kenntnissetzung der betroffenen Gemeinschaften fest noch bestimmt es, inwieweit die gewonnene Information im Rahmen der Vertragsverhandlungen tatsächlich zu verwerten ist. Zudem werden auch keine Rechtsbehelfe für den Fall geschaffen, dass Gemeinschaften übergangen werden.⁶⁶³ Für Streitfälle innerhalb der indigenen Gemeinschaften, insbesondere mit der indigenen Gemeinschaft, die an der Verhandlung eines Lizenzvertrages über gemeinsames kollektives Wissen beteiligt war, verweist das Gesetz auf eine Lösungsfindung über das Gewohnheitsrecht und die traditionellen Streitschlichtungsmechanismen der betroffenen Gemeinschaften.⁶⁶⁴ Demnach bleibt es weiterhin fraglich, inwieweit nicht beteiligte indigene Gemeinschaften begonnene Vertragsverhandlungen beanstanden, eine Beteiligung erzielen oder gar die Vertragsverhandlungen verhindern können. Eine Aussage über solche Rechte trifft das Gesetz nicht. Vielmehr geht aus der aktuellen Fassung des Gesetzes hervor, dass jede indigene Gemeinschaft berechtigt ist, über ein ihr bekanntes, aber nicht von ihr entwickeltes kollektives Wissen Lizenzverträge abzuschließen. In diesem Zusammenhang wird kritisiert, dass dadurch potentielle Biopiraten einen Freibrief erhalten würden, sich rechtswidrig angeeignete Kenntnisse zu eigen zu machen.⁶⁶⁵ Aus dieser Situation kann im Ergebnis gefolgert werden, dass die Möglichkeiten der nicht beteiligten Gemeinschaft, auf die beanstandete Vertragsverhandlung zu ihren Gunsten einzuwirken, von ihrem Einfluss auf die verhandelnde indigene

⁶⁶⁰ Art. 33 Gesetz 27811.

⁶⁶¹ Siehe Art. 6 S. 3 Gesetz 27811.

⁶⁶² Siehe *Pacón*, in: *Wolfrum/Stoll* (Hrsg.), *European Workshop on Genetic Resources Issues and Related Aspects*, S. 139 (146).

⁶⁶³ Siehe *Tobin*, *RECIEL* Vol. 10 (2001), S. 47 (54).

⁶⁶⁴ Art. 46 Gesetz 27811.

⁶⁶⁵ Siehe *Tobin*, *RECIEL* Vol. 10 (2001), S. 47 (54).

Gemeinschaft maßgeblich abhängen wird. Besondere Bedeutung gewinnt in dieser Konstellation das indigene Gewohnheitsrecht. Hinzu kommt, dass in der Regel die vertragsverhandelnden, vertretungsberechtigten Organisationen den Interessen der anderen Gemeinschaft nicht genügend Rechnung tragen.⁶⁶⁶ Das Gesetz bietet auch keine Leitlinien, die diese Organisationen bei der Informationsvermittlung und Verwertung der erlangten Erkenntnisse sowie eventuellen Beanstandungen und Vorschlägen der anderen indigenen Gemeinschaften zu befolgen haben. Im Ergebnis ist es ihnen überlassen, wie sie Informationen über die Vertragsverhandlungen weitergeben und wie sie eventuellen Beanstandungen Rechnung tragen. Das Gesetz verlangt im Ergebnis nur die formelle Erfüllung dieser Verpflichtung.

(5) Der Entwicklungsfonds für indigene Völker

Das peruanische Gesetz führt einen Entwicklungsfonds für indigene Völker (*Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas*) ein, womit ein indirekter Vermögensausgleich auch von nicht direkt an den Zugangs- und Vertragsverhandlungen beteiligten indigenen Gemeinschaften erzielt wird. Hinter dieser Regelung steht der Gedanke, dass mehrere Gemeinschaften zugleich über dieselben Kenntnisse verfügen. Ziel des Fonds ist es, einen Betrag für die Förderung indigener Gemeinschaften durch die Unterstützung von Projekten und andere Aktivitäten zu erhalten. In den Fonds müssen obligatorisch mindestens 10% des Bruttoumsatzes aus der kommerziellen Verwertung der kollektiven Kenntnisse fließen.⁶⁶⁷ Zudem erhält der Fonds weitere Mittel aus dem Staatshaushalt, Spenden, der internationalen Zusammenarbeit und Geldbußen wegen Verletzung der kollektiven Rechte.⁶⁶⁸ Zudem bestimmt Art. 13, dass im Falle der Verwertung von Kenntnissen in der *Public Domain*, ein bestimmter Prozentsatz des wirtschaftlichen Erlöses aus der kommerziellen Verwertung in den Fonds fließen soll, wobei die Höhe des Prozentsatzes nicht beziffert wird. Der Fonds soll von einem aus Vertretern indigener Organisationen zusammengesetztes Verwaltungskomitee (*Comité Administrativo*)⁶⁶⁹ geleitet werden. Vorgesehen ist zudem seine wirtschaftliche, administrative und finanzielle Unabhängigkeit.⁶⁷⁰ Das Gesetz sieht vor, dass das Verwaltungskomitee für die Weitergabe der Geldmittel auf traditionelle Entscheidungs- und Verteilungsmechanismen zurückgreifen soll.⁶⁷¹ Zugang zu den Fondsmitteln können die indigenen Gemeinschaften nur über ihre vertretungsberechtigten Organisationen und bei Entwicklungsprojekten nach vorheriger Evaluierung und Genehmigung durch das Verwaltungskomitee erhalten. Das Gesetz verlangt für die Einzahlung in den Fonds nur die Leistung eines Mindestprozentsatzes. Hierdurch ermöglicht es, eine

⁶⁶⁶ So Ruiz Muller/Lapeña/Clark, Wash. U. Global Stud. L. Rev. 3 (2004) S. 755 (794).

⁶⁶⁷ Art. 8 S. 1 Gesetz 27811.

⁶⁶⁸ Art. 41 Gesetz 27811.

⁶⁶⁹ Die konkrete Zusammensetzung des Verwaltungskomitees regelt Art. 39 Gesetz 27811.

⁶⁷⁰ Art. 37, 39 Gesetz 27811.

⁶⁷¹ Art. 39 S. 2 Gesetz 27811.

differenzierte Einschätzung der Bedeutung des traditionellen Wissens für die Entwicklung des Endproduktes in die Kalkulation einfließen zu lassen.⁶⁷² Nicht konkret geregelt ist, wer für die Verhandlung der Höhe dieses Prozentsatzes zuständig ist. Diese Aufgabe dürfte dem Verwaltungskomitee zustehen, das hierfür in die Vertragsverhandlungen einzubeziehen wäre.

4. Zusammenfassung und Bewertung

Die Zugangsvereinbarungen, die bisher in Peru schon vor Inkrafttreten des Beschlusses 391 abgeschlossen wurden sowie die Bestimmungen der Ausführungsverordnung deuten darauf hin, dass ein wesentlicher Schwerpunkt der Zugangspolitik in der Ermöglichung und Gewährleistung des Technologietransfers⁶⁷³ zum Fortschritt des Landes liegt. Innovativ ist die Schaffung eines *Sui-generis*-Systems zum Schutz kollektiven Wissens. Die Entwicklung der Rechtsfigur des Kollektivrechts für die jeweiligen indigenen Gemeinschaften könnte als Ansatzpunkt dafür dienen, die nach dem herkömmlichen Immaterialgüterrecht auftretenden Schwierigkeiten bei der Bestimmung des jeweiligen individuellen Schutzrechtsinhabers zu vermeiden. Als besonders fortschrittlich sind ebenfalls das differenzierte Registersystem sowie das Konzept der *Public Domain* zu werten.

Hinsichtlich des Verfahrensablaufes hat die Ausführungsverordnung keine Klarheit bzw. Erleichterungen gebracht, da sie im Wesentlichen auf den Verfahrensablauf des Beschlusses 391 Bezug nimmt und ihn nicht weiter konkretisiert. Begriffe wie „Zugang“ werden in der Ausführungsverordnung nicht näher definiert und erschweren damit die Festlegung des Anwendungsbereiches der Zugangsregelungen. Eine Herausforderung bleibt der Umgang mit den Parallelsystemen Zugang zu genetischen Ressourcen einerseits und dem Zugang zu biologischen Ressourcen andererseits, da eine klare Abgrenzung des Anwendungsbereichs beider Systeme für den Bereich Forschung nicht klar geregelt ist und Zuständigkeitsunklarheiten zwischen den drei Genehmigungen erteilenden Institutionen (MINAG, INIA und Fischereiministerium, Art. 15 Ausführungsverordnung) entstehen können. Unklar ist auch, wie die Herkunft(-sangabe) der genetischen Ressource nachzuweisen ist und wie gründlich (nur formal oder auch inhaltlich) diese, zum Beispiel von INDECOPI im Rahmen eines Patentanmeldungsverfahrens, geprüft werden soll. Bei drei Genehmigungen erteilenden Behörden bleibt es eine Herausforderung, diese kohärent zu koordinieren, so dass die Verfahren klar abgrenzbar, einheitlich in der Umsetzung, transparent und praktikabel bleiben und ein Informationsaustausch zwischen den Behörden effektiv gewährleistet wird.

⁶⁷² Siehe hierzu Tobin, in: Laird (Hrsg.), Biodiversity and Traditional Knowledge, S. 386 (388).

⁶⁷³ Siehe dazu auch Art. 26 Ley No. 26839.

V. Gesamtzusammenfassung und Bewertung

Der Stand der (bisher unvollständigen) Umsetzung des Beschlusses 391 in den Mitgliedstaaten lässt erkennen, dass sein Inhalt nicht unumstritten ist und sein Aufbau die Umsetzung nicht erleichtert. Insbesondere werden die Verfahrensvorschriften als unvollständig und nicht ausreichend transparent angesehen.⁶⁷⁴

Im Rahmen der ersten Sitzung des *Comité Andino sobre Recursos Genéticos* der Andengemeinschaft im November 2000 ist festgestellt worden, dass es bereits unterschiedliche Auslegungen der in Art. 1 festgelegten Begriffe sowie des Anwendungsbereiches des Beschlusses 391 gibt, die die einheitliche und effektive Anwendung der Regelungen erschweren.⁶⁷⁵ So haben sich aufgrund dessen schon Schwierigkeiten im Rahmen der Fortsetzung von Forschungsarbeiten ergeben und es existiert eine ernst zu nehmende Sensibilität auch von Seiten der lokalen Gemeinschaften in Bezug auf die Zusammenarbeit insbesondere mit internationalen agronomischen Forschungsinstituten in den Mitgliedstaaten.

Um diesen sich ankündigenden Schwierigkeiten entgegenzutreten, haben sich die Delegationen in der damaligen Sitzung darauf geeignet, einen Leitfaden/Handbuch für die einheitliche Auslegung der Begriffe zu entwickeln, der zu einer Klärung der Mechanismen für die Verhandlung von Verträgen über den Zugang zu genetischen Ressourcen nach den Bestimmungen des Beschlusses beitragen kann. Dazu ist es bisher nicht gekommen.

Bei der Umsetzung des Beschlusses sind die Mitgliedstaaten aufgrund der oben genannten Herausforderungen unterschiedliche Wege gegangen. Bolivien hat sehr bald nach Inkrafttreten des Beschlusses eine eigene Zugangsgesetzgebung erlassen, die aber erst kürzlich zur Anwendung gekommen ist. Venezuela⁶⁷⁶ und Kolumbien⁶⁷⁷ haben sich bislang für die direkte Anwendung des Beschlusses entschieden. Ecuador hat erst Ende 2011 eine Ausführungsverordnung zum Zugang zu genetischen Ressourcen erlassen und Peru verfolgte die gleiche Richtung und hat sich zwei Jahre davor für den Erlass eigener Umsetzungsregelungen entschieden, die aktuell einer inhaltlichen Überprüfung unterzogen werden. Einigkeit besteht darin, dass derzeit der Beschluss 391 ein kompliziertes Verfahren darstellt und dass die Harmonisierungszusammenarbeit und die gemeinschaftliche Interpretation des Beschlusses zugunsten der Schaffung von Anreizen für Forschungsaktivitäten zum

⁶⁷⁴ Siehe dazu umfassend *Mariaca*, Vortrag mit dem Thema „Acceso a Recursos Genéticos“ gehalten auf der Isla Margarita, Venezuela, Juli 2001, Text abrufbar unter http://www.comunidadandina.org/desarrollo/t4_ponencia1.htm.

⁶⁷⁵ Zu der unterschiedlichen Auslegung des Beschlusses 391 durch die Mitgliedstaaten siehe auch *Lapeña/Ruiz Muller* (Hrsg.), *Acceso a recursos: propuesta e instrumentos jurídicos*, S. 100.

⁶⁷⁶ Venezuela ist seit April 2006 nicht mehr Mitgliedstaat der Andengemeinschaft.

⁶⁷⁷ Zu der Entscheidung Kolumbiens für die direkte Anwendung des Beschlusses 391 siehe *Lapeña/Ruiz* (Hrsg.), *Acceso a recursos: propuesta e instrumentos jurídicos*, S. 100.

Erhalt und zur nachhaltigen Nutzung der Biodiversität in der Subregion ausfallen sollten.⁶⁷⁸

Zu den bereits oben festgestellten Schwierigkeiten bei der Umsetzung des Beschlusses ist noch hinzuzufügen, dass eines der größten Probleme bei der Umsetzung ist, dass die Mitgliedstaaten nicht über den erforderlichen Verwaltungsapparat verfügen, der in der Lage wäre, die Zulassungsanträge effektiv und rasch zu bearbeiten. Zum Teil bestehen noch keine klaren Zuständigkeitsverteilungen innerhalb der Behörden und der einzubeziehenden Institutionen. Zudem sind in das Verfahren zahlreiche Institutionen einzubeziehen, wobei der Zeitpunkt und der Umfang der Einbeziehung nicht eindeutig und einheitlich geregelt sind. Ferner fehlt es den zuständigen Behörden an den erforderlichen personellen und finanziellen Mitteln und insbesondere besteht noch unzureichender technischer Sachverstand.⁶⁷⁹

Hinsichtlich des Schutzes traditionellen Wissens ist erkennbar, dass ein einheitliches harmonisiertes Gemeinschaftsregelungswerk schwer zu erreichen sein wird. Aus den bisher bestehenden nationalen Initiativen wird ersichtlich, dass dem Thema je nach geschichtlicher Entwicklung des Landes sowie sozio-politischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten eine stark divergierende Gewichtung gegeben wird. Zusammengefasst kann gesagt werden, dass sich in dieser Hinsicht die Entwicklungen in den Ländern der Andengemeinschaft in Anbetracht des vergleichbaren großen Anteils indigener Gemeinschaften in der Bevölkerung ganz am Anfang.

Sowohl der Beschluss 391 als auch die bisher existierenden nationalen Umsetzungen in den Mitgliedstaaten regeln nur positiv, wie der Zugang zu genetischen Ressourcen und die aus der Nutzung der Ressourcen resultierende Vorteilsteilhabe zu erfolgen hat. Zudem wird in unterschiedlicher Weise versucht, den Schutz traditionellen Wissens in das Zugangs- und Teilhabeverfahren einzubeziehen. Weder der Beschluss 391 der Andengemeinschaft noch die bisher existierenden nationalen Umsetzungsregelungen enthalten allerdings Bestimmungen für den Fall, dass genetische Ressourcen unter Verstoß gegen den Beschluss 391 erworben werden. Die eventuell getroffenen Sanktionsvorschriften regeln nur die Fälle, in denen im Rahmen eines bereits gestellten Antrages oder eines bereits abgeschlossenen Zugangsvertrages die weiteren Voraussetzungen bzw. Vertragsbedingungen nicht erfüllt werden oder gegen sie verstoßen wird. Sie bieten somit keine Grundlage für einen effektiven Rechtsschutz gegen die konventionswidrige Erlangung genetischer Ressourcen und/oder des mit diesen Ressourcen verbundenen traditionellen Wissens.

⁶⁷⁸ Siehe dazu auch *Lapeña/Ruiz Muller* (Hrsg.), *Acceso a recursos: propuesta e instrumentos jurídicos*, S. 100.

⁶⁷⁹ Siehe zu diesem Ergebnis *Ruiz Muller*, in: *Twarog/Kapoor* (Hrsg.), *Protecting and Promoting Traditional Knowledge*, S. 241 (246); *Mariaca*, *Acceso a Recursos Genéticos*, 2001, abrufbar unter http://www.comunidadandina.org/desarrollo/t4_ponencia1.htm.

C. Regelungen in anderen Ressourcengeberstaaten

Im Folgenden werden aufgrund ihrer besonderen Eigenart die bis Oktober 2012 in Kraft getretenen, international diskutierten nationalen Zugangs- und Teilhaberegelungen anderer Herkunfts- bzw. (klassischer) Bereitstellerstaaten dargestellt. Diese Umsetzungsansätze erregten besondere Aufmerksamkeit aufgrund ihrer spezifischen rechtlichen, institutionellen, ökonomischen und kulturellen Eigenarten in der internationalen Diskussion über die Umsetzung der CBD und wurden in den relevanten Fachkreisen besonders eingehend analysiert.

Zur Umsetzung der *COP-Decision VI/24 para. 6* hat das Sekretariat der CBD eine Datenbank mit Informationen über erlassene Regelungen mit Bezug zum Zugang zu genetischen Ressourcen eingerichtet. Ziel dieser Datenbank ist es, relevante Informationen insbesondere über verwaltungstechnische und rechtliche Anforderungen für den Zugang zu genetischen Ressourcen und den aus ihrer Nutzung resultierenden Vermögensvorteilen der Öffentlichkeit und potentiellen Zugangsuchenden zur Verfügung zu stellen.⁶⁸⁰

I. Brasilien

Brasilien war der erste Staat, der die CBD unterzeichnet hat. Durch das Dekret Nr. 2 vom 3. Februar 1994 hat Brasilien die CBD ratifiziert⁶⁸¹ und durch das Dekret Nr. 2.519 vom 16. März 1998 öffentlich bekannt gegeben.⁶⁸² Vor dem Erlass dieser Bestimmungen war der Zugang zu genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen für brasilianische Staatsangehörige nur im Hinblick auf den Export biologischen Materials geregelt. Für die Arbeit ausländischer Forscher im Bereich der Biodiversität ist das Dekret 98.830 vom 15. Januar 1990 erlassen worden, das keine Regelungen im Hinblick auf die Nutzung bzw. den Schutz traditionellen Wissens enthält.⁶⁸³ Nach diesem Dekret können ausländische Forscher Forschungsarbeiten nur in Zusammenarbeit mit einer nationalen anerkannten brasilianischen Institution durchführen. Als weitere Genehmigungsvoraussetzungen werden die Weitergabe von Informationen über die Quelle der Projektfinanzierung und die vorweg erteilte Zustimmung an das Ministerium für Wissenschaft und Technologie zur Veröffentlichung der Forschungsergebnisse verlangt. Zudem wird die Forschungsgenehmigung von der Zustimmung zu restriktiven Export- und wirtschaftlichen Verwertungsbedingungen des gesammelten

⁶⁸⁰ *Database on ABS Measures* des CBD-Sekretariats: <https://www.cbd.int/abs/measures>.

⁶⁸¹ Siehe dazu „First National Report for the Convention on Biological Diversity – Brazil“, S. 17. Text abrufbar unter <http://www.cbd.int/doc/world/br/br-nr-01-p1-en.pdf>.

⁶⁸² *Decreto* No. 2.519 vom 16.03.1998, Text abrufbar unter http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm.

⁶⁸³ *Decreto* No. 98.830, vom 15.01.1990, *Ministério da Ciência Tecnologia*. Text abrufbar unter <http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/15172.html>.

biologischen Materials abhängig gemacht.⁶⁸⁴ Nach dem Dekret ist für die Erteilung von Forschungsgenehmigungen der *National Council for Scientific and Technological Development* (CNPq) zuständig.

Auf Ebene der Bundesstaaten haben bisher die Bundesstaaten Acre und Amapá eigene Zugangsregelungswerke erlassen.⁶⁸⁵ Die sehr kontrovers geführten Diskussionen um eine effektive Umsetzung der CBD im Parlament und in anderen zuständigen Institutionen, die Erarbeitung zahlreicher Entwürfe, der Erlass von Gesetzen in zwei Bundesstaaten und die nationale Debatte um einen Zugangsvertrag mit dem Unternehmen Novartis im Jahre 2000⁶⁸⁶ führten die brasilianische Regierung im August 2001 dazu, die zunächst zeitlich begrenzte sog. *Medida Provisória*⁶⁸⁷ öffentlich bekannt zu geben. Hiermit sollte das Thema Zugang zu genetischen Ressourcen und der Schutz damit verbundenen traditionellen Wissens auf nationaler Ebene aufgegriffen werden. Ferner wird derzeit weiterhin kontrovers über zahlreiche Regelungsentwürfe im Parlament debattiert, unter anderem über einen Gesetzesentwurf des CGEN zum Zugang und gerechten Vorteilsausgleich. Die Entwürfe betreffen Änderungen der Verfassung,⁶⁸⁸ die Aufstellung und Funktion des *Genetic Heritage Governing Council* (*Conselho de Gestão do Patrimônio Genético*)⁶⁸⁹ und die Festlegung von strafrechtlichen Sanktionen für Schäden⁶⁹⁰ gegen die Umwelt. Die sog. *Medidas Provisórias* (provisorische Regelungen/Maßnahmen) können ausnahmsweise von der Exekutive, also vom brasilianischen Präsidenten, erlassen werden, und zwar gemäß Art. 62 der brasilianischen Verfassung nur in besonderen Ausnahmefällen. Sie treten

⁶⁸⁴ Siehe dazu *Columbia University, School of International and Public Affairs*, Environmental Policy Studies Workshop, Access to Genetic Resources: An Evaluation of the Development and Implementation of Recent Regulation and Access Agreements, S. 24.

⁶⁸⁵ Die Bundesstaaten Acre und Amapá haben bereits 1997 mit dem Erlass eigener Regelungswerke zum Thema Zugang zu genetischen Ressourcen und gerechter Vorteilsausgleich begonnen. Hauptmotivation war zum Teil, zügig auf die Gefahr von Biopirateriefälle zu reagieren. Der Bundesstaat Acre hat das Gesetz Nr. 1235/97 erlassen. Der Bundesstaat Amapá hat das Gesetz Nr. 388/97 und das dazugehörige Dekret Nr. 1624 erlassen.

⁶⁸⁶ Siehe dazu *Sampajo*, Access to genetic resources and associated traditional knowledge in Brazil and the role of the Brazilian botanic gardens, in: *Feit, von den Driesch, Lobin* (Hrsg.), Access and Benefit-Sharing of Genetic-Resources, a.a.O., S. 55. Aufgrund der sehr kontrovers geführten Debatte über den beabsichtigten Zugangsvertrag zwischen der *Social Organization* „Bioamazonia“ und der Novartis Pharma AG sowie der noch fehlenden nationalen Regelungswerke für den Zugang zu genetischen Ressourcen ist dieser Vertrag nicht zustande gekommen, siehe dazu *Azevedo*, A Regulamentação do acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados no Brasil, *Biota Neotropica* Vol. 5, No.1, S. 2.

⁶⁸⁷ Siehe dazu im Detail unten unter 3. Teil C. I. 2.

⁶⁸⁸ Gesetzesentwurf Nr. 618-A/1998 zur Änderung der Verfassung betreffend Art. 20, Text abrufbar unter: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projotos/PEC/msg977-980820.htm.

⁶⁸⁹ Gesetzesentwurf Nr. 7.135/2002, Text abrufbar unter: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projotos/PL/2002/msg737-020822.htm.

⁶⁹⁰ Gesetzesentwurf Nr. 7.211/2002 zur Änderung des Gesetzes Nr. 9605 vom 12. Februar 1998. Text abrufbar unter: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projotos/PL/2002/msg831-021001.htm.

in der Regel nach Veröffentlichung ein bis zwei Tage nach Unterzeichnung durch den brasilianischen Präsidenten in Kraft. Sie haben einen provisorischen Charakter und unterliegen demnach der Bestätigung durch das brasilianische Parlament.

Am 11. September 2001 hat das brasilianische Parlament eine Verfassungsänderung (*Constitutional Amendment no. 32*) angenommen, wonach alle bis zu diesem Datum erlassenen *Medidas Provisórias* unbegrenzt in Kraft bleiben sollen, es sei denn, sie werden explizit vom brasilianischen Parlament widerrufen. Da die *Medida Provisória* 2.186-16 im August 2001 erlassen und vor dem 11. September 2001 durch Veröffentlichung in Kraft getreten ist und das brasilianische Parlament sie nicht explizit widerrufen hat, ist sie geltendes Recht in Brasilien.

1. Rechtlicher und institutioneller Rahmen

Gemäß Art. 225 § 1 der brasilianischen Verfassung von 1988 ist es Aufgabe des Staates, die biologische Vielfalt, anerkannt als nationales Gut, zu erhalten und ihre Nutzung zu regeln.⁶⁹¹

Die zahlreichen Regelungen, die im Zuge der Umsetzung der CBD-Bestimmungen erlassen worden sind, haben den Zugang zu genetischen Ressourcen in Brasilien insbesondere für nationale Forscher stark beeinflusst. Hauptregelungswerk für den Zugang zu genetischen Ressourcen und/oder damit verbundenes traditionelles Wissen ist auf nationaler Ebene die *Medida Provisória* 2.186.16/01 vom 23. August 2001⁶⁹² nebst dazugehörigen Dekreten.⁶⁹³ Als grundsätzlich zuständige Behörde ist durch dieses Regelungswerk der *Genetic Heritage Management Council* (*Conselho de Gestão do Patrimônio Genético*, CGEN) geschaffen worden, welcher dem Umweltministerium zugeordnet ist⁶⁹⁴ und seine Arbeit im April 2002 aufgenommen hat. Durch das Dekret Nr. 3.945 vom 28. September 2001 sind die Zusammenstellung, der Aufgabenbereich und die Arbeitsweise dieses Gremiums näher ausgestaltet worden.⁶⁹⁵

⁶⁹¹ Textfassung der relevanten Absätze des Art. 225 der brasilianischen Verfassung von 1988 abrufbar unter http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/constitu.pdf.

⁶⁹² Englische Textfassung abrufbar unter http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/mp2186i.pdf.

⁶⁹³ Hier sind insbesondere die 2005 erlassenen Dekrete zu erwähnen, mit denen u.a. die weitere Gültigkeit dieses zunächst als provisorisch gedachten Regelungswerkes bestätigt wird: Dekret 5.459 vom 7. Juni 2005 zur Änderung des Art. 30 der *Medida Provisória* 2.186.16/01; Dekret 5.439 vom 3. Mai 2005 zur Anpassung an die neue Rechtslage des Dekrets 3.945 vom 28. September 2001. Die Texte beider Dekrete sind unter <https://www.cbd.int/abs/measures/> abrufbar.

⁶⁹⁴ Art. 10 *Medida Provisória* 2.186.16/01.

⁶⁹⁵ Dekret 3.945 vom 28. September 2001 zur konkreten Ausgestaltung und Änderung der Art. 10, 11, 12, 14, 15, 16, 18 e 19 der *Medida Provisória* Nr. 2.186.16/01.

2. Verfahrensablauf für den Zugang zu genetischen Ressourcen

Wie bereits oben erwähnt ist die *Medida Provisória* 2.186.16/01 nebst dazugehörigen Dekreten das Hauptregelungswerk für den Zugang zu genetischen Ressourcen⁶⁹⁶ und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen in Brasilien. Die *Medida Provisória* 2.186.16/01 spricht vom Zugang zum „genetic heritage“ (genetischen Erbe)⁶⁹⁷ und seinen Bestandteilen und nicht von „genetischen Ressourcen“. Unter dem Begriff genetisches Erbe fallen nach der *Medida Provisória* 2.186.16/01 auch genetische Ressourcen.⁶⁹⁸ In den Regelungsbereich der *Medida Provisória* 2.186.16/01 fallen als Nutzungsarten der Zugang zu wissenschaftlichen Forschungszwecken, zur technologischen Fortentwicklung und zur Bioprospektion.⁶⁹⁹

Die *Medida Provisória* 2.186.16/01 stellt keine klare Definition des Begriffes „Zugang“ (*access*) zur Verfügung. Im Zuge ihrer Umsetzung hat das CGEN eine sog. technische Richtlinie⁷⁰⁰ erlassen, die festlegt, dass der Zugang „to the component of genetic heritage“ die „activity undertaken over genetic heritage with a view to isolating, identifying or utilizing information stemming from genetic origin or molecules and substances originating from the metabolism of living beings and of extracts obtained from these organisms“ ist.⁷⁰¹ Damit wurde zugleich eine Differenzierung zwischen den Begriffen „Zugang“ und „Sammeln“ der *Medida Provisória* 2.186.16/01 getroffen. Danach handelt es sich bei diesen Begriffen nicht um Synonyme. „Sammeln“ meint die ganze oder partielle Entfernung eines Organismus aus *in-situ* Bedingungen. Dagegen meint „Zugang“ den Zugang auf molekularer Ebene eines Organismus oder einer Substanz aus ihrem Metabolismus („stemming from its metabolism“).⁷⁰² Trotz dieser Bemühungen hat die oben genannte eingeführte Definition nicht zu Rechtssicherheit im Umgang mit dem Begriff „Zugang“ und die daran geknüpften Anforderungen an den Antrag sowie mit der Zuständigkeitsfrage

⁶⁹⁶ Die *Medida Provisória* 2.186.16/01 verwendet in der englischen Textfassung den Begriff „genetic heritage“. Siehe zu der Terminologie Azevedo, A Regulamentação do acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados no Brasil, Biota Neotropica Vol. 5, No. 1, S. 1.

⁶⁹⁷ So die offizielle englische Übersetzung, siehe Art. 1 der *Medida Provisória* Nr. 2.186.16/01.

⁶⁹⁸ Siehe dazu Art. 7, I der *Medida Provisória* Nr. 2.186.16/01, der genetisches Erbe folgendermaßen definiert: „Genetic Heritage: information of genetic origin, contained in samples of all or part of a plant, fungal, microbial or animal species, in the form of molecules and substances originating in the metabolism of these living beings, and in extracts obtained from *in situ* conditions, including domesticated, or kept in *ex situ* collections, if collected from *in situ* conditions, within the Brazilian territory, on the continental shelf or in the exclusive economic zone.“

⁶⁹⁹ Art. 1 § 1 *Medida Provisória* 2.186.16/01. Anders als die CBD erweitert damit das brasilianische Regelungswerk seinen Anwendungsbereich auch auf Derivate.

⁷⁰⁰ Technische Richtlinie Nr. 1, Text abrufbar unter <https://www.cbd.int/abs/measures/>.

⁷⁰¹ Siehe zu der englischen Übersetzung der portugiesischen Fassung der technischen Richtlinie Azevedo, a.a.O., Biota Neotropica Vol. 5, No. 1, S. 3.

⁷⁰² Zu der getroffenen Begriffsdifferenzierung siehe ausführlich Azevedo, a.a.O., S. 3.

geführt. An einer Lösung der entstandenen Interpretationsvielfalt der verwendeten Begriffe wird weiterhin gearbeitet.⁷⁰³

a. Der Antrag

Gemäß der *Medida Provisória* 2.186.16/01 sind nur nationale Forschungseinrichtungen berechtigt, einen Zugangsantrag für die drei oben genannten Zugangsarten zu stellen. Individuen, Unabhängige und damit in keiner Einrichtung eingegliederte nationale wie ausländische Forscher sind von der Antragstellung ausgeschlossen. Ausländische Forschungseinrichtungen dürfen nur einen Antrag stellen, wenn dieser in Kooperation mit einer nationalen Forschungseinrichtung erfolgt.

Nach der komplexen und größtenteils noch nicht abgestimmten Regelungslage in Brasilien sind neben dem *Genetic Heritage Management Council* noch dem *National Council for Scientific and Technological Development* (CNPq), der dem Forschungsministerium unterstellt ist, und dem *Brazilian Institute for the Environment and Renewable Resources* (IBAMA), welches dem Umweltministerium unterstellt ist, Zuständigkeitskompetenzen zugeteilt. Bei welcher Behörde ein Zugangsantrag zu stellen ist und welche Anforderungen jeweils zu erfüllen sind, richtet sich grundsätzlich einerseits nach dem Gegenstand des Zugangs (genetische Ressourcen als nationales Gut (*patrimônio genético*) und/oder damit verbundenes traditionelles Wissen) und andererseits nach der Art der Nutzung (wissenschaftliche Forschung, Bioprospektion mit kommerzieller Nutzungsabsicht oder technologischer Fortentwicklung). Gegebenenfalls ist die Einholung mehrerer Genehmigungen bei unterschiedlichen Behörden erforderlich.

Das *Genetic Heritage Management Council* (CGEN) ist für die Entscheidung über Zugangsanträge betreffend Zugang zu und Ausfuhr von Bestandteilen des *genetic heritage* und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen für eines der drei in der *Medida Provisória* 2.186.16/01 genannten Nutzungsarten zuständig: wissenschaftliche Forschung, technologische Fortentwicklung oder Bioprospektion. Solche Anträge sind demnach grundsätzlich an das *Department of Genetic Heritage* (DPG) des Umweltministeriums zu adressieren, da dieses als *Executive Secretariat* für das CGEN fungiert.⁷⁰⁴

Um die Anzahl an Anträgen für den Zugang zu genetischen Ressourcen für wissenschaftliche Forschung bewältigen zu können, ist diese Zuständigkeit an das IBAMA delegiert worden.⁷⁰⁵ Das IBAMA ist aber nur für solche Anträge zuständig, die erkennbar keine späteren Kommerzialisierungsabsichten haben.⁷⁰⁶ Für Zugangsanträge für wissenschaftliche Forschungsarbeiten mit Beteiligung ausländischer Einrichtungen ist wiederum das CNPq zuständig. Das CNPq wird den Antrag zu-

⁷⁰³ Zum Stand der Meinungen siehe Azevedo, a.a.O., S. 3.

⁷⁰⁴ *Medida Provisória* 2.186.16/01, Art. 15; Dekret 3.945/01 Art. 7.

⁷⁰⁵ Siehe dazu *Deliberação No. 40* vom 24. September 2003 des CGEN, Text abrufbar unter http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/del40.pdf.

⁷⁰⁶ Art. 1 I und II *Deliberação No. 40* vom 24. September 2003.

nächst an das IBAMA zur Bearbeitung weiterleiten und anschließend die endgültige Entscheidung selbst an den Antragsteller übermitteln.

Zudem hat die *Medida Provisória* 2.186.16/01 eine neue Genehmigungsart eingeführt.⁷⁰⁷ Durch die Einführung einer umfassenden Genehmigung sollen solche Forschungsprojekte erfasst werden, bei denen eine bestimmte (brasilianische) Forschungseinrichtung Zugang zum genetischen Erbe und/oder zu damit verbundenem traditionellen Wissen begehrt. Die Genehmigung hat eine Dauer von zwei Jahren und kann für vergleichbare Zeiträume verlängert werden.⁷⁰⁸ In einem solchen Fall umfasst der Antrag eine Beschreibung des Projektes und seiner Ziele.⁷⁰⁹ Der Forschungseinrichtung ist durch diese Genehmigungsart die Möglichkeit gegeben, neue Arbeitsschritte einzuführen, ohne dafür eine neue Genehmigung beantragen zu müssen.⁷¹⁰ Vor Änderung des Dekrets 3.945-01 gestaltete sich die Darstellung des Projektes doch als sehr kompliziert, weil die Anforderungen an die Beschreibung nicht klar festgelegt waren und damit nicht eindeutig feststand, in welchen Fällen eine Forschungseinrichtung diese spezielle Genehmigung beantragen durfte.⁷¹¹

b. Die vorherige informierte Zustimmung

Nach der *Medida Provisória* 2.186.16/01 ist für den Zugang und für die Ausfuhr genetischer Ressourcen als Bestandteil des genetischen Erbes die vorherige informierte Zustimmung (1) des Eigentümers (oder dessen rechtmäßigen Vertreters) der Liegenschaft, auf der die Zugangsaktivitäten erfolgen sollen, (2) des zuständigen Rechtsträgers, wenn die Aktivitäten auf Naturschutzgebiet erfolgen sollen, (3) der indigenen Gemeinschaft, die auf dem Gebiet angesiedelt ist, (4) des *National Defense Council*, sollte es sich um Gebiete handeln, die für die nationale Sicherheit von Bedeutung sein könnten, und (5) der zuständigen Wasserbehörde, sollte das Projektgebiet in deren Jurisdiktion fallen ,erforderlich.⁷¹² Hiermit stellt die *Medida Provisória* 2.186.16/01 auf den Eigentümer oder rechtmäßigen Verwalter der Liegenschaft ab, unabhängig davon, ob es sich z.B. um ein Privatgrundstück, um Staatsgebiet (oder Wasserstraßen) oder um indigene Gebiete handelt. Es muss die vorherige informierte Zustimmung desjenigen eingeholt werden, dem die Liegenschaft zivilrechtlich gehört oder der diese rechtmäßig verwaltet.⁷¹³ Diese Herangehensweise soll die Beteiligung des rechtmäßigen Eigentümers der Liegenschaft am

⁷⁰⁷ In der offiziellen englischen Fassung der *Medida Provisória* 2.186.16/01 wird diese Genehmigungsart als „special authorization“ bezeichnet.

⁷⁰⁸ Zu der Definition siehe Art. 9, IX und für die Zuständigkeit des *Genetic Heritage Councils* Art. 11, IV, c) der *Medida Provisória* 2.186.16/01

⁷⁰⁹ Azevedo, a.a.O., S. 5.

⁷¹⁰ Siehe dazu Azevedo, a.a.O., S. 5.

⁷¹¹ Die Änderung des Dekrets 3.945-01 erfolgte im Jahr 2003 durch das Dekret 4.946-03.

⁷¹² Art. 16 Paragraph 9 der *Medida Provisória* 2.186.16/01; Azevedo, a.a.O., S. 4.

⁷¹³ Siehe dazu u.a. Art. 16 Paragraph 1 und 2 der *Medida Provisória* 2.186.16/01.

(monetären) Vorteilsausgleich sicherstellen.⁷¹⁴ Hiervon wird letztlich die Zugangsgenehmigung durch die staatliche zuständige Behörde abhängig gemacht.⁷¹⁵ Inhalt und Verfahren der zu erlangenden vorherigen Zustimmung, insbesondere, wenn sie die Zustimmung indigener Gemeinschaften betrifft, sind in der *Medida Provisória* 2.186.16/01 nicht geregelt. Brasilien verfügt bisher nicht über Regelungen, die die Rechtsfähigkeit seiner indigenen Bevölkerung festschreiben. Das neue Zivilgesetz legt in Art. 4 nur fest, dass die Rechtsfähigkeit von Indigenen in einem gesonderten Gesetz geregelt werden soll.⁷¹⁶

c. Der Vorteilsausgleich

In ihrem Titel VII, Art. 24 und 25 enthält die *Medida Provisória* 2.186.16/01 Bestimmungen zum Vorteilsausgleich. Gemäß ihrem Art. 24 sollen Vorteile, die aus der wirtschaftlichen Nutzung des aus genetischen Ressourcen, ihren Bestandteilen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen durch eine brasilianische oder ausländische Institution erzielt worden sind, gerecht unter den Vertragsparteien verteilt werden. Dabei soll der brasilianische Staat, auch wenn er nicht Vertragspartei des Zugangsvertrages war, an diesen Vorteilen beteiligt werden.

Anders als zahlreiche nationale Zugangsregelungen enthält die *Medida Provisória* 2.186.16/01 in Art. 25 eine Auflistung über den Inhalt eines Vorteilsausgleichs bei kommerzieller Nutzung. Unter anderem soll der Vorteilsausgleich folgendes beinhalten: Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg, Zahlung von Lizenzgebühren, Zugang zu und Transfer von Technologien, kostenlose Lizenzvergabe für Produkte und (Herstellungs-) Verfahren sowie Kapazitätsaufbau (*capacity-building*).

d. Der Zugangsvertrag

Die Vertragsparteien eines Zugangsvertrages⁷¹⁷ nach der *Medida Provisória* 2.186.16/01 gehen aus deren Art. 27 hervor. Danach sind Parteien eines Zugangsvertrages über die Nutzung genetischer Ressourcen auf der einen Seite der Eigentümer der privaten Liegenschaft oder der zuständige Rechtsträger im Falle staatlichen Gebietes oder der Vertreter der indigenen Gemeinschaft und auf der anderen Seite die brasilianische Institution, die die Zugangsaktivitäten vornehmen wird, und die begünstigte Institution.

Unabdingbare Bestandteile des Zugangsvertrages sind gemäß Art. 28 der *Medida Provisória* 2.186.16/01:

⁷¹⁴ Siehe dazu auch Azevedo, a.a.O., S. 4.

⁷¹⁵ Vgl. dazu im Ergebnis Azevedo, a.a.O., S. 5.

⁷¹⁶ Siehe hierzu Kishi, PIC in Access to TK in Brazil, in: Kamau/Winter (Hrsg.): Genetic Resources, Traditional Knowledge and the Law – Solutions for Access and Benefit Sharing, S. 311 (312).

⁷¹⁷ In der englischen Fassung der *Medida Provisória* 2.186.16/01 wird der Vertrag als „Contract for Use of Genetic Heritage and Benefit-Sharing“ bezeichnet.

- der Zugangsgegenstand, die genaue Bezeichnung und Mengenangabe der Sammelproben sowie deren beabsichtigte Nutzung,
- die Vertragsdauer,
- Art und Weise des vorzunehmenden Vorteilsausgleichs und, wenn angebracht, Angaben zum Technologietransfer,
- Rechte und Pflichten der Vertragsparteien,
- Regelung geistiger Eigentumsrechte,
- Sanktionen,

und

- eine Gerichtsstandsvereinbarung.

Sollte der brasilianische Staat Vertragspartei werden, dann richtet sich gemäß Art. 28 *Medida Provisória* 2.186.16/01 die Vertragsgestaltung nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts.

Aus dieser Bestimmung kann auch gefolgert werden, dass der brasilianische Staat, anders als z.B. nach der ecuadorianischen Rechtslage, nicht notwendigerweise Vertragspartei sein muss. Der Zugangsvertrag zwischen den oben genannten Vertragsparteien kann aber nur mit Genehmigung des *Genetic Heritage Management Council* wirksam zustande kommen.

e. Der Schutz des traditionellen Wissens durch die *Medida Provisória* 2.186.16/01

Art. 8 und Art. 9 der *Medida Provisória* 2.186.16/01 treffen Regelungen für den Schutz traditionellen Wissens in Bezug auf das genetische Erbe indigener und lokaler Gemeinschaften in Brasilien.⁷¹⁸ Art. 9 der *Medida Provisória* 2.186.16/01 enthält die wesentlichen Bestimmungen, die den Zugang zu und die Nutzung des mit dem genetischen Erbe verbundenen traditionellen Wissens betrifft. Danach werden den indigenen und lokalen Gemeinschaften besondere Rechte zugesprochen, wie zum Beispiel das Recht, in sämtlichen (wissenschaftlichen) Veröffentlichungen, bei den unterschiedlichen Nutzungsarten und in der Verbreitung als (Rechts-)Inhaber dieses Wissens anerkannt zu werden. Zudem ist Ihnen das Recht eingeräumt worden, Dritte an der unerlaubten Nutzung jeglicher Art sowie an der unerlaubten Forschung und Verbreitung ihres traditionellen Wissens oder von Teile davon zu hindern. Ferner ist ihnen ausdrücklich das Recht eingeräumt worden, an dem wirtschaftlichen bzw. monetären Ausgleich der aus der Nutzung ihres Wissens entstandenen Vorteile bzw. des erwirtschafteten Vermögens teilzuhaben.⁷¹⁹

⁷¹⁸ Das Selbstbestimmungsrecht der indigenen Bevölkerung ist in Art. 4/III der brasilianischen Verfassung geregelt.

⁷¹⁹ Siehe dazu Art. 9 I bis III der *Medida Provisória* 2.186.16/01. Siehe zum Thema PIC und TK in Brasilien, *Kishi*, PIC in Access to TK in Brazil, in: *Kamau/Winter* (Hrsg.), a.a.O., S. 311–325.

Bisher hat sich ein konkreter Verfahrensablauf im Hinblick auf die Nutzung traditionellen Wissens noch nicht etabliert. Die *National Indigenous Foundation* (FUNAI) ist grundsätzlich für die Erteilung von Genehmigungen für das Betreten und das Forschen auf indigenen Gebieten zuständig. Ihre technische Integration in das Zugangsverfahren ist noch nicht abgeschlossen.⁷²⁰ Der Antrag ist grundsätzlich an das CGEN zu richten, der dafür Sorge tragen muss, dass die relevanten indigenen Institutionen in das Verfahren einbezogen werden. Im Übrigen richtet sich der Antrag nach den Bestimmungen der *Medida Provisória* 2.186.16/01 und somit entsprechend der beabsichtigten Nutzungsart.

Das CGEN hat für Fälle, die eine vorherige informierte Zustimmung von indigenen Gemeinschaften erfordern, zahlreiche Richtlinien erlassen. Zentraler Regelungskern dieser Richtlinien ist, dass der Ersuchende als Voraussetzung für die Erteilung der vorherigen informierten Zustimmung sicherstellen muss, dass die betreffende Gemeinschaft detaillierte Kenntnis über sämtliche Details des Forschungsprojekts erlangt hat. Dazu gehören u.a. die Art der Forschung, die beabsichtigte Nutzung des gesammelten (biologischen) Materials, die Art des heranzuziehenden traditionellen Wissens und die Forschungs- und Arbeitsmethoden.⁷²¹ Gemäß Resolution 12 hat im Falle von Zugang für die Bioprospektion und den technologischen Fortschritt die vorherige informierte Zustimmung zusammen mit der Erstellung eines ethnologischen Gutachtens zu erfolgen.⁷²² Art. 30 der *Medida Provisória* 2.186.16/01 bestimmt, dass Fehler beim PIC-Verfahren, wie z.B. die fehlende Identifizierung (durch ethnologisches Gutachten) und/oder unzureichende Beteiligung der relevanten indigenen Gemeinschaft als Wissensträgerin, sanktioniert werden (Geldstrafe und erneute Konzeption und Durchführung eines PIC-Verfahrens).⁷²³

Anders als andere nationale Regelungswerke enthält die *Medida Provisória* 2.186.16/01 eine Bestimmung für den Umgang mit der Rechtsinhaberschaft und Verfügungsbefugnis von traditionellem Wissen. Danach wird gemäß Art. 9 das in Frage stehende traditionelle Wissen der relevanten indigenen Gemeinschaft als

⁷²⁰ Siehe dazu Azevedo, a.a.O., S. 6.

⁷²¹ Siehe dazu Resolution 05 vom 26. Juni 2003: "Prior informed consent for access to traditional knowledge for scientific research purposes", Resolution 06 vom 26. Juni 2003: "Prior informed consent for access to traditional knowledge for bioprospecting or technological development", Resolution 09 vom 18. Dezember 2003: "Prior informed consent from local and indigenous communities for access to genetic heritage for scientific research for commercial purposes", Resolution 12 vom 25. März 2004: "Prior informed consent for access to genetic heritage for bioprospecting or technological development". Die Resolution 19 vom 22. September 2005 führt Änderungen betreffend die Resolutionen 5, 6 und 9 ein. Texte der Resolutionen sind abrufbar unter <https://www.cbd.int/abs/measures/>.

⁷²² Siehe Art. 6 § 3 in Verbindung mit Art. 4 der Resolution 12.

⁷²³ Zur Konkretisierung des Art. 30 ist das Dekret Nr. 5.459 im Jahre 2005 erlassen worden. Der Text des Dekrets kann auf der WIPO-Internetseite abgerufen werden: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=5435>.

Ganzes zugeordnet. Dies geschieht unabhängig davon, ob nur ein Mitglied dieser Gemeinschaft alleiniger Träger dieses Wissen sein sollte.⁷²⁴

Wie bereits oben unter C. I. 2. d) festgestellt, kann nach dem brasilianischen Regelungswerk eine indigene Gemeinschaft Vertragspartei eines Zugangsvertrages sein.

3. Zusammenfassung und Bewertung

Die brasilianische Rechtslage hat im Hinblick auf die Nutzung genetischer Ressourcen und dem damit verbundenen traditionellen Wissen schon im eigenen Land für starke Kontroversen gesorgt. Insbesondere hat das neue Verfahren mitsamt seinen bürokratischen Anforderungen die Arbeit brasilianischer Forscher in nicht unerheblichem Maße erschwert.⁷²⁵ Die aktuelle Rechtslage spiegelt weiterhin die Unklarheit über wesentliche Fragen wie die klare eigentums- und verfügungsrechtliche Zuordnung genetischer Ressourcen. Noch steht die Entscheidung zur vorgeschlagenen Änderung der Verfassung im Hinblick auf die Zuordnung genetischer Ressourcen als staatliches Gut aus. Damit ist nach brasilianischem Recht noch unklar, ob der Staat (die Union) zuständig ist für die Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen, die sich in seinem Hoheitsgebiet befinden. Derzeit scheint diese Kompetenz sowohl beim Gesamtstaat (der Union) als auch bei den einzelnen (Unions-)Staaten zu liegen, wie die durch die Staaten Acre und Amapá getroffenen Zugangsregelungen zeigen. Sowohl die *Medida Provisória* 2.186.16/01 als auch die zahlreichen erlassenen Resolutionen für die Arbeit des CGEN und der weiteren im Zugangsverfahren beteiligten Institutionen haben nicht dazu beigetragen, eine Klärung der Zuständigkeiten zu erreichen. Fehlende oder unklare Definitionen haben dazu geführt, dass ein potentieller Antragsteller auf Zugang entweder häufig nicht abschließend entscheiden kann, an welche Behörde er seinen Antrag richten soll, oder sich aufgrund der Gestaltung seines Vorhabens verpflichtet sieht, sich gleichzeitig an mehrere Stellen zu wenden.

II. Die Philippinen

Die Philippinen haben die CBD im Jahre 1993 ratifiziert und zügig mit ihrer Umsetzung in nationales Recht begonnen. Sie waren der erste Staat, der ein nationales ABS-System zur Umsetzung der CBD-Bestimmungen erlassen hat.

⁷²⁴ Siehe Art. 9 *Medida Provisória* 2.186.16/01 am Ende: "Sole Paragraph: For the purpose of this Provisional Act, any traditional knowledge related to genetic heritage may be deemed to be held by the community even if only one member of this community holds this knowledge."

⁷²⁵ Siehe zu diesem Ergebnis insbesondere aus der Sicht botanischer Forscher: *Ceccantini*, Is research being stifled by Brazilian laws regarding genetic resources and biodiversity protection?, S. 93–96 und *Sampaio Pereira*, Access to genetic resources and associated traditional knowledge in Brazil and the role of Brazilian botanic gardens, S. 55–57, beide Autoren in: *Feit/von den Driesch/Lo-bin* (Hrsg.), a.a.O.

1. Rechtlicher und institutioneller Rahmen

Das ABS-System der Philippinen zur Regelung der Nutzung genetischer Ressourcen besteht nicht aus einem einzelnen Gesetz, sondern setzt sich zusammen aus folgenden nacheinander erlassenen Regelungswerken:

- die vom Präsidenten erlassene *Executive Order No. 247 of 1995 (Executive Order)*, die am 18. Mai 1995 in Kraft getreten ist,⁷²⁶
- die *Administrative Order No. 96-20, Implementing Rules and Regulations on the Prospecting of Biological and Genetic Resources*, die im Juni 1996 in Kraft getreten sind,⁷²⁷
- das *Indigenous Peoples Rights Act* von 1997,
- das *Wildlife Resources and Conservation Act (Wildlife Act)*⁷²⁸ aus dem Jahr 2001 und die dazugehörigen *Joint Implementing Rules and Regulation (IRR) Pursuant to Republic Act No. 9147: An Act Providing for the Conservation and Protection of Wildlife Resources and their Habitats, Appropriating Funds therefore and for other Purposes* (im folgenden *Joint Implementing Rules and Regulations*) vom 18. Mai 2004,⁷²⁹

und

- die am 14. Januar 2005 angenommenen *Guidelines for Bioprospecting Activities in the Philippines* vom 14. Mai 2004.⁷³⁰

Die *Executive Order* regelt die Prospektierung⁷³¹ von biologischen und genetischen Ressourcen, ihrer Produkte (*by-products*) und Derivate. Damit hat sie im Vergleich zur CBD, die nur Bestimmungen über den Zugang zu genetischen Ressourcen enthält, einen erweiterten Anwendungsbereich. Wichtigste Elemente der *Executive Order* sind:

⁷²⁶ Die *Executive Order No. 247* vom 18. Mai 1995 führt den Titel: "Prescribing Guidelines and Establishing a Regulatory Framework for the Prospecting of Biological and Genetic Resources, their By-Products and Derivatives, for Scientific and Commercial Purposes and for Other Purposes". Text abgedruckt in UNEP/CBD/COP/3/Inf.47, Annex und abrufbar unter <http://www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-ph1-en.pdf>.

⁷²⁷ Erlassen vom *Department of Environment and Natural Resources* (DENR), Text abgedruckt in UNEP/CBD/COP/3/20, S. 4, para. 12.

⁷²⁸ *Republic Act No. 9147: Wildlife Resources Conservation and Protection Act*, in Kraft getreten am 30. Juli 2001. Text abrufbar unter <http://www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-ph3-en.pdf>.

⁷²⁹ Die Verwaltungsvorschriften sind 2004 in Kraft getreten, siehe dazu Section 41. Text abrufbar unter <http://www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-ph-en.pdf>.

⁷³⁰ Text der Leitlinien abrufbar unter <http://www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-ph2-en.pdf>.

⁷³¹ Unter Prospektierung fällt die Forschung, Sammlung und Nutzung biologischer und genetischer Ressourcen zum Zweck der Anwendung des daraus gewonnenen Wissens für wissenschaftliche und kommerzielle Zwecke, siehe dazu *Executive Order*, Definition of Terms und Section 2.1.h der *Administrative Order No. 96-20*.

- (1) Die Einführung eines Systems von *mandatory research agreements* zwischen den Sammlern und dem Staat. Diese Forschungsverträge sollen insbesondere zwingende Bestimmungen zu Informationsmechanismen, über den Umgang mit den Proben (Hinterlegung), über Technologietransfer und über den Vorteilsausgleich enthalten.⁷³²
- (2) Die Einführung eines Gremiums, des *Inter-Agency Committee on Biological and Genetic Resources* (IACBGR), zusammengestellt aus Mitgliedern unterschiedlicher Behörden und Institutionen, ausgestattet mit der Befugnis zur Entscheidung, Überwachung und Durchsetzung der Forschungs- bzw. Zugangsvereinbarungen und mit der Aufgabe zukünftiger (behördlicher) Strategien und technologischer Entwicklung. Das IACBGR ist am *Department of Environment and Natural Resources* (DENR) angesiedelt.
- (3) Die Festlegung von Mindestvoraussetzungen für die Erlangung der vorherigen informierten Zustimmung indigener und lokaler Gemeinschaften, in deren Gebiete die Prospektion erfolgen soll.
- (4) Die Festlegung von Mindestvoraussetzungen für die Gewährleistung der Beachtung umweltrechtlicher Bestimmungen.⁷³³

Zwar hat die *Executive Order* als zuständige Behörde für die Bearbeitung und Entscheidung über Zugangsanträge das *Inter-Agency Committee on Biological and Genetic Resources* geschaffen, die endgültige Entscheidung über den Antrag verbleibt aber bei dem „head of the government department that has jurisdiction over the resources and/or activity.“⁷³⁴

Zur Umsetzung der *Executive Order* ist im Jahre 1996 die *Administrative Order No. 96-20* erlassen worden.⁷³⁵ Diese Verwaltungsvorschriften beziehen sich auf alle biologischen und genetischen Ressourcen in der „public domain“⁷³⁶, einschließlich wildwachsender Pflanzen auf privaten Liegenschaften, die sowohl von ausländischen wie auch von nationalen Prospektoren genutzt werden.⁷³⁷

⁷³² Eine Auflistung der zwingenden Regelungen, die ein „Commercial Research Agreement“ und ein „Academic Research Agreement“ enthalten muss, ist in Section 5 der *Executive Order* zu finden.

⁷³³ Siehe dazu Paz J. Benavidez, Philippines: Evolving Access and Benefit-Sharing Regulations, S. 153 (155) in: Carrizosa/Brush/Wright/McGuire (Hrsg.), *Accessing Biodiversity and Sharing of the Benefits*.

⁷³⁴ DENR Special Order No. 97-323, Section 6.2.6.

⁷³⁵ Deren Erarbeitung durch das *Inter-Agency Committee* war bereits in Section 15 der *Executive Order* vorgesehen.

⁷³⁶ Unter „public domain“ im Sinne der Verwaltungsrichtlinie fallen Land und Wasser im Staatseigentum, die nicht zur Veräußerung oder anderweitigen Verfügung freigestellt worden sind, Section 2.1 (z) *Administrative Order No. 96-20*.

⁷³⁷ Siehe Section 3 (3.1) (a) *Administrative Order No. 96-20*.

Der Begriff des „traditionellen Wissens“ ist zwar in den Einführungsbestimmungen der *Executive Order* erwähnt,⁷³⁸ eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit dem Thema bzw. eine konkrete Bestimmung für den Ablauf eines Zugangsverfahrens in diesem Fall ist im Regelungswerk nicht enthalten. Section 3 der *Executive Order* stellt nur klar, dass für die traditionellen Nutzungen biologischer Ressourcen durch indigene oder lokale Gemeinschaften ein sog. *Research Agreement* nicht erforderlich ist. Ferner legt Section 7 (e) der *Executive Order* fest, dass das IACBGR überprüfen muss, ob das PIC der betroffenen Gemeinschaften eingeholt worden ist. Demgegenüber fällt die Nutzung traditionellen Wissens in den Anwendungsbereich der Verwaltungsrichtlinien.⁷³⁹

Der weite Anwendungsbereich, das unvollständig geregelte PIC-Verfahren⁷⁴⁰ und andere Schwierigkeiten⁷⁴¹ bei der Umsetzung der *Executive Order* haben zum Erlass des *Wildlife Act* im Jahr 2001 geführt.⁷⁴² Der *Wildlife Act* wird dem allgemeinen Umweltrecht zugeordnet und vereint bis dahin bereits existierende Gesetze aus diesem Bereich.⁷⁴³ Nur Section 14 und 15 des Gesetzes enthalten Regelung zur Prospektion. Mit dem anschließenden Erlass der *Joint Implementing Rules and Regulations* sind dann sämtliche Bestimmungen der *Executive Order* und der dazugehörigen Verwaltungsvorschriften No. 96-20, die dem *Wildlife Act* und der *Joint Imple-*

⁷³⁸ Dort heißt es im zweiten Absatz der Einführungsbestimmung: “Whereas, it is in the interest of the State’s conservation efforts to ensure that the research, collection, and use of species, genes and their products be regulated, and to identify and recognize the rights of indigenous cultural communities and other Philippine communities to their traditional knowledge and practices when this information is directly and indirectly put to commercial use; [...]”.

⁷³⁹ Eine Definition des Begriffes ist in der *Administrative Order No. 96-20* zu finden. Dabei bezieht sich „traditional use“ auf die „customary utilization of biological and genetic resources by the local community and indigenous people in accordance with written or unwritten rules, usages, customs, and practices traditionally observed, accepted, and recognized by them, Section 2 (bb).“

⁷⁴⁰ Im Hinblick auf die Voraussetzung der vorherigen informierten Zustimmung von sog. „indigenous cultural communities“ besagt Section 2 nur, dass „a. Prospecting of biological and genetic resources shall be allowed within the Ancestral lands and domains of indigenous cultural communities only with the prior informed consent of such communities; obtained in accordance with the customary laws of the concerned community.“ und dass „b. Prospecting of biological and genetic resources shall be allowed only when [Anmerkung der Autorin: gemeint ist wohl „with“] the prior informed consent of the concerned local communities.“

⁷⁴¹ So ist nach der *Executive Order* auch unklar, ob *Ex-situ*-Sammlungen in ihren Anwendungsbereich fallen.

⁷⁴² Zu der Rechtslage vor Erlass des *Wildlife Act* siehe ausführlich Benavidez, Philippines: Evolving Access and Benefit-Sharing Regulations, S. 153 (155 ff.), in: Carrizosa/Brush/Wright/McGuire (Hrsg.), Accessing Biodiversity and Sharing of the Benefits und Henne, a.a.O. Die Regelung ihrer Nutzung, S. 230 ff.

⁷⁴³ Zu der Entstehung und den wesentlichen Zielen des Gesetzes siehe ausführlich Benavidez, Philippines: Evolving Access and Benefit-Sharing Regulations, in: Carrizosa/Brush/Wright/McGuire (Hrsg.), a.a.O., S. 153 (165 f.).

menting Rules and Regulations widersprechen, entweder geändert oder aufgehoben worden und damit unwirksam.⁷⁴⁴

2. Verfahrensablauf für den Zugang zu genetischen Ressourcen

Zuständige Behörden sind je nach Gebiet und Zugangsgegenstand das Sekretariat des *Department of Environment and Natural Resources* (DENR) oder des *Department of Agriculture* (DA).⁷⁴⁵ Voraussetzung für jede Art der Bioprospektion ist zunächst, dass der Zugangssuchende ein sog. *undertaking*⁷⁴⁶ mit dem zuständigen Sekretariat eingeht. Die Art des sog. *undertaking* und die daraus resultierenden Verpflichtungen des Zugangssuchenden hängen von der Art der beabsichtigten Bioprospektion ab.

Das *Wildlife Act* hat das Verfahren bedeutend verändert, einen *Wildlife Fund*⁷⁴⁷ sowie (strafrechtliche) Sanktionen⁷⁴⁸ bei Verstoß gegen seine Bestimmungen eingeführt.

Eine neue Definition des Begriffes Bioprospektion⁷⁴⁹ ist durch das *Wildlife Act* eingeführt worden, nach dem nur die Bioprospektion zu kommerziellen Zwecken gemeint ist. Danach beziehen sich die Regelungen der Section 14 des *Wildlife Act* nur auf Bioprospektionen zur kommerziellen Nutzung. Die Bioprospektion zu kommerziellen Zwecken erfordert den Abschluss eines sog. *undertaking* mit dem zuständigen Sekretariat⁷⁵⁰, in dem sich der Zugangssuchende mit den von dieser Stelle aufgestellten, angemessenen Bedingungen, die zum Schutz der Biodiversität erforderlich sind, einverstanden erklärt. Der Zugangssuchende muss gegebenenfalls auch den Nachweis des Erhalts der vorherigen informierten Zustimmung der betroffenen relevanten indigenen Gemeinschaften,⁷⁵¹ der lokalen Gemeinschaften und des *Management Board* gemäß *Republic Act* No. 7586 oder der relevanten privaten Institution oder Privatperson erbringen.⁷⁵²

Handelt es sich bei dem Zugangssuchenden um eine ausländische Institution oder um eine natürliche Person aus dem Ausland, so sollte eine lokale Institution an

⁷⁴⁴ Section 40, Rule 40.1: "Provisions of EO 247 and its Implementing Rules and Regulations inconsistent with the Act and this Order are deemed amended."

⁷⁴⁵ Zu den Zuständigkeiten Section 4 *Wildlife Act*.

⁷⁴⁶ Siehe Section 14 des *Wildlife Act*. Die *Guidelines* sprechen von einem „Bioprospecting Undertaking“, siehe Section 6.1.

⁷⁴⁷ Siehe Section 29 des *Wildlife Act*.

⁷⁴⁸ Siehe Section 27 des *Wildlife Act*.

⁷⁴⁹ Bioprospektion ist definiert als „the research, collection and utilization of biological and genetic resources for purposes of applying knowledge derived there from solely for commercial purposes.“ Chapter II – Definitions of Terms, Section 5 (a) des *Wildlife Act*.

⁷⁵⁰ Bei der Benennung der jeweils zuständigen Behörde verwendet das *Wildlife Act* den Begriff „Secretary“ (Sekretariat). Gemäß Section 5 (r) ist damit das Sekretariat des *Department of Environment and Natural Resources* (DENR) oder das *Department of Agriculture* (DA) gemeint.

⁷⁵¹ Das *Wildlife Act* verwendet den Begriff der *indigenous cultural communities*.

⁷⁵² Section 14 Abs. 2 *Wildlife Act*.

den Forschungsaktivitäten, am Sammelvorgang und, wenn angemessen und möglich, auch bei der technologischen Produktentwicklung beteiligt werden.⁷⁵³ Erst im Rahmen des Prozesses zur Erlangung der vorherigen informierten Zustimmung der relevanten zu beteiligenden Stellen ergibt sich die Möglichkeit für diese betreffenden Akteure, wie z.B. indigene Gemeinschaften, die Bedingungen für einen gerechten Vorteilsausgleich auszuhandeln.⁷⁵⁴ Das *Wildlife Act* legt keine Mindestbedingungen für einen gerechten Vorteilsausgleich fest. Auch die zum *Wildlife Act* erlassenen *Joint Implementing Rules and Regulations* enthalten hierzu keine Regelungen. Erst die *Guidelines for Bioprospecting Activities in the Philippines* von 2005 enthalten in Kapitel VI ausdrückliche Mindestvoraussetzungen für einen gerechten Vorteilsausgleich. Unter anderem werden Bioprospektionsgebühren, Lizenzgebühren, Vorauszahlungen sowie andere nicht-monetäre Leistungen aufgeführt, auf die die Parteien eingehen können.⁷⁵⁵

Das *Wildlife Act* trifft keine Regelungen über die Gestaltung eines Zugangsvertrages bzw. ein sog. *undertaking* oder darüber, wie eventuelle Vertragsverhandlungen hierfür zu verlaufen haben. Regelungen im Hinblick auf Sanktionen für einen Verstoß gegen die Bestimmungen aus dem sog. *undertaking* sind auch nicht getroffen worden. In Section 27 und 28 legt das Gesetz demgegenüber fest, dass „[un]authorized collection, hunting, and possession of wildlife“ mit Gefängnisstrafe oder Geldstrafe geahndet werden kann.

Nach dem *Wildlife Act* ist für Bioprospektionen für rein wissenschaftliche (Forschungs-)Zwecke oder andere nicht-kommerzielle Zwecke⁷⁵⁶ der Abschluss eines sog. *Affidavit of Undertaking* oder *Memorandum of Agreement (AOA)* mit dem zuständigen Sekretariat erforderlich. Das zuständige Sekretariat wird im Anschluss daran eine kostenlose Genehmigung⁷⁵⁷ ausstellen. Diese Prospektionsart verlangt also den Antrag auf Ausstellung einer solchen Genehmigung. Die Genehmigung hängt von der „prior clearance“⁷⁵⁸ der relevanten Stellen ab, wobei auf die Bedeutung dieser Voraussetzung nicht näher eingegangen wird.⁷⁵⁹ Ihre Anforderungen sind demnach nicht geregelt. Die weitere Ausgestaltung und Anforderungen an den Antrag sind

⁷⁵³ Section 14 Abs. 4 *Wildlife Act*.

⁷⁵⁴ Benavidez, Philippines: Evolving Access and Benefit-Sharing Regulations, S. 153 (157), in: Carrizosa/Brush/Wright/McGuire (Hrsg.), a.a.O.

⁷⁵⁵ Guidelines for Bioprospecting Activities in the Philippines (Joint DENR-DA-PCSD-NCIP Administrative Order No. 1, Series 2005, in Kraft getreten am 14. Januar 2005), S. 14–17. Text abrufbar unter <http://www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-ph2-en.pdf>. Informationen zum Dokument können auf der Internetseite der CBD (<http://www.cbd.int/abs/measures/measure.shtml?id=7814>) abgerufen werden.

⁷⁵⁶ Siehe dazu Section 15 *Wildlife Act*.

⁷⁵⁷ Diese kostenlose Genehmigung wird als „a permit issued to an individual or entity engaged in noncommercial scientific or educational undertaking to collect wildlife“ bezeichnet, Section 5 (1), des *Wildlife Act*.

⁷⁵⁸ Section 15 *Wildlife Act*.

⁷⁵⁹ Auch die *Joint Implementing Rules and Regulation (IRR) Pursuant to Republic Act No. 9147* definieren den Begriff „prior clearance“ nicht.

in Section 15 der zum *Wildlife Act* erlassenen *Joint Implementing Rules and Regulations* und den dazugehörigen Rules 15.1 bis 15.11. näher geregelt. Für diese Prospektionsart ist ebenfalls die freie vorherige informierte Zustimmung der indigenen Gemeinschaft oder „prior clearance“ der relevanten lokalen zuständigen Stellen⁷⁶⁰, des privaten Eigentümers der Liegenschaft oder anderer betroffener Institutionen⁷⁶¹, in deren Gebiet die Prospektion durchgeführt werden soll,⁷⁶² erforderlich. Sollte der Zugangssuchende kein philippinischer Staatsbürger sein oder als Mitarbeiter einer ausländischen Institution auftreten, so ist auch bei dieser Prospektionsart in diesem Fall eine philippinische Institution in das Projekt einzubeziehen. Die Regel 15.14 *Joint Implementing Rules and Regulations* enthält eine Liste von Mindestbestimmungen, die ein derartiges *undertaking*⁷⁶³ u.a. aufweisen muss:

- *Spin-off technology* soll nicht aus den Ergebnissen der wissenschaftlichen Studien, Forschungen oder Dissertationen entwickelt werden;
- ohne die Genehmigung der zuständigen Behörde können geistige Eigentumsrechte bezogen auf die Forschungsergebnisse nicht verwertet werden;
- am Ende der Forschungsarbeiten sind sämtliche Ergebnisse an die betreffenden Stellen weiterzuleiten.

Bereits laufende sog. *Academic Research Agreements* nach der *Executive Order* behalten ihre Gültigkeit. Eine Verlängerung erfolgt aber dann unter den Bestimmungen des *Wildlife Act*.⁷⁶⁴

Die *Guidelines* enthalten demgegenüber zahlreiche Bestimmungen zum Verfahrensablauf für den Abschluss eines *Bioprospecting Undertaking*. Nach Section 6 sind Parteien des *Bioprospecting Undertaking* auf der einen Seite das zuständige Sekretariat des DENR oder des DA und auf der anderen Seite der Zugangssuchende und Nutzer der Ressourcen („resource user“). Für die Antragstellung hat der Zugangssuchende einen standardisierten Antrag an die zuständige Stelle einzureichen,⁷⁶⁵ die entsprechenden Gebühren zu entrichten⁷⁶⁶ sowie den Nachweis der Erlangung der vorherigen informierten Zustimmung der relevanten Stellen zu erbringen.⁷⁶⁷

⁷⁶⁰ Section 15, Rule 15.2. der *Joint Implementing Rules and Regulation (IRR) Pursuant to Republic Act No. 9147* verwendet die Abkürzung LGUs. Damit sind die betreffenden „local government units“ gemeint.

⁷⁶¹ Section 15, Rule 15.2. der *Joint Implementing Rules and Regulation (IRR) Pursuant to Republic Act No. 9147* benennt insbesondere das *Protected Areas and Wildlife Bureau* durch die Angabe der offiziellen Abkürzung (PAMB) für diese Stelle.

⁷⁶² Section 15, Rule 15.2. der *Joint Implementing Rules and Regulation (IRR) Pursuant to Republic Act No. 9147*.

⁷⁶³ Gemeint ist also ein *Affidavit* oder ein *Memorandum of Agreement*.

⁷⁶⁴ Section 15, Rule 15.11. der *Joint Implementing Rules and Regulation (IRR) Pursuant to Republic Act No. 9147*.

⁷⁶⁵ Section 8.1 (c) der *Guidelines*.

⁷⁶⁶ Section 8.1 (c) der *Guidelines*.

⁷⁶⁷ Section 8.1 (d) der *Guidelines*. Die Einzelheiten über den Ablauf richten sich nach Kapitel V der *Guidelines*.

Ferner muss er entsprechend den Angaben in Kapitel VI der *Guidelines* mit dem Ressourcengeber die Bedingungen eines fairen und gerechten Vorteilsausgleichs verhandeln.⁷⁶⁸

3. Der Schutz des traditionellen Wissens

Die *Executive Order* erlaubt den Zugang zu biologischen Ressourcen in Gebieten, in denen indigene Gemeinschaften angesiedelt sind.⁷⁶⁹ Anders als die CBD verwendet die *Executive Order* in Bezug auf „eingeborene und ortsansässige Gemeinschaften“⁷⁷⁰ eine andere Terminologie als die CBD. Der hierfür durch die *Executive Order* verwendete Begriff der „indigenen kulturellen Gemeinschaften“ (*indigenous cultural communities*⁷⁷¹) wird in der *Administrative Order No. 96-20* näher umschrieben.⁷⁷² Für die Prospektierung in Gebieten, in denen indigene kulturelle Gemeinschaften angesiedelt sind, ist die Erlangung des sog. *informed consent* der betroffenen Gemeinschaft erforderlich. Durch dieses Erfordernis wird der Förderungspflicht des Art. 8 lit. j CBD i. V. m. Art. 15 Abs. 4 CBD Rechnung getragen. Die praktische Umsetzung dieses Erfordernisses wird demgegenüber nicht geregelt. Fest steht, dass es für die wirksame Beteiligung der Gemeinschaften ihrer vorausgehenden projektbezogenen Unterrichtung bedarf. Wie diese zu erreichen ist, bleibt unklar, und die Entwicklung entsprechender Informationsmechanismen dem Prospektierer überlassen. Die größten Schwierigkeiten in diesem Zusammenhang stellen die Identifizierung der entscheidungsbefugten Vertreter der betreffenden Gemeinschaft sowie die Bestimmung der legitimen Entscheidungsfindungsprozesse, die in der Regel dem Gewohnheitsrecht entspringen, dar.

Im Jahr 1997 ist das *Republic Act No. 8371*, das sog. *Indigenous Peoples' Rights Act* (IPRA) in Kraft getreten.⁷⁷³ Dieses Gesetz bekräftigt das Erfordernis der vorherigen informierten Zustimmung im Falle des Zugangs zu genetischen Ressourcen in Gebieten, in denen indigene kulturelle Gemeinschaften angesiedelt sind. Es trifft aber keine konkreten Regelungen über die inhaltliche bzw. verfahrenstechnische Ausgestaltung dieses Erfordernisses.

⁷⁶⁸ Section 8.1 (e) der *Guidelines*. Für die unterschiedlichen Arten von Vorteilen und für Vorschläge zu ihrer Gestaltung siehe Kapitel VI der *Guidelines*, Section 14 bis Section 22: Danach wird schon zwischen *Financial Benefits* (Section 16) und *Other Benefits* (Section 17) differenziert.

⁷⁶⁹ Siehe dazu Section 2 der *Executive Order*.

⁷⁷⁰ In der englischen Originalfassung der CBD wird in Art. 8 lit. j CBD der Begriff „*indigenous and local communities*“ verwendet, der eigentlich mit dem Begriff „indigene und lokale Gemeinschaften“ auf Deutsch zu übersetzen ist. Die amtliche deutsche Übersetzung verwendet jedoch den Begriff „eingeborene und ortsansässige Gemeinschaften“.

⁷⁷¹ Siehe Section 2 der *Executive Order*.

⁷⁷² Siehe zu der Definition *Administrative Order No. 96-20*, Section 2, Definition of terms, 2.1. r, Text abrufbar unter http://www.grain.org/brl_files/philippines-bioprospectingeo247-1996-en.pdf.

⁷⁷³ Text abrufbar unter <http://www.sipo.gov.cn/sipo/ztxx/yczyhctzsbh/zlk/gglf/200509/P020060403599030158748.pdf>.

Das Zusammenspiel der ABS-Regulierung und der Regelungen in Bezug auf den Zugang zu genetischen Ressourcen in diesen Gebieten sowie die Nutzung traditionellen Wissens wird nur allgemein geregelt und erweist sich weiterhin als sehr kompliziert in seiner praktischen Durchsetzung.

4. Zusammenfassung und Bewertung

Zwischen 1996 und 2004 hat das nunmehr aufgelöste IACBGR acht Anträge für ein *Commercial Research Agreement* (CRA)⁷⁷⁴ und siebzehn Anträge für ein *Academic Research Agreement*⁷⁷⁵ nach den Grundsätzen der *Executive Order* bearbeitet. Davon ist jeweils nur ein Antrag aus den jeweiligen Kategorien angenommen worden.⁷⁷⁶

Die Philippinen haben als erster Staat ABS-Regelungen erlassen. Im Zuge ihrer Umsetzung sind diese Bestimmungen zum Teil an ihre Grenzen im Hinblick auf ihre praktische Durchsetzbarkeit und Anerkennung bei den relevanten Sektoren der Gesellschaft gestoßen. Insbesondere hat das Erfordernis der Erlangung der vorherigen informierten Zustimmung der relevanten Akteure Kontroversen hervorgerufen. Weniger die Tatsache, dass eine solche Zustimmung überhaupt verlangt wird, sondern der Umstand, dass der Weg und die Anforderungen für PIC nicht eindeutig, zu bürokratisch,⁷⁷⁷ lückenhaft und umständlich geregelt sind,⁷⁷⁸ ist der Hauptpunkt der Kritik. Die Erfahrungen der Philippinen seit Einführung ihrer ersten ABS-Regelung⁷⁷⁹ haben gezeigt, dass eines der größten Probleme bei der Umsetzung von ABS-Bestimmungen das Erfordernis der Verwendung eindeutig umschriebener Begriffsdefinitionen darstellt. Die verwendeten Begriffe sind entweder nicht definiert oder sehr allgemein umschrieben, so dass der Auslegungsspielraum zu weit eröffnet wird und Rechtsklarheit im Umgang mit ihnen nicht gewährleistet ist. So ist zum

⁷⁷⁴ Eine Auflistung der CRA ist bei Benavidez, Philippines: Evolving Access and Benefit-Sharing Regulations, S. 153 (158 ff.), in: Carrizosa/Brush/Wright/McGuire (Hrsg.), a.a.O. zu finden.

⁷⁷⁵ Eine Auflistung der ARA ist bei Benavidez, Philippines: Evolving Access and Benefit-Sharing Regulations, S. 153 (159 ff.), in: Carrizosa/Brush/Wright/McGuire (Hrsg.), a.a.O. zu finden.

⁷⁷⁶ Das CRA zwischen dem Department of Agriculture und der Universität Utha zusammen mit der Universität der Philippinen ist am 30. Juni 1998 abgeschlossen worden und lief zum 1. Juli 2001 aus. Das Projekt ist anschließend bis zum Jahre 2004 verlängert worden. Das ARA des University of the Philippines System ist 1999 angenommen worden.

⁷⁷⁷ Siehe Dutfield, Developing and Implementing National Systems for Protecting Traditional Knowledge: A Review of Experiences in Selected Countries, 2000, UNCTAD Expert Meeting on Systems and Experiences for Protecting Traditional Knowledge Innovations and Practices (Genf, 30. Oktober – 1. November 2000), S. 17. Siehe auch zum selben Workshop: UN-Dok. TD/B/COM.1/EM.13/2 vom 11. August 2000 (http://www.unctad.org/en/docs/c1em13d2_en.pdf).

⁷⁷⁸ Siehe zu der Thematik Swiderska et al., 2001, S. 8 und Molinyawe, Biological diversity in the Philippines, S. 104.

⁷⁷⁹ Zu den Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Executive Order siehe ausführlich Dross/Wolff, New Elements of the International Regime on Access and Benefit-Sharing of Genetic Resources – the Role of Certificates of Origin, S. 39 und Henne, a.a.O., S. 234–236.

Beispiel die Differenzierung zwischen *Academic* und *Commercial Research Agreements* der *Executive Order* insoweit unklar bzw. wenig hilfreich, als die Beurteilung der Frage, welche Vereinbarung getroffen werden soll eine Frage der betroffenen Institution und nicht des angestrebten Forschungsinhaltes an sich ist.⁷⁸⁰ Welche Art der Vereinbarung für den konkreten Fall sachdienlich ist, ist (dem Verhandlungsermessen) der zuständigen Entscheidungsbehörde überlassen. Zwar wird nach der philippinischen Rechtslage eine Differenzierung zwischen dem Zugang zu genetischen Ressourcen zu kommerziellen Zwecken und zu (rein) wissenschaftlichen Forschungszwecken getroffen. Die aufgestellten (Rahmen-)Bedingungen sind aber zu allgemein gehalten.⁷⁸¹ Das *Wildlife Act* hat auch an dieser Ausgangssituation im Ergebnis zu keinen wesentlichen Änderungen geführt. Die Unterscheidung zwischen akademischen und kommerziellen Forschungsvereinbarungen ist weiterhin unklar geblieben. Die Überlegung, dass die Einführung eines Mantelübereinkommens das Verfahren vereinfache sowie die Ausverhandlung und nachfolgende Überwachung insbesondere kommerzieller Vereinbarungen ermögliche, kann nach den bisher erfolgten Vereinbarungen nicht bestätigt werden. Der Ablauf des Antragsverfahrens ist, anders als zum Beispiel nach dem Beschluss 391 der Andengemeinschaft, nicht ausführlich normiert. Seine Rahmenbedingungen sind nur sehr allgemein festgelegt. Positiv zu bemerken ist, dass die philippinischen Umsetzungsregelungen das Merkmal der vorherigen informierten Zustimmung der CBD erstmalig aufgegriffen haben und dieses Prinzip als einen partizipatorischen Prozess im Rahmen des Zugangsverfahrens versucht haben zu integrieren. Dadurch ist der Mechanismus der Zustimmungsnachfrage zwar ein (überprüfbarer) Bestandteil des Genehmigungsverfahrens geworden, seine praktische Umsetzung hat sich bis heute jedoch als schwierig erwiesen.

III. Costa Rica

Im Jahre 1998 erließ Costa Rica das Gesetz Nr. 7788⁷⁸² zur Regelung der Biodiversität (*Biodiversity Law*).⁷⁸³ Gemäß Art. 3 ist das Gesetz anwendbar auf alle „components of biodiversity that are under the sovereignty of the State, as well as to the processes and activities carried out under its jurisdiction or control, independently from those effects manifested inside or outside national jurisdiction.“⁷⁸⁴ Das Gesetz regelt zudem die Nutzung der Bestandteile der Biodiversität und des damit ver-

⁷⁸⁰ So auch Henne, a.a.O., S. 234–236, zu der Rechtslage vor Erlass des *Wildlife Act*, S. 234.

⁷⁸¹ Ausführlich zu den zahlreichen Kritikpunkten zu der Rechtslage vor Erlass des *Wildlife Act* siehe Henne, a.a.O., S. 234 f.

⁷⁸² *Biodiversity Law No. 7788* vom 23. April 1998. Gemäß Art. 117 des *Biodiversity Law* ist das Gesetz am 23. April 1998 mit seiner Veröffentlichung in Kraft getreten. Text abrufbar unter <http://www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-cr-es.pdf>.

⁷⁸³ Für eine ausführliche und detaillierte Beschreibung des Zugangsverfahrens nach diesem Gesetz siehe Cabrera Medaglia, Costa Rica, Legal Framework and Public Policy, in: Carrizosa/Brush/Wright/McGuire (Hrsg.), a.a.O.

⁷⁸⁴ Art. 3 1. HS *Biodiversity Law No. 7788* vom 23. April 1998.

bundenen traditionellen Wissens sowie die gerechte Verteilung der entstandenen Vermögenswerte und Kosten der Nutzung der Biodiversität und ihrer Bestandteile.⁷⁸⁵ Für die Unterstützung der Umsetzung des *Biodiversity Law* erließ der Präsident von Costa Rica in Zusammenarbeit mit dem Umweltminister gemäß Art. 62 des *Biodiversity Law* das Dekret 31514 vom 15. Dezember 2003.⁷⁸⁶ Das Dekret enthält allgemeine Richtlinien für den Zugang zu den genetischen und biochemischen Ressourcen und den Bestandteilen der Biodiversität in Costa Rica.

Nach Art. 6 des *Biodiversity Law* sind die biochemischen und genetischen Merkmale der Bestandteile von wilder oder domestizierter Biodiversität der *Public Domain* zugeordnet. *Public Domain* im Sinne des spanischen Originaltextes bedeutet, dass diese Bestandteile der Biodiversität nicht jedermann zugänglich, sondern dem Staat zugeordnet und somit als Eigentum im öffentlichen Sektor zu verstehen sind.⁷⁸⁷ Die Zugangsgesetzgebung ist demnach anwendbar auf genetische Ressourcen in öffentlichen oder privaten Gebieten, sei es auf terrestrischer oder in mariner Umgebung, unter *Ex-situ*- oder *In-situ*-Bedingungen oder auf indigenen Gebieten. Maßgeblich für die Bestimmung des Anwendungsbereiches des *Biodiversity Law* sind auch die Begriffsdefinitionen des „Zugangs“ und der „Bioprospektion“.⁷⁸⁸ Demnach fallen Forschungsaktivitäten mit dem Ziel, ein Inventar zu erstellen, taxonomische Beschreibungen durchzuführen usw. nicht in den Anwendungsbereich des *Biodiversity Law*. Diese Art des Zugangs richtet sich nach Art. 36 des *Wildlife Conservation Act*.⁷⁸⁹

In die Zuständigkeit des Staates fällt demnach die Genehmigung der Erkundung, (Er-) Forschung, Prospektierung oder andersartige Nutzung der Biodiversität und ihrer Bestandteile, die sich im *Public Domain* befinden und deren Zugang sich nach den Bestimmungen des Kapitels V. *Biodiversity Law* richten.⁷⁹⁰

Gemäß Art. 62 und Art. 69 des *Biodiversity Law* erfordern sämtliche (rein) wissenschaftliche Forschungs- oder sonstige Prospektionsprojekte mit genetischen oder biochemischen Ressourcen in Costa Rica eine Zugangsgenehmigung des Staates, es sei denn eine Ausnahme nach Art. 4 des *Biodiversity Law* liegt vor. Nach Art. 4 greifen die Bestimmungen des *Biodiversity Law* nicht ein im Falle des Zugangs zu humangenetischen Ressourcen, des *Non-profit*-Austausches von genetischen und biochemischen Ressourcen und von damit verbundenem traditionellen Wissen sowie im Falle von rein wissenschaftlichen Forschungsaktivitäten ohne Gewinnerzielungsabsichten durch staatliche Universitäten. Für staatliche Universitäten gelten besondere Bedingungen. Mit Inkrafttreten dieses Gesetzes erhielten staatliche Uni-

⁷⁸⁵ Art. 3 2. HS *Biodiversity Law* No. 7788 vom 23. April 1998.

⁷⁸⁶ *Decreto Ejecutivo* N° 31-514, „Normas Generales para el Acceso a los Elementos y Recursos Genéticos y Bioquímicos de la Biodiversidad“ vom 15. Dezember 2003. Text abrufbar unter <http://www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-cr1-es.pdf>.

⁷⁸⁷ Siehe dazu auch Art. 2 des *Biodiversity Law*.

⁷⁸⁸ Zu den Begriffsbestimmungen siehe Art. 7 des *Biodiversity Law*.

⁷⁸⁹ *Wildlife Conservation Act* Nr. 7317 vom 21. Oktober 1992.

⁷⁹⁰ Art. 6 2. HS des *Biodiversity Law*.

versitäten eine Frist von einem Jahr, um eigene Zugangsbestimmungen zu entwickeln. Bei Verstreichen dieser Frist ohne den Erlass solcher Zugangsbestimmungen bleiben staatliche Universitäten an die Zugangsbestimmungen des *Biodiversity Law* gebunden.⁷⁹¹

In allen übrigen Fällen sind sämtliche Sektoren (Pharmasektor, Landwirtschaftssektor, Pflanzenschutzmittelproduktionssektor, Biotechnologiesektor, u.a.) an die Zugangsbestimmungen des *Biodiversity Law* gebunden.

1. Verfahrensverlauf für den Zugang zu genetischen Ressourcen

Das Zugangsverfahren wird vom *Biodiversity Law* in zwei Kapiteln behandelt. Zuständige Behörde für die Entscheidung über die Zugangsanträge ist das Technische Büro (*Oficina Técnica, TO*)⁷⁹² der Nationalen Kommission für die Verwaltung der Biodiversität (*Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad, CONAGEBIO*). Letztere ist als unabhängiges Organ dem Ministerium für Umwelt und Energie angegliedert und ist für die Erarbeitung sämtlicher Strategien und Politiken im Hinblick auf die Verwaltung der Biodiversität sowie für die Überprüfung und gegebenenfalls Aufhebung⁷⁹³ der Entscheidungen des Technischen Büros zuständig.

Das Technische Büro der Kommission ist für das Zugangsverfahren, die Bearbeitung, Evaluierung und Entscheidung über die Zugangsanträge zuständig.⁷⁹⁴ Zudem führt es das Register über sämtliche Zugangsanträge, die *Ex-situ*-Sammlungen sowie die natürlichen und juristischen Personen, die an und mit genetischem Material arbeiten.⁷⁹⁵ Das Büro ist ferner für die Koordinierung von Aktivitäten oder Maßnahmen im Hinblick auf die Biodiversität mit den Naturschutzgebieten, dem privaten Sektor und den indigenen oder lokalen Gemeinschaften zuständig.⁷⁹⁶

Die Details des Zugangsverfahrens⁷⁹⁷ sind im Kapitel V. des *Biodiversity Law* geregelt. Dieses Kapitel benennt die Bedingungen und legt den Verfahrensablauf für den Zugang zu genetischen und biochemischen Bestandteilen der Biodiversität fest. Es enthält auch Bestimmungen zum Schutz traditionellen Wissens. Die allgemeinen Bedingungen für das Zugangsverfahren sind in Art. 63 und 64 des *Biodiversity Law* festgesetzt. Danach sind wesentliche Bestandteile eines solchen Ver-

⁷⁹¹ Art. 4 5. HS des *Biodiversity Law*.

⁷⁹² Zu den Aufgaben der *Oficina Técnica* siehe Art. 17 des *Biodiversity Law*.

⁷⁹³ Art. 62 des *Biodiversity Law*. Das CONAGEBIO ist in jedem Fall beratend mit Beginn des Zugangsverfahrens einzubeziehen, insbesondere wenn es um die Vereinbarung von geistigen Eigentumsrechten in Bezug auf die Biodiversität geht.

⁷⁹⁴ Art. 17 Nr. 1 des *Biodiversity Law*.

⁷⁹⁵ Art. 17 Nr. 3 des *Biodiversity Law*.

⁷⁹⁶ Art. 17 Nr. 2 des *Biodiversity Law*.

⁷⁹⁷ Für eine schematische Darstellung des komplexen Zugangsverfahrens siehe *Cabrera Medaglia*, Costa Rica: Legal Framework and Public Policy, S. 101 (106) in: *Carrizosa/Brush/Wright/McGuire* (Hrsg.), a.a.O.

fahrens insbesondere die vorherige informierte Zustimmung der relevanten Akteure im Projektgebiet, Vereinbarungen über einen gerechten Vorteilsausgleich und über den Schutz eventuell betroffenen traditionellen Wissens.

Alle Zugangsanträge sind an das Technische Büro zu richten,⁷⁹⁸ welches über sie zu entscheiden und bei positiver Bescheidung ihre Ausführung zu überwachen hat.⁷⁹⁹ Über die gewährten Zugangsrechte⁸⁰⁰ über genetische oder biochemische Bestandteile der costa-ricanischen Biodiversität hat das Technische Büro ein Register zu führen und über die Einhaltung der Grenzen der insoweit gewährten Rechte zu wachen.⁸⁰¹ Mit Ausnahme von vereinbarten geheimen gewerblichen Schutzrechten ist das Register grundsätzlich der Öffentlichkeit zugänglich.⁸⁰² Dem Antrag müssen insbesondere folgende Urkunden und Dokumente beigefügt werden:⁸⁰³ Angaben zur Person des Antragstellers und Nachweis der Berechtigung zum Abschluss von Verträgen; Angaben zur Person des Projektleiters bzw. des verantwortlichen Forschers; genaue Angaben zur beantragten Art des Zugangs und zum Projektgebiet sowie Angaben des über das Projektgebiet Verfügungsberechtigten. Ferner sind genaue Angaben zum Projekt bzw. der Art und Weise des beantragten Zugangs zu machen. Zudem ist dem Antrag die vorherige informierte Zustimmung des gemäß Art. 65 des *Biodiversity Law* rechtmäßigen Verfügungsberechtigten der Liegenschaft beizufügen, auf der die Zugangsaktivitäten stattfinden werden.⁸⁰⁴

Das Technische Büro ist ebenfalls für die Genehmigung von Zugangsvereinbarungen und Verträgen zwischen inländischen und/oder ausländischen natürlichen Personen und/oder anderen (nationalen) registrierten Einrichtungen zuständig, bei denen der Staat somit nicht direkt beteiligt ist.⁸⁰⁵ Auch diese Zugangsvereinbarungen müssen die Bestimmungen der Art. 69, 70 und 71 des *Biodiversity Law* erfüllen.⁸⁰⁶

Gemäß Art. 76 des *Biodiversity Law* sind zusätzlich insbesondere folgende Bestimmungen zu beachten: Der Antragsteller muss bis zu 10% des Projektbudgets und bis zu 50% der resultierenden Vermögensvorteile/Einkünfte hinterlegen, die dem Nationalen System von Schutzgebieten, der indigenen Liegenschaft oder dem privaten Liegenschaftsinhaber, die die Ressourcen zur Verfügung gestellt haben, zufließen sollen. Gemäß dieser Vorschrift hat der Antragsteller grundsätzlich sämtliche Kosten im Zusammenhang mit dem Zugang zu den begehrten Ressourcen zu tragen.⁸⁰⁷

⁷⁹⁸ Art. 72 1. HS des *Biodiversity Law*.

⁷⁹⁹ Art. 64 des *Biodiversity Law*.

⁸⁰⁰ Zur Reichweite der gewährten Zugangsrechte siehe Art. 70, 71 des *Biodiversity Law*.

⁸⁰¹ Art. 67 1. HS des *Biodiversity Law*.

⁸⁰² Art. 67 2. HS des *Biodiversity Law*.

⁸⁰³ Art. 72 1. HS Nr. 1–7 des *Biodiversity Law*.

⁸⁰⁴ Art. 72 2. HS des *Biodiversity Law*.

⁸⁰⁵ Art. 74 des *Biodiversity Law*.

⁸⁰⁶ Für weitere Einzelheiten zu diesen Zugangsvereinbarungen siehe Art. 74 des *Biodiversity Law*.

⁸⁰⁷ Art. 74 a.E. und Art. 80 des *Biodiversity Law*.

Zudem enthält des *Biodiversity Law* in Art. 112 einen Katalog an Sanktionen für Verstöße gegen ihre Bestimmungen.

2. Der Schutz des traditionellen Wissens

Das *Biodiversity Law* enthält zahlreiche Bestimmungen, die dem Schutz traditionellen Wissens Rechnung tragen. Besonders wichtig ist das Erfordernis einer vorherigen informierten Zustimmung der indigenen Gemeinschaft, wenn traditionelles Wissen betroffen sein sollte und das Projekt in ihrem Territorium durchgeführt werden soll, Art. 63 Nr. 1 und Art. 65 des *Biodiversity Law*. Die vorherige informierte Zustimmung ist durch die offiziellen Vertreter bzw. Repräsentanten der indigenen Gemeinschaft abzugeben. Die Bestimmung der Repräsentanten richtet sich grundsätzlich nach den eigenen Regeln der betreffenden Gemeinschaft. Durch Art. 66 weist das *Biodiversity Law* den indigenen Gemeinschaften ausdrücklich ein Widerspruchsrecht gegen die Durchführung von Zugangsaktivitäten zu, wenn dieser Zugang gegen kulturelle, spirituelle, soziale, wirtschaftliche oder andere in diesem Zusammenhang stehende Gründe verstößt. Die costa-ricanische Gesetzgebung weist damit den indigenen Gemeinschaften ausdrücklich ein Widerspruchsrecht gegen Zugangsaktivitäten zu.

Abschnitt 3 des Kapitels V. des *Biodiversity Law* befasst sich mit vom Staat gewährten geistigen sowie gewerblichen Eigentumsrechten im Zusammenhang mit dem Zugang zur Biodiversität.⁸⁰⁸ Als Besonderheit im Vergleich zu anderen nationalen Zugangsregelungen verknüpft das costa-ricanische *Biodiversity Law* das Zugangsverfahren mit der Anerkennung von sog. gemeinschaftlich ausgeübten geistigen Eigentumsrechten *sui generis* (*derechos intelectuales comunitarios sui generis*).⁸⁰⁹ Das Verfahren zu der Benennung, Festlegung der Reichweite und Nutzung dieses sog. gemeinschaftlich ausgeübten geistigen Eigentumsrechtes *sui generis* ist in den Art. 83 – 85 des *Biodiversity Law* geregelt. Danach soll in Zusammenarbeit des Technischen Büros mit den relevanten Vertretern der indigenen Gemeinschaften auf nationaler Ebene, der sog. *Mesa Indígena y Mesa Campesina*, ein Verfahren zur Bestimmung der (Rechts-)Natur, der Reichweite und der Voraussetzungen für die Anerkennung eines solchen Rechts entwickelt worden. Die Gemeinschaften, die ein solches gemeinschaftlich ausgeübtes geistiges Eigentumsrecht *sui generis* geschützt haben wollen, müssen dieses in ein von dem Technischen Büro geführtes Register eintragen lassen. Dieses Registrierungsverfahren ist freiwillig und kostenlos.⁸¹⁰ Gemäß Art. 80 des *Biodiversity Law* muss das Technische Büro bei jedem Verfahren zur Gewährung geistiger Eigentumsrechte jeglicher Art, die im Zusammenhang mit der Nutzung der Biodiversität und ihren Bestandteilen stehen, konsultiert werden.

⁸⁰⁸ Zu den unterschiedlichen Arten der geistigen Eigentumsrechte siehe Art. 78 der *Biodiversity Law*.

⁸⁰⁹ Art. 82, Art. 84 des *Biodiversity Law*.

⁸¹⁰ Art. 84 3. HS des *Biodiversity Law*.

Demnach ist das Technische Büro im Rahmen solcher Konsultierungen angehalten zu prüfen, ob die eingetragenen Schutzrechte *sui generis* durch das neue geistige oder gewerbliche Eigentumsrecht verletzt werden und gegebenenfalls die Gewährung des neu zu beantragenden Rechts abzulehnen.⁸¹¹

3. Das Herkunftszertifikat – *Certificado de Origen*

Das costa-ricanische Gesetz spricht in Art. 71 und 80 1. HS von einem sog. Herkunftszertifikat im Zusammenhang einerseits mit den Merkmalen und Bedingungen der Zugangsberechtigung bzw. -erlaubnis (Art. 71 des *Biodiversity Law*) und andererseits im Zusammenhang mit dem Schutz geistiger und gewerblicher Eigentumsrechte (Art. 80 des *Biodiversity Law*).

Die Bestimmung des Art. 71 des *Biodiversity Law* ist so zu verstehen, dass die Zugangserlaubnis zugleich die Herkunft der Ressource anzugeben hat, auf die sich die Zugangserlaubnis bezieht. Dieses Zertifikat ist von dem Technischen Büro auszustellen. Gemäß Art. 80 des *Biodiversity Law* ist dem Antrag auf Eintragung eines geistigen Eigentumsrechts im Zusammenhang mit Bestandteilen der Biodiversität dieses Herkunftszertifikat beizufügen. Dadurch wird dem Technischen Büro die Möglichkeit eröffnet, im Rahmen des Eintragungsverfahrens eines geistigen Eigentumsrechts einer Eintragung des Rechts bei Nichtvorlage des Herkunftszertifikats zu widersprechen und dieses demnach abzulehnen. Trotz der erheblichen Bedeutung des Herkunftszertifikats ist die Rechtsnatur dieses Herkunftszertifikats sowie die Voraussetzungen und das Verfahren zu seiner Erlangung unklar.

4. Zusammenfassung

Bis zum Erlass der *Biodiversity Law* im Jahre 1998 war für den Zugang zur costa-ricanischen Biodiversität des *Wildlife Conservation Act* von 1992 maßgeblich, wonach der Landeigentümer über sein Land und die dort befindliche Biodiversität frei verfügen kann.⁸¹² Die dort festgehaltenen Bestimmungen im Hinblick auf die Rechtslage der Biodiversität standen im Konflikt mit der costa-ricanischen Verfassung, deren Regelungen den Bestimmungen des *Wildlife Conservation Law* zum Teil widersprach,⁸¹³ da sie die Biodiversität als Eigentum der öffentlichen Hand (*Public Domain*) ansieht, und somit dem Verfügungsrecht des Staates unterstellt.⁸¹⁴ Mit dem *Biodiversity Law* ist dieser Widerspruch aufgehoben, da es die Biodiver-

⁸¹¹ Art. 84 4. HS des *Biodiversity Law*.

⁸¹² Siehe dazu Art. 3 und 4 des *Wildlife Conservation Law*. Für weitere Einzelheiten im Hinblick auf die Rechtslage vor Erlass des *Biodiversity Law* siehe *Cabrera Medaglia*, Costa Rica: Legal Framework and Public Policy, S. 101 (102) in: *Carrizosa/Brush/Wright/McGuire* (Hrsg.), a.a.O. und *Henne*, a.a.O., S. 243 f.

⁸¹³ Siehe zu dieser Konfliktsituation *Henne*, a.a.O. S. 244 m. w. Nachw.

⁸¹⁴ Siehe zu dieser Diskussion ausführlich *Cabrera Medaglia*, Costa Rica: Legal Framework and Public Policy, S. 101 (102 f.) in: *Carrizosa/Brush/Wright/McGuire* (Hrsg.), a.a.O.

sität dem *Public Domain* unterstellt. Damit ist auch der private Landeigentümer an die öffentlich-rechtlichen Normen gebunden und der Widerspruch zwischen Verfassung und einfachgesetzlicher Norm insoweit aufgelöst. Gegen das *Biodiversity Law* ist Verfassungsbeschwerde eingereicht worden.⁸¹⁵ Eine Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes steht noch aus.

Die costa-ricanische Gesetzgebung regelt durch das *Biodiversity Law* und der zu ihrer Unterstützung erlassenen allgemeinen Richtlinien die Grundelemente für eine Zugangs- und Teilhabeordnung im Hinblick auf die Nutzung der Biodiversität und damit verbundenem traditionellen Wissen. Sie legt die wesentlichen Voraussetzungen für und den Ablauf des Zugangsverfahrens fest. Zwar wird ein PIC-Verfahren und eine Verpflichtung zur Vorteilsteilhabe verlangt. Eine detaillierte Regelung beider Grundelemente fehlt aber weiterhin. Insbesondere ist nicht geklärt, zu welchem Zeitpunkt das erforderliche – oder unter Umständen bei notwendiger Beteiligung mehrerer Berechtigten – die PIC-Verfahren begonnen werden sollen, also z.B. vor Antragstellung oder parallel zur Antragstellung. Auch lässt der Gesetzgeber die Rechtsnatur der PIC-Verfahren offen.

Im Hinblick auf den Schutz traditionellen Wissens ist durch das *Biodiversity Law* ein sog. gemeinschaftlich ausgeübtes geistiges Eigentumsrecht *sui generis* geschaffen worden. Für seine rechtliche Geltendmachung muss dieses Recht in ein dafür geschaffenes Register eingetragen werden. Inhaberin und Verfügungsberechtigte dieses Rechts ist demnach die indigene Gemeinschaft als solche, vertreten durch ihre nach deren Recht zu bestimmenden Repräsentanten. Zwar wird durch die Schaffung dieses gemeinschaftlichen geistigen Eigentumsrechtes *sui generis* ihre Rechtsposition grundsätzlich gestärkt. In praktischer Hinsicht erfordert dies aber eine gewisse Eigeninitiative der indigenen Gemeinschaften, die, um diese Rechtsposition überhaupt erlangen zu können, ein durchaus kompliziertes Verfahren durchlaufen müssen, um das gemeinschaftliche Recht *sui generis* einzutragen.

Die meisten der in Costa Rica geschlossenen Bioprospektionsvereinbarungen sind von INBio (*National Biodiversity Institute*) durchgeführt worden. Das Nationale Institut für Biodiversität ist 1989 als Nichtregierungsorganisation u.a. mit dem Ziel geschaffen worden, auf die besondere Bedeutung der Biodiversität für das Wohl der Allgemeinheit aufmerksam zu machen sowie ihren Schutz und nachhaltige Nutzung zu gewährleisten. Im Jahre 1991 entwickelte INBio das Konzept der Bioprospektion, um den Erhalt und die Nutzung der Biodiversität in Costa Rica zu fördern. INBio hat eine besondere Vereinbarung mit dem Ministerium für Umwelt und Energie für die Durchführung von Inventarisierungen und anderen Aktivitäten in Bezug auf die Erforschung der biologischen Vielfalt in den Naturschutzgebieten von Costa Rica getroffen. Hierfür kann INBio Forschungsaktivitäten mit nationalen und ausländischen, privaten oder staatlichen (Forschungs-)Einrichtungen auf der Grundlage eines eigenen Musters für Zugangsbedingungen vereinbaren. Diese Forschungs-

⁸¹⁵ Siehe dazu *Cabrera Medaglia*, a.a.O., S. 101 (110) in: *Carrizosa/Brush/Wright/McGuire* (Hrsg.), a.a.O.

vereinbarungen enthalten typischerweise folgende Bedingungen: Der Zugang ist hinsichtlich der Zeitdauer und der Quantität beschränkt; es müssen Regelungen hinsichtlich Forschungsbudgets, Vorteilsausgleich, Technologietransfer und Weiterbildungsmaßnahmen enthalten sein; es muss sich um nachhaltige und der Biodiversität förderliche Aktivitäten handeln; und Vorauszahlungen für den Erhalt der Biodiversität müssen geleistet werden. So legen die (Muster-)Vereinbarungen fest, dass 10% des Forschungsbudgets und 50% der zu erwartenden Vermögenswerte in den Erhalt der Biodiversität fließen müssen.⁸¹⁶ INBio hat vor Inkrafttreten des *Biodiversity Law* mehr als 30 Bioprospektionsprojekte abgeschlossen, die auch auf vielfältige Kritik gestoßen sind.⁸¹⁷

D. Zusammenfassung und Bewertung

Die Ressourcengeberstaaten haben die wirtschaftliche Relevanz ihrer Ressourcen erkannt und unmittelbar nach Inkrafttreten der CBD damit begonnen, Zugangs- und Teilhaberegelungen zu entwickeln, die den eigenen spezifischen rechtlichen, institutionellen, ökonomischen, kulturellen und finanziellen Gegebenheiten gerecht werden sollten.⁸¹⁸ Hauptziel war es, neben dem Erhalt der eigenen biologischen Ressourcen bei Zurverfügungstellung dieser Ressourcen eine faire und gerechte Vorteilsteilhabe zu sichern. Dabei ist allen diesen Regelungen gemeinsam, dass sie die Problematik aus der Sicht des Herkunftsstaates regeln, der meist ausländischen Nutzern Ressourcen zur Verfügung stellt und dafür die (wirtschaftliche) Vorteilsteilhabe und einen Technologietransfer mindestens entsprechend den Bestimmungen der CBD sichergestellt wissen will. Daraus resultiert die oft sehr restriktive und protektionistische Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen. Wie dem Beispiel Brasiliens zu entnehmen ist, haben diese stark restriktiven Zugangsregelungen vielmehr dazu geführt, dass auch nationale Wissenschaftler, Forschungsinstitutionen und der nationale Privatsektor durch die komplexen Verfahren ebenfalls an den Anforderungen der Zugangsverfahren gescheitert sind.

Wie in diesem Kapitel dargelegt, haben sich die Regelungslücken in den nationalen Regelungswerken der Ressourcengeberstaaten zur Umsetzung der CBD perpetuiert. So mangelt es den Regelungswerken an Bestimmungen für den Fall, dass die genetischen Ressourcen ohne die Erfüllung der innerstaatlichen Zugangs- und Teilhabeordnung erlangt worden sind. Zudem lassen die oben dargestellten ABS-

⁸¹⁶ Siehe zum Konzept der INBio-Vereinbarungen (*InBio Bioprospecting Program*) ausführlich *Cabrera Medaglia*, Costa Rica: Legal Framework and Public Policy, S. 101 (110 ff.) in: *Carrizosa/Brush/Wright/McGuire* (Hrsg.), a.a.O.

⁸¹⁷ Siehe zu den unterschiedlichen INBio-Vereinbarungen u.a. mit dem Industrie- und dem Forschungssektor *Cabrera Medaglia*, a.a.O., S. 101 (111 f.) in: *Carrizosa/Brush/Wright/McGuire* (Hrsg.), a.a.O.

⁸¹⁸ Für einen Überblick über die bisher erlassenen Regelungen in den Herkunftsstaaten siehe *Data-base on ABS Measures* der CBD: <https://www.cbd.int/abs/measures/>.

Regelungen erkennen, dass schon ein einheitliches Verständnis der entscheidenden Begriffe wie zum Beispiel „Zugang zu genetischen Ressourcen“, „Vorteilsausgleich“, „Nutzer“, „Derivate“, und „Produkte“⁸¹⁹ nicht besteht. Entweder sind die bereits unklaren, unterschiedliche Interpretationen ermöglichende Begriffe aus der CBD ohne weitere Erläuterung übernommen oder durch Zusätze ergänzt worden. Dies hat dazu geführt, dass diese Begriffe weltweit zum Teil sehr unterschiedlich ausgelegt werden. Besonders deutlich wird das Problem bei der Handhabung der Definitionen „*genetic resources*“, „*derivatives*“ oder „*by-products*“ deutlich. Die beiden letzten Begriffe werden sehr kontrovers diskutiert und oft auch als Synonyme verwendet. In einige ABS-Regelungen wurden Definitionen eingefügt ohne diese im Regelungswerk an sich zu behandeln.⁸²⁰ Andere Regelungswerke haben eine weite Definition geschaffen und somit den Anwendungsbereich ihrer Zugangsregelungen auch sehr weitgehend ausgestaltet.⁸²¹ Zudem besteht oft in den nationalen Regelungen keine klare Abgrenzung, bei welchen Nutzungsabsichten oder Aktivitäten die nationalen Regelungen zum Zugang zu genetischen Ressourcen und wann die zum Zugang zu biologischen Ressourcen Anwendung finden.

Die Umsetzungen betreffend das Erfordernis der vorherigen informierten Zustimmung (PIC) sind sehr unterschiedlich ausgestaltet. Teilweise ist diesbezüglich keine Regelung getroffen worden⁸²² oder diese sind in nationalen Gesetzen in sehr unterschiedlicher Form und Rechtsnatur umgesetzt worden.⁸²³ Zum Teil ist aus den Gesetzen nicht klar ersichtlich, welche Stellen zu konsultieren sind und welche rechtliche Bindungswirkung die Konsultation im Ergebnis haben soll. Zudem verlangen nicht alle Staaten die vorherige informierte Zustimmung lokaler oder indigener Gemeinschaften für die Gewährung des Zugangs zu genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen.

Ferner sind Maßnahmen betreffend den Vorteilsausgleich (*Benefit-Sharing*) sehr unterschiedlich ausgestaltet worden. Hier variieren die Bestimmungen schon bei der Frage der zu beteiligenden Akteure ganz erheblich. In allen ABS-Regelungen ist grundsätzlich der Staat zu beteiligen. Dabei wird er häufig durch eine speziell geschaffene staatliche oder halbstaatliche Organisation vertreten. Nicht immer werden indigene oder lokale Gemeinschaften in die *Benefit-Sharing*-Bestimmungen einbezogen. Für den Zugangsuchenden bleibt oft unklar, welche Berechtigte in welchem Umfang in derartige Vereinbarungen einzubeziehen sind. Hervorzuheben ist,

⁸¹⁹ In der originalen Vertragssprache Englisch lauten diese Begriffe: „*access to genetic resources*“, „*benefit-sharing*“, „*user*“, „*derivatives*“ und „*products*“.

⁸²⁰ Siehe dazu die Regelungswerke von Costa Rica (3. Teil, C. III.) und den Philippinen (3. Teil, C. II.).

⁸²¹ Siehe dazu den Beschluss 391 der Andengemeinschaft und die entsprechenden nationalen Umsetzungsbestrebungen z.B. von Kolumbien.

⁸²² So zum Beispiel der Beschluss 391 der Andengemeinschaft.

⁸²³ Zahlreiche nationale Gesetze sehen zwar dieses Erfordernis vor, eine rechtliche Bindungswirkung zum Beispiel betreffend die vorherige informierte Zustimmung indigener Gemeinschaften soll aber nicht entfaltet werden.

dass nicht-monetäre Regelungen, wie Technologietransfer und Fortbildungsmaßnahmen, als *Benefit-Sharing* auf Seiten der Ressourcengeberstaaten immer mehr an Bedeutung gewinnen. Erkennbar sind auch in diesem Zusammenhang die Bemühungen der Regierungen, eine breite Akzeptanz für ihre ABS-Regelungsvorhaben in der Bevölkerung zu erreichen. Zum Teil fanden im Rahmen der Erarbeitung der Regelungswerke zahlreiche Workshops mit der Beteiligung unterschiedlicher Sektoren der Gesellschaft statt, wie zum Beispiel indigener und lokaler Gemeinschaften.⁸²⁴

Anzumerken ist, dass die zum Teil vorhandenen sehr strikten und restriktiven Regelungen in vielen der Ressourcengeberstaaten auf Erfahrungen in der Vergangenheit mit sog. Biopirateriefällen beruhen.⁸²⁵ Dies führte in einigen Fällen zu einer Überregulierung der Materie, was sich insbesondere in den Fällen der Nutzung genetischer Ressourcen zu rein wissenschaftlichen Forschungszwecken negativ bemerkbar macht. Hier wird regelmäßig keine Differenzierung zwischen dem Zugang zu genetischen Ressourcen für wirtschaftliche Zwecke (Grundfall für die ABS-Prinzipien der CBD) und dem Zugang zu rein wissenschaftlichen Forschungszwecken ohne wirtschaftliche Verwertungsabsicht getroffen. Die dadurch bedingten verstärkten Anforderungen und unklaren Zuständigkeitsregelungen führen in der Praxis zu einer erheblichen Beschränkung der Forschung im eigenen Land insbesondere auch durch eigene Forscher und nationale Forschungseinrichtungen.⁸²⁶ Im Falle der Philippinen führte diese Ausgangssituation zu einer Änderung der *Executive Order No. 247*,⁸²⁷ nach der ursprünglich Prospektionsvorhaben zu wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Absichten einheitlich behandelt wurden. Trotz der manchmal doch vorhandenen Differenzierung zwischen der Art des beantragten Zugangs haben diese Regelungen dazu geführt, dass Forschungseinrichtungen ihre Forschungsvorhaben in andere Länder mit weniger zeitaufwendigen, kostengünstigeren und weniger umständlichen Forschungsgenehmigungsverfahren zu verlagern versuchen.⁸²⁸

Ferner kann aus der Analyse der dargestellten zum Teil sehr unterschiedlichen ABS-Regelungen gefolgert werden, dass sie auf der Seite der Durchsetzung der Bestimmungen an sich sowie auf der Seite eventuell erworbener Rechtspositionen erhebliche Lücken aufweisen. Zum einen kann sich der Prozess zur Erlangung einer Zugangsgenehmigung als sehr langwierig und schwierig erweisen. Dabei bleibt zum Teil unklar, welche Stelle über die Beachtung der Zugangsvorschriften und Einhaltung der Zugangsvereinbarungen zu wachen hat. Auch die Art der Sanktionen,

⁸²⁴ So zum Beispiel im Fall Kolumbiens und derzeit in Ecuador.

⁸²⁵ So zum Beispiel die Fälle in Acre, Brasilien und in Ecuador, wo derzeit noch ein Regelungsentwurf sehr kontrovers diskutiert wird.

⁸²⁶ Dies ist derzeit insbesondere der Fall in Brasilien, siehe dazu 3. Teil, C. I.

⁸²⁷ 3. Teil, C. II.

⁸²⁸ Dies scheint auch der Fall in den Philippinen zu sein. Dieses Verhalten ist auch bei zahlreichen Unternehmen zu beobachten, die ihre Prospektionsvorhaben in den Staaten durchzuführen versuchen, die das kostengünstigere, flexiblere und überschaubarere Verfahren haben. Siehe dazu IUCN, *The ABS-Project – Fact, Expertise and Coherence in ABS-Implementation*, S. 3.

sofern hierfür rechtliche Vorkehrungen im Gesetz getroffen wurden, bleibt in der Regel unklar. Auf der anderen Seite sind die Rechtsschutzmöglichkeiten des Antragstellers im Rahmen des Genehmigungsverfahrens sowie nach Erteilung der Zugangsgenehmigung bzw. des Abschlusses des Zugangsvertrages für diesen aus den ABS-Regelungswerken nicht ersichtlich. Auch sind in den ABS-Regelungen zwar Ansätze für eine Überwachung der Nutzung der betreffenden genetischen Ressourcen angelegt, praktisch werden sie aber nicht durchgeführt.

Die Implementierung der CBD-Verpflichtungen ist in all den dargestellten Zugangssystemen auf die positive Regelung des Zugangs an sich gerichtet. Sie konzentrieren sich somit auf die Regelung des Zugangs nur im Hinblick auf die genetischen Ressourcen des eigenen Landes. Sie sind also allein aus der Perspektive des Staates heraus entstanden und entwickelt worden, der diese, also (nur) seine, Ressourcen zur Verfügung stellt (sog. *provider-side measures*). Obwohl jeder Staat sowohl als Nutzer wie auch als Ressourcengeber identifiziert ist, hat bisher kein einziger Staat in seinen ABS-Regelungen Maßnahmen vorgesehen,⁸²⁹ die Nutzer fremder genetischer Ressourcen dazu verpflichten, dem anderen Staat, der Herkunftsstaat dieser Ressourcen ist, einen Vermögensausgleich für die Nutzung dieser Ressourcen zu leisten.

Rechtsbehelfe zur Durchsetzung von Rechten an genetischen Ressourcen und oder traditionellem Wissen – unabhängig davon ob sie den Nutzer oder den Verwender dieser Ressourcen adressieren – sind in den analysierten Zugangssystemen bisher nicht vorgesehen.

Die Notwendigkeit der Einführung von sog. *user country measures*⁸³⁰ auf internationaler Ebene, zum Beispiel als Komponente eines internationalen ABS-Regimes, wird insbesondere vor dem Hintergrund vertreten, dass die ABS-Problematik im Kontext von Handelsbeziehungen einen grenzüberschreitenden Sachverhalt⁸³¹ darstellt und dass die nationalen ABS-Regelungen keine rechtliche Wirkungen entfalten können, soweit die Pflanzenproben oder die genetischen Ressourcen sich nicht mehr im Hoheitsgebiet des betreffenden Staates befinden. Damit steht fest, dass nationale ABS-Regelungen der Herkunftsstaaten allein bei einem grenzüberschrei-

⁸²⁹ Einige Staaten haben in ihren Patentgesetzen Maßnahmen zu Offenbarung der Herkunft genetischer Ressourcen vorgesehen, die als sog. *user-side measures* eingestuft werden. Auf regionaler Ebene ist dies die Andengemeinschaft mit ihren Bestimmungen im Beschluss 486, daneben die Staaten Indien, Peru und Venezuela. Diese Regelungen verpflichten aber den Nutzer nicht, die getroffene Teilhabeverpflichtung an sich tatsächlich zu erfüllen. Verlangt wird nur der Nachweis, dass eine solche Vereinbarung getroffen wurde.

⁸³⁰ Cfr. Barber (Hrsg.), *User Measures: Options for Developing Measures in User Countries to Implement the Access and Benefit Sharing Provisions of the Convention on Biological Diversity*, UNU/IAS.

⁸³¹ Young, *Gaps and Obstacles in Developing/Implementing National ABS Legislation*, document presented at the Expert Workshop on Access to Genetic Resources and Benefit-sharing, Cape Town, September, 2005; Young, *Genetic Resources and Utilisation of Genetic Resources: a Legislative View*, document presented to the International Expert Workshop on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing, Cuernavaca, Mexico, October, 2004.

tenden Sachverhalt an ihre Grenzen kommen und für die Etablierung eines funktionierenden (internationalen) ABS-Systems nicht ausreichen.

E. Umsetzung der CBD-Prinzipien zum Zugang zu genetischen Ressourcen in den Nachfragestaaten bzw. Nutzerstaaten

In den sog. Nachfragestaaten sind die Umsetzungsbestrebungen bei weitem nicht so weit fortgeschritten wie in den Herkunftsstaaten.

Im Folgenden werden die wichtigsten bis Oktober 2012 in Kraft getretenen Regelungen bzw. Ansätze mit Bezug zur Umsetzung der CBD aus dem Kreis der klassischen Nachfragestaaten dargestellt.

I. Umsetzungsbestrebungen auf EU-Ebene

1. Umsetzungsbestrebungen im Bereich des Naturschutzes i.w.S.

Die CBD wurde von der Gemeinschaft und ihren Mitgliedern im Verlauf der Umwelt- und Entwicklungskonferenz der Vereinten Nationen vom 3. bis 14. Juni 1993 in Rio de Janeiro unterzeichnet.⁸³² Bisher ist keine einheitliche und konkrete Umsetzung der CBD-Prinzipien auf Gemeinschaftsebene im Hinblick auf die Zugangs- und Teilhabeordnung erfolgt. Die Politik zur Erhaltung der biologischen Vielfalt der Europäischen Union verfolgt zahlreiche Ziele.⁸³³ Für den Bereich der Umsetzung der Prinzipien der Zugangs- und Teilhabeordnung der CBD sind insbesondere folgende Entwicklungen maßgeblich:⁸³⁴ Die Ziele im Bereich der biologischen Vielfalt sind zum Beispiel in der „Strategie für nachhaltige Entwicklung“⁸³⁵ der EU sowie in einer ganzen Reihe von Umwelt- und sektoralen Politiken enthalten. Im Jahre 1998 wurde eine Gemeinschaftsstrategie zur Erhaltung der Arten-

⁸³² Mit dem Beschluss 93/626/EWG des Rates vom 25. Oktober 1993 über den Abschluss des Übereinkommens über die biologische Vielfalt wird dem Übereinkommen im Namen der EG zugestimmt; ABl. L 309 vom 13. Dezember 1993, Berichtigung ABl. L 82 vom 25. März 1994.

⁸³³ Zum EU-Konzept für eine Politik zur Erhaltung der biologischen Vielfalt siehe Mitteilung der Europäischen Kommission, KOM (2006) 216 endgültig vom 22. Mai 2005: „Eindämmung des Verlusts der biologischen Vielfalt bis zum Jahr 2010 – und darüber hinaus. Erhalt der Ökosystemleistung zum Wohle der Menschen.“

⁸³⁴ Nähere Informationen zu der EU-Biodiversitätspolitik sind auf der Internetseite: <http://ec.europa.eu/environment/nature/biodiversity/comm2006/2020.htm> zu finden.

⁸³⁵ Mitteilung der Europäischen Kommission: „Nachhaltige Entwicklung in Europa für eine bessere Welt: Strategie der Europäischen Union für die nachhaltige Entwicklung“, KOM (2001) 264 endgültig vom 15. Mai 2001.

vielfalt verabschiedet⁸³⁶ und 2001 die damit zusammenhängenden Aktionspläne.⁸³⁷ Die meisten Mitgliedstaaten haben solche Strategien bzw. Aktionspläne ebenfalls entwickelt.⁸³⁸ Bezogen auf den Zugang zu genetischen Ressourcen und den Vorteilsausgleich wurde in dieser Gemeinschaftsstrategie die Notwendigkeit der Unterstützung angemessener multilateraler Regelungen für den Zugang zu genetischen Ressourcen betont. Zudem wurde die Ergreifung von Maßnahmen für die Unterstützung von Leitlinien für die bilaterale Zusammenarbeit auf freiwilliger Basis befürwortet, insbesondere in Fällen, in denen nur einige Länder Zugang zu den fraglichen genetischen Ressourcen haben oder Zugang dazu benötigen. Ferner hebt die Strategie die Wichtigkeit hervor, Maßnahmen zu ergreifen für die Unterstützung der Ursprungsländer genetischer Ressourcen bei der Entwicklung nationaler Strategien für die Erkundung biologischer Ressourcen und zur Regelung des Zugangs unter Berücksichtigung der einschlägigen multilateralen Systeme und Instrumente.⁸³⁹ Dieser Gedanke wurde erneut bei der Erklärung der Unterstützung der Ziele der Bonner Leitlinien⁸⁴⁰ über den Zugang zu genetischen Ressourcen und die gerechte und ausgewogene Beteiligung an den Vorteilen aus ihrer Nutzung im Rahmen des Übereinkommens über die biologische Vielfalt von der Kommission zum Ausdruck gebracht.⁸⁴¹ In Fortsetzung dieser Arbeit hat am 3. Mai 2011 die Europäische Kommission eine neue Biodiversitätsstrategie verabschiedet für den Geltungszeitraum 2011–2020.⁸⁴² Die neue europäische Biodiversitätsstrategie nimmt ausdrücklich Bezug auf das auf der 10. Vertragsstaatenkonferenz der CBD angenommene Nagoya Protokoll zu ABS⁸⁴³ und legt in ihrem Art. 20 fest, dass die Kommission einen Entwurf für die Umsetzung des Nagoya Protokolls erarbeiten wird, mit dem Ziel, die Ratifizierung bis spätestens 2015 zu erreichen. Im Oktober 2012 hat die Kommission ein paar Tage vor der 11. Vertragsstaatenkonferenz der CBD einen solchen Entwurf einer Europäischen Rechtsverordnung vorgelegt und

⁸³⁶ Mitteilung der Europäischen Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament über eine Gemeinschaftsstrategie zur Erhaltung der Artenvielfalt, KOM (1998) 42 endgültig.

⁸³⁷ Mitteilung der Europäischen Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament, Aktionsplan zur Erhaltung der biologischen Vielfalt in der Landwirtschaft, Teil III, KOM (2001) 162 endgültig vom 27. März 2001.

⁸³⁸ Siehe dazu Mitteilung der Europäischen Kommission, KOM (2006) 216 endgültig, S. 4.

⁸³⁹ Siehe Mitteilung der Kommission, KOM (1998) 42 endgültig, S. 9.

⁸⁴⁰ Bonn Guidelines on „Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of Their Utilization“ (UNEP/CBD/COP/6/20 vom 24. Mai 2002, *Decision VI/24/A*, S. 262 mit Annex auf S. 263 ff.) (Bonn Guidelines).

⁸⁴¹ Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament und den Rat zur Umsetzung der „Bonner Leitlinien“ über den Zugang zu genetischen Ressourcen und die gerechte und ausgewogene Beteiligung an den Vorteilen aus ihrer Nutzung im Rahmen des Übereinkommens über die biologische Vielfalt, KOM (821) endgültig vom 23. Dezember 2003.

⁸⁴² Der Text der Europäischen Biodiversitätsstrategie kann abgerufen werden unter: http://ec.europa.eu/environment/nature/biodiversity/comm2006/pdf/2020/1_EN_ACT_part1_v7%5b1%5d.pdf.

⁸⁴³ Siehe ausführlich zum Nagoya Protokoll Teil 5 dieser Arbeit.

auf der Vertragsstaatenkonferenz im Rahmen eines Side Events überblicksmäßig vorgestellt.⁸⁴⁴ Der Verordnungsentwurf strebt den Schutz und die nachhaltige Nutzung biologischer Vielfalt an vor dem Hintergrund, dass die Inwertsetzung genetischer Ressourcen einen Anreiz für die Erhaltung der biologischen Vielfalt setzen soll. Der Verordnungsvorschlag dient der Umsetzung der Verpflichtungen des Nagoya Protokolls in der EU und soll damit die Ratifizierung des Nagoya Protokolls in der EU ermöglichen.⁸⁴⁵ Der Vorschlag beruht auf zwei Säulen: den Maßnahmen zum Zugang und den Maßnahmen zur Einhaltung der Regeln durch die Nutzer.⁸⁴⁶ Im Folgenden wird auf die wesentlichen Aspekte des Vorschlages eingegangen.⁸⁴⁷

Art. 2 Halbsatz 1 des Verordnungsentwurfes (im folgenden VOE) regelt den Anwendungsbereich des Verordnungsvorschlages und stellt eindeutig auf den Zugang zu genetischen Ressourcen und sich auf diese Ressourcen beziehendes traditionelles Wissen nach Inkrafttreten des Nagoya Protokolls in der EU ab. Der VOE weist auch für die Frage der Verpflichtung zum Vorteilsausgleich auf die „Nutzung genetischer Ressourcen“ nach Inkrafttreten des Nagoya Protokolls in der EU hin, Art. 2 Halbsatz 2 VOE. Aus Art. 3 geht hervor, dass als „Zugang“ die physische Erlangung der genetischen Ressourcen gemeint ist (Art. 3 Nr. 4 VOE), wobei dieser Begriff nicht stringent im Vorschlag verwendet wird. Nach Art. 3 Nr. 4 wird der Begriff des „Zugangs“ nach dem nationalen ABS-Recht des Vertragsstaates bestimmt, in dem der Zugang erfolgt ist. Zugang als die physische Erlangung der genetischen Ressource und des sich auf diese Ressourcen beziehenden traditionellen Wissens wird demnach in Übereinstimmung mit den ABS-Regelungen des Vertragsstaates, in dem der Zugang erfolgt, definiert („acquisition [...] in accordance with“). Der Begriff ist also weit gefasst, d.h. auch besondere Anforderungen, die das betreffende nationale ABS-Recht auferlegt, müssen berücksichtigt werden. Wie dies geschehen soll, darüber spricht der VOE nicht. Der in Art. 3 Nr. 4 VOE verwendete Begriff „Genetische Ressourcen“ scheint zudem allein auf das Material abzustellen. Es geht also um die Weitergabe des Materials an sich und nicht (isoliert) um die Weitergabe der darin enthaltenen Information. Hier stellt sich die Frage, ob „Zugang“ zu gewonnenem Wissen über genetische Ressourcen noch vom Begriff des Zugangs im Sinne des Art. 3 Nr. 4 VOE umfasst wird. Dem Wortlaut nach stellt die Definition auf das

⁸⁴⁴ „Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising from their Utilization in the Union“, COM (2012) 576 final, vom 4. Oktober 2012. Der Text kann abgerufen werden unter: http://ec.europa.eu/environment/biodiversity/international/abs/pdf/PROPOSAL_FOR_A_REGULATION_EN.pdf.

⁸⁴⁵ Der Entwurf fügt sich unter die in Art. 191 AEUV genannten umweltpolitischen Ziele ein und kann sich damit auf die Rechtsgrundlage des Art. 192 AEUV stützen.

⁸⁴⁶ Siehe Begründung zum VOE, COM (2012) 576, S. 3.

⁸⁴⁷ Der Verordnungsentwurf ist auf der 11. Vertragsstaatenkonferenz im Oktober 2012 in Indien von der EU-Kommission bekannt gegeben worden. Zum Zwecke der Veröffentlichung werden hier überblickshalber die wesentlichen Aspekte des Vorschlages vorgestellt.

tatsächliche Material ab und würde demnach nicht die Weitergabe von Wissen umfassen, unabhängig davon, ob (weiter) aufbereitet oder nicht.

Derivate werden nicht vom Anwendungsbereich des VOE umfasst.

In Art. 3 Nr. 7 VOE wird MATs im Sinne des VOE definiert. Gemeint sind danach (zivilrechtliche) Verträge zwischen den Parteien (Nutzer und Bereitsteller von genetischen Ressourcen und sich darauf beziehendes traditionelles Wissen). Im Falle von Auflagen zur Gewährleistung eines Vorteilsausgleiches in nationalen Zugangsgenehmigungen ist diese Vorschrift in Verbindung mit Art. 3 Nr. 4 VOE zu lesen. Solche Auflagen müssten in den (ABS-)Vertrag aufgenommen werden, wenn das nationale ABS-Recht dieses verlangt bzw. sie gelten auch schon von Rechts wegen.⁸⁴⁸ Einige Länder haben Bestimmungen zum Vorteilsausgleich in ihren Genehmigungen vorgesehen. Hier geht es etwa um sog. nicht-monetäre Vorteile, wie z.B. um die Verpflichtung der Angabe des Herkunftsstaates bei Veröffentlichungen. Der VOE nimmt so über den Begriff des Zugangs Bezug auf das nationale ABS-Recht des Staates, in dem der Zugang erfolgt ist. Ob und wie (Prüfungsumfang und Prüfungstiefe) eine indirekte Prüfung des nationalen ABS-Rechts eines anderen Staates zu erfolgen hat, wird im VOE nicht konkret geregelt.

In Art. 3 Nr. 8 VOE befasst sich der Entwurf mit dem Begriff des traditionellen Wissens. Der VOE gibt keine konkrete Definition hierzu; gemäß dieser Vorschrift ist „traditionelles Wissen über genetische Ressourcen das traditionelle Wissen einer indigenen oder ortsansässigen Gemeinschaft, das für die Nutzung der genetischen Ressourcen relevant ist und in den einvernehmlich festgelegte Bedingungen (MATs) für die Nutzung genetischer Ressourcen als solches beschrieben ist.“⁸⁴⁹ Der VOE der EU geht damit einer expliziten Definition des traditionellen Wissens aus dem Weg. Es ist darauf hinzuweisen, dass die WIPO das offizielle Mandat für diese Thematik hat und diesbezüglich ihre Arbeit in 2013 fortsetzen wird. Art. 3 lit. 7 greift bei der Definition von MATs diesen Gedanken auf und legt fest, dass als traditionelles Wissen das zu verstehen, was die Parteien in MATs vereinbaren. Aus dem Blick der VOE tragen damit die Vertragsparteien des betreffenden MATs die Verantwortung, das sich auf genetische Ressourcen beziehende traditionelle Wissen zu berücksichtigen. Maßgeblich wird also unter anderem auch das Verhandlungsgeschick der beteiligten MATs-Parteien sein. Im Übrigen trifft der VOE neben der Erwähnung in Art. 3 Nr. 4 und Nr. 8 keine weiteren expliziten Regelungen zum Zugang und Vorteilsausgleich bei Nutzung traditionellen Wissens.

In Art. 4 des VOE wird eine sog. Sorgfaltspflicht der Nutzer aufgestellt. Danach sollen die Nutzer mit der gebotenen Sorgfalt vorgehen, „um sich zu vergewissern, dass der Zugang zu den genutzten genetischen Ressourcen und dem genutzten traditionellen Wissen über genetische Ressourcen im Einklang mit den einschlägigen

⁸⁴⁸ Siehe hierzu die Definition des Zugangs in Art. 3 Nr. 4 VOE „in accordance with“.

⁸⁴⁹ So der Wortlaut des Art. 3 Nr. 3 VOE in der deutschen Fassung. Der Text kann abgerufen werden unter: http://www.bfn.de/fileadmin/ABS/documents/Deu_KOM_ABS_Umsetzungs-VO_Vorschlag04102012.pdf.

Gesetzen oder sonstigen Vorschriften für den Zugang und die Aufteilung der Vorteile erlangt wurde“, Art. 4 Abs. 1 VOE (deutsche Fassung). Die Sorgfaltspflicht umfasst das Einholen und Sammeln der in Art. 4 VOE Abs. 2 lit. a aufgeführten Information sowie deren Weitergabe an andere Nutzer. Zudem sollen sie gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. b, wenn Unsicherheiten auftreten, zusätzliche Informationen oder Nachweise in Bezug auf die Rechtmäßigkeit des Zugangs und der Nutzung einholen. Gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. c sollen die Nutzer zudem eine ordnungsgemäße Genehmigung für den Zugang einholen, MATs vereinbaren oder die Nutzung einstellen, wenn sich herausstellt, dass der Zugang nicht im Einklang mit den einschlägigen Gesetzen oder sonstigen Vorschriften über den Zugang steht.

Diese Vorschrift trifft aber keine Regelung darüber, wann der Nachweis der Erfüllung der Sorgfaltspflicht durch die Nutzer (belastbar) vollbracht ist. Zudem wird keine Aussage über den tatsächlichen Prüfungsumfang oder die Prüfungstiefe der Unterlagen weder durch den Nutzer noch durch die europäische Stelle (oder zuständigen Stellen der EU-Mitgliedstaaten, siehe Art. 6 VOE) getroffen. Es ist also nicht klar, wann der (erste) Nutzer den Nachweis der Sorgfaltspflicht rechtmäßig erfüllt hat, da fraglich ist, welche (objektiven) Kriterien der (erste) Nutzer bei der Prüfung und der Erbringung der Nachweise erfüllen muss. In Art. 4 Abs. 2 VOE sind lediglich recht konturlose Kriterien aufgelistet, die nur die Informationen betreffen, die der (erste) Nutzer im Falle einer Weitergabe an einen Folgenutzer zur Verfügung stellen muss. Eine mögliche Auslegung wäre hier, dass der (erste) Nutzer im Umkehrschluss diese Information für seine eigene Nutzung haben muss, wobei weiterhin nicht klar ist, wie bzw. in welcher Form er diese Information zu erbringen hat. Zudem ist das Zusammenspiel der in Art. 4 VOE aufgestellten Sorgfaltspflicht der Nutzer mit dem Konformitätszertifikat gemäß Art. 9 Abs. 5 VOE nicht eindeutig.

Dieser Verordnungsvorschlag befindet sich in der Prüfung durch die Mitgliedstaaten. Wie aufgezeigt wirft der Entwurf viele Fragen auf der Umsetzungsebene auf z.B. zu Form und Verfahren aufgestellter Verpflichtungen wie der Sorgfaltspflicht der Nutzer gemäß Art. 4 VOE. Fraglich ist auch, wie die Kontrollen (Mindestanforderungen, Verfahren, Transparenz und Vergleichbarkeit der durchgeführten Kontrollen) der überwachenden Behörden nach Art. 6, 7, 9 VOE erfolgen sollen. Auch ist das Zusammenspiel zwischen Art. 4 VOE und Art. 8 VOE („Bewährte Verfahren“) unklar. Die einzelnen Mitgliedstaaten stehen vor der Herausforderung zu prüfen, inwieweit sich die in dem VOE aufgestellten Anforderungen praktisch verwirklichen lassen, insbesondere ohne dabei einen hohen Kosten- und Verwaltungsaufwand zu generieren. Ferner sind die wechselseitigen Verpflichtungen zwischen Kommission und Mitgliedstaaten klarer zu fassen.

Zudem unterstützt die Kommission eine Internetseite zum Thema ABS, das *European Community Access and Benefit Sharing Portal*.⁸⁵⁰ Die Seite stellte aktuelle In-

⁸⁵⁰ Die Seite konnte unter <http://www.abs.eea.europa.eu> abgerufen werden. Aktuelle Informationen zum Stand der Umsetzungsbestrebungen in der EU können abgerufen werden unter <http://>

formationen zu den Umsetzungsbestrebungen der EU-Mitgliedstaaten im Hinblick auf die CBD und die Bonner Richtlinien zum Zugang zu genetischen Ressourcen und den daraus resultierenden Vorteilsausgleich dar.

2. Umsetzungsbestrebungen mit Auswirkungen auf das europäische Patentrecht

Im Zusammenhang mit der Harmonisierung des europäischen Patentrechts im Bereich biotechnologischer Erfindung wurde die Einfügung von Regelungen mit Bezug zur Zugangs- und Teilhabeordnung der CBD in die Richtlinie 98/44/EG vom 6. Juli 1998 über den Schutz biotechnologischer Erfindungen (EU-Biopatentrichtlinie)⁸⁵¹ kontrovers diskutiert.⁸⁵² Das Europäische Parlament schlug erstmals im Jahre 1997 vor, in die geplante Richtlinie eine Verpflichtung aufzunehmen, wonach bei Erfindungen, welche auf pflanzlichem und tierischem biologischen Material beruhen oder derartiges Material verwenden, die Patentierbarkeit von der Angabe der geographischen Herkunft des Materials abhängig ist. Der Anmelder müsste den Nachweis erbringen, dass das Material in Übereinstimmung mit den Regelungen des Zugangs zu und der Ausfuhr von solchen Materialien am Herkunftsort verwendet worden ist.⁸⁵³ Diesen Vorschlag haben die Kommission und der Rat zunächst mit der Begründung abgelehnt, dass er über die Verpflichtungen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten nach der CBD hinausgehe. Zudem argumentierte der Rat, dass die Patentämter nicht in der Lage sein würden, die Einhaltung ausländischer Rechtsvorschriften zu überprüfen.⁸⁵⁴ In der endgültigen Fassung der EU-Biopatentrichtlinie wird in diesem Zusammenhang im Erwägungsgrund 55 lediglich betont, dass die Gemeinschaft gemäß dem Beschluss 93/626/EWG⁸⁵⁵ Vertragspartei der CBD sei und dass – im Hinblick auf diesen Vertragsparteienstatus der

ec.europa.eu/environment/biodiversity/international/abs/index_en.htm.

⁸⁵¹ Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz biotechnologischer Erfindungen, ABIEG Nr. L 213 vom 6. Juli 1998, S. 13. Zur Geschichte der Umsetzung der EU-Biopatentrichtlinie siehe *Feldges*, GRUR (2005), S. 977 (977).

⁸⁵² Die EU-Biopatentrichtlinie reflektiert das Ergebnis zehnjähriger Arbeit und Diskussionen um Grundsatzfragen der Patentierung von Lebewesen, wobei ein Schwerpunkt der Diskussionen in der Auseinandersetzung mit ethischen Aspekten der Patentierung biotechnologischer Erfindungen lag. Der mehrmals überarbeitete Entwurf trat am 30. Juli 1998 in Kraft mit der Vorgabe gemäß Art. 15 I, bis zum 30. Juli 2000 in nationales Recht umgesetzt zu werden, es sei denn, Einwände würden dagegen erhoben. In Deutschland erfolgte die Umsetzung der EU-Biopatentrichtlinie durch das Biopatentgesetz vom 21. Januar 2005 (Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen, BGBl. I, S. 146 ff.).

⁸⁵³ Siehe dazu Dok. COM (97) 446 final (19. August 1997), Änderungsvorschlag Nr. 76 (1).

⁸⁵⁴ Siehe dazu die Begründung des Rates in AB EG Nr. C 110, S. 26 (S. 29 Nr. 5) vom 8. April 1998. Siehe demgegenüber die Kritik von *Sterckx*, in: EIPR (1998), S. 123 ff. *Sterckx* argumentierte demgegenüber, dass die vom Europäischen Parlament vorgeschlagenen Ergänzungen notwendig gewesen wären, damit die EU-Mitglieder ihren Verpflichtungen aus Art. 16 Abs. 5 CBD nachkommen könnten, und zwar sicherzustellen, dass solche Rechte die Ziele der CBD unterstützen und ihnen nicht zuwiderlaufen.

⁸⁵⁵ AB EG Nr. L 309 vom 13. Dezember 1993 S. 1.

Europäischen Union zur CBD – die Mitgliedstaaten beim Erlass der Rechts- und Verwaltungsvorschriften zur Umsetzung der EU-Biopatentrichtlinie insbesondere Art. 3, 8 lit. j, 16 Abs. 2 S.2 und Abs. 5 CBD berücksichtigen sollen.

Zudem wird im Erwägungsgrund 56 der EU-Biopatentrichtlinie auf die laufenden Arbeiten im Rahmen der Vertragsstaatenkonferenzen der CBD verwiesen, „die eine angemessene Bewertung des Zusammenhangs zwischen den geistigen Eigentumsrechten und den einschlägigen Bestimmungen“ des TRIPs-Übereinkommens⁸⁵⁶ der WTO und der CBD verlangen, „insbesondere in Fragen des Technologietransfers, der Erhaltung und der nachhaltigen Nutzung der biologischen Vielfalt sowie der gerechten und fairen Teilhabe an den Vorteilen, die sich aus der Nutzung der genetischen Ressourcen ergeben, einschließlich des Schutzes von Wissen, Innovationen und Praktiken indigener und lokaler Gemeinschaften, die traditionelle Lebensformen verkörpern und für die Erhaltung und nachhaltige Nutzung der biologischen Vielfalt von Bedeutung sind.“⁸⁵⁷

Demnach hat im Erwägungsgrund 27 eine Regelung mit Bezug zur Zugangs- und Teilhabeordnung der CBD ihren Weg in die EU-Biopatentrichtlinie gefunden. „Hat eine Erfindung biologisches Material pflanzlichen oder tierischen Ursprungs zum Gegenstand oder wird dabei derartiges Material verwendet, so sollte“ gemäß dem Erwägungsgrund 27 der EU-Biopatentrichtlinie „die Patentanmeldung gegebenenfalls Angaben zum geographischen Herkunftsort dieses Materials umfassen, falls dieser bekannt ist. Die Prüfung der Patentanmeldungen und die Gültigkeit der Rechte aufgrund der erteilten Patente bleiben hiervon unberührt.“ Demnach sind die Mitgliedstaaten zwar gehalten, eine Angabepflicht einzuführen. Die Mitgliedstaaten sind aber nicht gehalten, bei Nichtbeachtung dieser Pflicht einen Anfechtungsgrund nach ihrem Patentrecht vorzusehen. Damit greift die EU-Biopatentrichtlinie zwar einen Gedanken des Art. 15 CBD auf, überlässt aber durch den verwendeten Soll-Charakter der Vorschrift die Ausfüllung der Verpflichtungen aus der CBD zunächst der weiteren Entwicklung.⁸⁵⁸

Zudem bleibt festzuhalten, dass der unverbindlich gehaltene Wortlaut des Erwägungsgrundes 27 die EU-Mitgliedstaaten zu keiner Umsetzung in die nationalen Patentgesetze verpflichtet.

II. Umsetzungsbestrebungen in den EU-Mitgliedstaaten

In den Mitgliedstaaten sind die Umsetzungsbestrebungen sehr unterschiedlich verlaufen. Ansätze unterschiedlicher Reichweite sind in der Umweltgesetzgebung bezogen auf den Schutz der biologischen Vielfalt sowie im Bereich des Patentrechts aus Anlass der Umsetzung der EU-Biopatentrichtlinie zu finden.

⁸⁵⁶ Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums.

⁸⁵⁷ Vgl. den Wortlaut des Erwägungsgrundes 56 der EU-Biopatentrichtlinie.

⁸⁵⁸ Siehe auch *Schäfers*, in: *Benkard*, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, § 34a Rn. 2.

1. *Umsetzungsbestrebungen der EU-Mitgliedstaaten
im Bereich des Naturschutzes i.w.S.*

Die skandinavischen Staaten Dänemark,⁸⁵⁹ Finnland, Island, Norwegen und Schweden haben eine gemeinsame Strategie zur Erhaltung genetischer Ressourcen in ihrer Region entwickelt, „*Strategy for Conservation of Genetic Resources in the Nordic Region (2000–2004)*“, und zwar mit dem Schwerpunkt in den Bereichen Landwirtschaft und Forstwirtschaft.⁸⁶⁰ Zur Umsetzung der Ziele der gemeinsamen Strategie ist im Jahre 2002 eine Arbeitsgruppe für Rechte und Zugang zu genetischen Ressourcen eingerichtet worden. Die Arbeitsgruppe erstellte einen Bericht, der beruhend auf einer Analyse der internationalen Entwicklungen zum Zugang zu genetischen Ressourcen Empfehlungen für den Umgang mit genetischen Ressourcen in der Region erarbeitete, wobei diese Empfehlungen besonders auf eine Unterteilung in genetische Ressourcen mit Bedeutung u.a. für die Landwirtschaft, Ernährung, Forstwirtschaft und Fischerei eingehen.⁸⁶¹ In Fortsetzung dieser Aktivitäten haben im Jahre 2003 die verantwortlichen skandinavischen Minister für die Geschäftsbereiche Landwirtschaft, Fischerei, Forstwirtschaft und Ernährung die sog. *Ministerial Declaration on Access and Rights to Genetic Resources* erlassen. Diese Erklärung stellt Ziele und Prinzipien für die Behandlung genetischer Ressourcen durch die skandinavischen Staaten auf.⁸⁶² In Fortsetzung dieser Arbeitsansätze hat der *Nordic Council of Ministers* die gemeinsame *Strategy for Genetic Resources in the Fisheries, Agriculture, Forestry and Food Sector in the Nordic Region 2005–2008* erlassen.⁸⁶³ Der Schwerpunkt dieser Strategie liegt in der Fortsetzung von bereits existierenden Synergien bei der Suche nach Wegen und Optimierungsmöglichkeiten für eine bessere und koordinierte Zusammenarbeit für eine nutzenbringende Verwendung genetischer Ressourcen in den Sektoren Landwirtschaft, Fischerei, Forstwirtschaft und Ernährung in der skandinavischen Region. Klare Richtlinien

⁸⁵⁹ Nähere Informationen zum Status und der Strategie für den Schutz biologischer Vielfalt in Dänemark sind unter: *Biological Diversity in Denmark – Status and Strategy*, <http://www.sns.dk/udgivelser/2003/mangfoldighed/indholdeng.htm> zu finden.

⁸⁶⁰ *Nordic Council of Ministers*, *Strategy for Conservation of Genetic Resources in the Nordic Region (2001–2004)*, ANP 2002-704. Text abrufbar unter http://www.norden.org/en/publications/publikationer/2002-704/at_download/publicationfile.

⁸⁶¹ *Nordic Council of Ministers*, *Access and Rights to Genetic Resources – A Nordic Approach*, Nord 2003:16, Text abrufbar unter http://www.norden.org/no/publikasjoner/publikasjoner/2003-016/at_download/publicationfile.

⁸⁶² *Nordic Council of Ministers*, *Ministerial Declaration on Access and Rights to Genetic Resources (Nordic Council of Ministers – Fisheries, Agriculture, Forestry and Food – 23. June 2003 and Nordic Council of Ministers – Environment – 28. October 2003)*, ANP 2004:745. Text abrufbar unter http://www.norden.org/da/publikationer/publikationer/2004-745/at_download/publicationfile.

⁸⁶³ *Nordic Council of Ministers*, *Strategy for Genetic Resources in the Fisheries, Agriculture, Forestry and Food Sector in the Nordic Region 2005–2008*, ANP 2005:709. Text abrufbar unter http://www.norden.org/da/publikationer/publikationer/2005-709/at_download/publicationfile.

im Sinne eines Zugangsverfahrens für den Zugang zu diesen Ressourcen und der gerechten Aufteilung der aus ihrer Nutzung resultierenden Vermögensvorteile gibt die Strategie nicht vor.

Im Jahr 2009 hat Norwegen neue Gesetze zum Schutz der biologischen Vielfalt erlassen. Der neue⁸⁶⁴ norwegische *Nature Biodiversity Act* enthält in Kapitel VII (*Access to genetic material*) Regelungen über den Zugang zu genetischen Ressourcen. Grundgedanke des neuen Regelungswerkes ist, dass genetische Ressourcen grundsätzlich als „common resource“ zu behandeln sind (Kapitel VII, Section 57). Danach muss jeder, der genetisches Material von einer öffentlichen Sammlung in Norwegen zur Verfügung gestellt bekommt, erklären, dass er kein geistiges Eigentumsrecht geltend machen wird, wenn dadurch die Nutzung des betreffenden genetischen Materials für Zwecke der Landwirtschaft oder Ernährung beschränkt werden könnte (Kapitel VII, Section 59 Abs. 3). Diese Maßnahme soll dazu dienen, die Umsetzung des *FAO International Treaty*⁸⁶⁵ in Norwegen zu unterstützen.⁸⁶⁶ Die Einfuhr von genetischem Material nach Norwegen soll zudem nur dann genehmigt werden, wenn dieses Material mit Zustimmung (*consent*) des betreffenden Herkunftsstaates erfolgt ist. Der hierfür erforderliche Nachweis ist bei der Einfuhr nach Norwegen zu erbringen (Kapitel VII, Section 60). Eine ausdrückliche Regelung zur Durchführung eines Vorteilsausgleichs enthält die norwegische Regulierung nicht. Welche Voraussetzungen bzw. Bedingungen an die Zustimmung („consent“ des Herkunftsstaates) zu stellen sind, bleibt diesem überlassen. Der Nutzer der eingeführten Ressource muss nur den Nachweis erbringen, dass eine wie auch immer erfolgte Zustimmung erteilt worden ist. Ebenfalls trifft der neue *Nature Diversity Act* keine Regelungen über die Nutzung von traditionellem Wissen.

Auch Frankreich hat im Jahre 2005 eine nationale Strategie zum Erhalt der Artenvielfalt erarbeitet. Die Belange zum Erhalt der Artenvielfalt sollen dadurch ressortübergreifend und über verschiedene sektorielle Politiken behandelt werden. Im Hinblick auf genetische Ressourcen hat Frankreich im Jahre 1998 die *National Charter for the Management of Genetic Resources*⁸⁶⁷ erarbeitet, mit dem Ziel, die dort festgelegten Arbeitsschritte in den kommenden Jahren umzusetzen. Auch die neue nationale Biodiversitätsstrategie 2011–2020 von Mai 2011 greift diese Ziele auf. Im Zuge ihrer Umsetzung ist die Errichtung einer Arbeitsgruppe für die Erarbeitung eines Entwurfs für eine nationale ABS-Regelung vorgesehen. Konkrete Projekte für

⁸⁶⁴ Text abrufbar unter <http://www.regjeringen.no/en/doc/laws/Acts/nature-diversity-act.html?d=570549&id=570549>.

⁸⁶⁵ *International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*. Text abrufbar unter <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/011/i0510e/i0510e.pdf>.

⁸⁶⁶ Das neue Regelungswerk ist in dieser Hinsicht im Zusammenhang mit Abschnitt 4 des Regelungswerkes zu *Plant breeder's Rights* von 1993, *Act no 32* vom 12. März 1993 zu lesen. Der Text kann abgerufen werden unter http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=129015 oder <http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19930312-032-eng.pdf>.

⁸⁶⁷ Text abrufbar unter <http://www.brg.prd.fr/brg/pdf/ChartNatGB.pdf>.

den Erlass von Regelungen zum Zugang zu genetischen Ressourcen und eine Teilhabeordnung bestehen in Frankreich derzeit noch nicht.

In Deutschland ist am 7. November 2007 die Nationale Biodiversitätsstrategie⁸⁶⁸ vom Bundeskabinett verabschiedet worden, die auf einem Entwurf von Juli 2005 beruht.⁸⁶⁹ Schwerpunkt der nationalen Strategie ist es, einen Beitrag für die Erhaltung der biologischen Vielfalt zu leisten, und zwar unter Einbeziehung der innerstaatlichen Einrichtungen in Bund, Ländern und Kommunen sowie aller gesellschaftlichen Akteure (z.B. Forschung, Kultur, Landwirtschaft). Die nationale Strategie ist in ihren wesentlichen Grundzügen dem Aufbau der EU-Biodiversitätsstrategie angelehnt und ist mit einer Reihe einschlägiger nationaler Sektorstrategien (z.B. nationale Strategie zu invasiven gebietsfremden Arten und nationale Meeresstrategie) vernetzt. Hinsichtlich des Zugangs zu genetischen Ressourcen hat die nationale Strategie als Ziele festgeschrieben, die Errichtung eines internationalen Regimes zum Zugang zu genetischen Ressourcen und gerechten Vorteilsausgleich zu unterstützen und den nationalen Dialog zur Umsetzung der Bonner Richtlinien fortzusetzen.⁸⁷⁰

Zudem unterstützt Deutschland über das Bundesamt für Naturschutz eine „ABS-Informationsplattform“, aus der neben allgemeinen Informationen zum Thema ABS auch eine Auflistung der in Deutschland relevanten Institutionen abgerufen werden kann.⁸⁷¹

Das Vereinigte Königreich⁸⁷² hat das *United Kingdom's Department for Environmental, Food and Rural Affairs (Defra)* zum *National Focal Point*⁸⁷³ für Fragen des

⁸⁶⁸ Der Text der „Nationalen Strategie zur biologischen Vielfalt“ kann unter <http://www.abs.bfn.de/fileadmin/ABS/documents/Biodivstrategie.pdf> abgerufen werden.

⁸⁶⁹ Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.): Entwurf: Nationale Strategie für die biologische Vielfalt (2005), Text abrufbar unter: http://www.naturschutzrecht.net/Materialien/entwurf_strategie_biovialfalt.pdf#search=%22nationale%20strategie%20zur%20biologischen%20Vielfalt%22.

⁸⁷⁰ Nationale Strategie zur biologischen Vielfalt, a.a.O., S. 87.

⁸⁷¹ ABS-Plattform http://www.bfn.de/index_abs.html.

⁸⁷² Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland.

⁸⁷³ Im Rahmen der 5. Vertragsstaatenkonferenz beauftragte die Vertragsstaatenkonferenz der CBD durch die *Decision V/26* die Mitgliedstaaten sog. *National Focal Points* und kompetente nationale Behörden (*competent national authorities*) zu ernennen, die zuständig für Fragen zum Zugang zu genetischen Ressourcen und gerechtem Vorteilsausgleich sein sollten. Diese Stellen sollten somit insbesondere für Vereinbarungen über den Zugang zu genetischen Ressourcen zuständig sein bzw. erforderliche Informationen über solche Vereinbarungen zur Verfügung stellen. Zur Umsetzung der *Decision V/26* und insbesondere zur Aufgabenbeschreibung der *National Focal Points* tagte ein Expert Panel zweimal. Nach dem Ergebnis des *Expert Panels* haben die *National Focal Points* zur Hauptaufgabe, Informationen über den Zugang zu genetischen Ressourcen und den gerechten Vorteilsausgleich in dem betreffenden Staat zur Verfügung zu stellen und die zuständige Behörde sowie weitere relevante Akteure, von denen eine vorherige informierte Zustimmung zu erhalten ist, zu bezeichnen. Die zuständigen Behörden haben über das Zugangsverfahren und die Zugangsanträge zu entscheiden.

Zugangs zu genetischen Ressourcen ernannt.⁸⁷⁴ Auch das Vereinigte Königreich verfügt über kein Regelungswerk für den Zugang zu genetischen Ressourcen und den gerechten Vorteilsausgleich. Das Internetportal der *Defra* stellt einen Überblick über alle Gesetze aus unterschiedlichen Bereichen (Landwirtschaft, Gesundheit und Ernährung, Schutzgebiete, Prospektion, geistiges Eigentumsrecht usw.) mit Relevanz für das Thema der Nutzung genetischer Ressourcen im Vereinigten Königreich zusammen.⁸⁷⁵ Auf der ABS-Seite der *Defra* werden zudem Informationen zur Verfügung gestellt, wie der Zugang zu genetischen Ressourcen bestimmter Institutionen (*In-situ*-Sammlungen und *Ex-situ*-Sammlungen) gewährt wird. Diese Institutionen haben eigene Mechanismen entwickelt, um Zugang zu ihren Sammlungen zu ermöglichen.⁸⁷⁶ Zu diesen Institutionen gehört z.B. das *Royal Botanic Gardens, Kew*, die in enger Zusammenarbeit mit weiteren 28 botanischen Gärten und Herbarien weltweit die sog. *Principles on Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing* bereits im Jahre 2001 entwickelt haben.⁸⁷⁷ Insbesondere sollen nach diesen Prinzipien der Zugang zu genetischen Ressourcen und der aus ihrer Nutzung resultierende Vorteilsausgleich durch eine schriftliche Vereinbarung erfolgen.⁸⁷⁸ Im Übrigen werden weitere Arbeiten durch das *Defra* im Bereich ABS getätigt. Im Jahre 2002 erfolgte eine erste Überprüfung der Handhabung genetischer Ressourcen für Ernährung und Landwirtschaft⁸⁷⁹ durch den sog. *Wilding Report*. Eine Empfehlung des *Wilding Report* war die Erarbeitung einer neuen umfassenden Politik zum Erhalt und nachhaltigen Nutzung genetischer Ressourcen für die Bereiche Ernährung und Landwirtschaft.⁸⁸⁰ Im Jahre 2004 begann zudem eine Überprüfung bzw. Studie über die Erfahrungen relevanter Akteure im Vereinigten Königreich (botanische Gärten etc.) mit der Umsetzung der CBD-Prinzipien zum Zugang zu genetischen Ressourcen und dem aus ihrer Nutzung resultierenden Vorteilsausgleich durch getroffene Zugangsvereinbarungen (im folgenden *Review of Experiences 2004*).⁸⁸¹ Diese Studie enthält zahlreiche Empfehlungen im Bereich ABS wie z.B. die Förderung

⁸⁷⁴ Zu der Internetseite des *Defra*: <http://www.defra.gov.uk/environment/natural/biodiversity/internationally/access-genetic-resources/>.

⁸⁷⁵ Siehe zu dem Überblick über relevante Gesetzeswerke *Defra*: <https://www.gov.uk/government/policies/protecting-biodiversity-and-ecosystems-at-home-and-abroad#bills-and-legislation>.

⁸⁷⁶ Zu der Liste der Institutionen siehe <https://www.gov.uk/government/policies/protecting-biodiversity-and-ecosystems-at-home-and-abroad#who-were-working-with>.

⁸⁷⁷ *Principles on Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing* vom 6. März 2001, Text abrufbar unter: <http://www.kew.org/conservation/principles.html>.

⁸⁷⁸ In Fortsetzung zu dieser Arbeit haben die *Royal Botanic Gardens, Kew* ihre sog. *Policy on Genetic Resources and Benefit-Sharing* entwickelt. Text abrufbar unter <http://www.kew.org/conservation/docs/ABSPolicy.pdf>.

⁸⁷⁹ *Defra Review of Policy on Genetic Resources for Food and Agriculture* (2002), sog. *Wilding Report*. Text abrufbar unter <http://archive.defra.gov.uk/environment/biodiversity/geneticresources/documents/grfareport.pdf>.

⁸⁸⁰ *Wilding Report*, a.a.O. para. 1.1.

⁸⁸¹ *Latorre Garcia*, Review of the Experiences of implementation by UK Stakeholders of Access and Benefit-Sharing Arrangements under the Convention on Biological Diversity (im folgenden

der Verwendung der Bonner Leitlinien und des Austausches von *best practice* im Zusammenhang mit ABS-Vereinbarungen, Unterstützung für den Abschluss von Zugangsvereinbarungen mit *Benefit-Sharing*-Bestimmungen sowie die bessere Vernetzung des Nutzersektors.⁸⁸² Der *Review of Experiences 2004* ist im Januar 2005 angenommen worden und die Arbeit an der Umsetzung seiner Empfehlungen wird weiter fortgesetzt.

Im Jahre 2001 erließ Litauen ein Gesetz zur Regelung der Sammlung, Erhaltung und Nutzung lokaler genetischer Ressourcen, *Lithuanian Law on National Plant Genetic Resources*.⁸⁸³ Ziel des Gesetzes ist der Schutz und die nachhaltige Nutzung nationaler genetischer Ressourcen pflanzlichen Ursprungs,⁸⁸⁴ die in einer zentralen Datenbank registriert worden sind.⁸⁸⁵ Die Nutzung und der Zugang zu genetischen Ressourcen pflanzlichen Ursprungs sind in Art. 14 ff. geregelt. Art. 14 bestimmt, unter welchen Voraussetzungen diese Ressourcen zur freien Verfügung gestellt werden können. Darunter fallen insbesondere wissenschaftliche Forschungsarbeiten, Pflanzenzüchtung und die Herstellung von Saatgut. Das Gesetz enthält weder Regelungen über die vorherige informierte Zustimmung des Berechtigten an den Ressourcen noch über die Art und den Inhalt über Vereinbarungen zum Vorteilsausgleich. Dafür sind in Art. 17 Sanktionsmaßnahmen nach den Bestimmungen des nationalen Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechts für einen eventuellen Verstoß gegen dieses Gesetz vorgesehen.

Portugal hat durch das Gesetz *Decreto-Lei* N° 118/2002 ein Registrierungssystem für die Erhaltung, den rechtlichen Schutz, und die Regelung der Übertragung lokalen⁸⁸⁶ pflanzlichen Materials mit Bedeutung für die Landwirtschaft, Forstwirtschaft und Landschaftspflege eingerichtet.⁸⁸⁷ Das Registrierungssystem umfasst nicht das durch geistige Eigentumsrechte geschützte pflanzliche Material.⁸⁸⁸ Berechtigt zur Stellung eines Registrierungsantrages ist jede Institution bzw. Stelle, die mit der Vertretung der Interessen der Region beauftragt ist, in der sich die betreffenden Ressourcen befinden oder der Region, in der das lokal (indigenisch) verwendete Material die größte genetische Vielfalt aufweist. Die Registrierung führt zur Aufnahme in das *National Directory of Registration of Plant Genetic Resources*. Nach diesem Gesetz ist auch traditionelles Wissen registrierungsfähig. Die Verwendung

Review of Experiences 2005). Text abrufbar unter http://www.kew.org/science-research-data/directory/publications/2005_1826.htm.

⁸⁸² *Review of Experiences 2005*, a.a.O., para. 6.2.1, 6.2.2.

⁸⁸³ *Law on National Plant Genetic Resources*, No. IX-533, vom 9. Oktober 2001. Text abrufbar unter <http://policy.mofcom.gov.cn/english/flaw!fetch.action?id=D1B7A894-9784-4E35-86A2-71-D050DFE6E7>.

⁸⁸⁴ Definition der pflanzlichen genetischen Ressourcen in Art. 2.6.

⁸⁸⁵ Art. 1.1 und Art. 1.2 des litauischen Gesetzes.

⁸⁸⁶ Im Sinne von ursprünglich in dem Land vorhandenem Material.

⁸⁸⁷ *Decreto-Lei* N° 118/2002, DR 93, I-A Série de 2002.04.20, *Conselho de Ministros*, vom 23. Januar 2002, in Kraft getreten am 5. April 2002.

⁸⁸⁸ Vgl. Art. 2 Abs. 1 des *Decreto-Lei* 118/2002.

von registriertem genetischen Material erfordert nun die vorherige informierte Zustimmung des *Technical Council of the Ministry of Agriculture, Rural Development and Fisheries on Agrarian Genetic Resources, Fisheries and Agriculture*. Die Institution, die die Registrierung vorgenommen hat, erhält somit das Recht, vor dem Zugang konsultiert und an den Vorteilen aus der Nutzung des registrierten Materials beteiligt zu werden.

Im Zuge seines EU-Beitritts hat Bulgarien seine Naturschutzgesetzgebung mit der der EU harmonisiert. In diesem Zusammenhang wurde der *Biological Diversity Act* 2002⁸⁸⁹ erlassen.⁸⁹⁰ Art. 66 Abs. 1 dieses Gesetzes greift den Gedanken des Art. 3 CBD und spricht dem bulgarischen Staat das Souveränitätsrecht über seine Ressourcen zu. Art. 66 Abs. 2 des bulgarischen Gesetzes legt fest, dass der Zugang zu den Ressourcen nach den Bedingungen dieses Gesetzes zu erfolgen hat. Dabei richten sich die Fragen des Schutzes geistigen Eigentums nach den hierfür relevanten nationalen Gesetzen und ggf. internationalen Abkommen. Gemäß Art. 66 Abs. 3 des *Biological Diversity Act* können genetische Ressourcen eines anderen Staates zur Nutzung auf der Grundlage von schriftlichen Verträgen zur Verfügung gestellt werden. Diese Verträge müssen insbesondere Vereinbarungen über die Art der Nutzung, den zu erwartenden Vorteilsgewinn und seine gerechte Aufteilung sowie die Teilnahme an gemeinsamen wissenschaftlichen Arbeiten bzw. Studien enthalten. Erforderlich ist auch die Angabe über die geographische Herkunft der genetischen Ressourcen. Die Bedingungen und das Verfahren für den Zugang zu genetischen Ressourcen richten sich nach einer vom Rat der Minister (*Council of Ministers*) zu erlassenden Regelung, vgl. Art. 66 Abs. 6 des *Biological Diversity Act*. Im Falle der Nutzung genetischer Ressourcen zu Forschungs-, Erziehungs- und Gesundheitszwecken sowie zum Erhalt der biologischen Vielfalt – und somit zu nicht gewerblichen bzw. kommerziellen Absichten – können die hierfür erforderlichen Ressourcen kostenlos zur Verfügung gestellt werden.⁸⁹¹

2. Umsetzungsbestrebungen der Mitgliedstaaten mit Auswirkungen auf das Patentrecht

Im Zuge der Umsetzung der EU-Biopatentrichtlinie haben einige Staaten im Falle ressourcenbasierter Erfindungen in ihr nationales Patentrecht Regelungen hinsichtlich der Angabe bzw. Offenlegung der Herkunft des biologischen Materials bei der Patentanmeldung eingeführt. Staaten, die ein solches Erfordernis eingeführt haben,

⁸⁸⁹ *Biological Diversity Act*, State Gazette No. 77/9.08.2002 (<https://www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-bg-en.pdf>), welches bis 2012 mehrfach angepasst worden ist. Aktueller Text abrufbar unter http://www3.moew.government.bg/files/file/Nature/Legislation/Zakoni/ZAKON_za_BR_last_am_3.08.2012-EN.pdf.

⁸⁹⁰ Weitere Informationen zu sonstige Strategien und Aktionsplänen im Bereich des Schutzes der Biodiversität in Bulgarien sind unter <http://www.rioconventions.org/en/Links/ministry-of-environment-and-water.html> zu finden.

⁸⁹¹ Art. 66 Abs. 4 *Biological Diversity Act*.

sind Dänemark,⁸⁹² Spanien, Belgien, Deutschland und Norwegen und Schweden.⁸⁹³ Die Umsetzungsgesetze Finnlands,⁸⁹⁴ Griechenlands,⁸⁹⁵ Irlands,⁸⁹⁶ Portugals⁸⁹⁷ und des Vereinigten Königreichs⁸⁹⁸ enthalten keine dem Erwägungsgrund 27 entsprechenden Vorschriften.⁸⁹⁹

Im Zusammenhang mit der Umsetzung der CBD-Prinzipien über den Zugang zu genetischen Ressourcen hat sich Dänemark schwerpunktmäßig mit der Wechselbeziehung zwischen den Zugangsbestimmungen und den Regelungen zum Schutz geistiger Eigentumsrechte befasst, wobei eine klare Trennung zwischen den beiden Regelungsbereichen gezogen wurde. Dänemark vertrat früh den Ansatz, die Einführung des Erfordernisses der Offenlegung des Ursprungs der genetischen Ressourcen im Rahmen der Anmeldung eines geistigen Eigentumsrechts sei das einzige Mittel zu verhindern, dass geistige Eigentumsrechte Zugangsbestimmungen unterliegen. Mit dieser Begründung hat Dänemark in Anlehnung an den Erwägungsgrund 27 der EU-Biopatentrichtlinie bereits im Jahre 2003 eine Bestimmung mit dem entsprechenden Wortlaut und Inhalt des Erwägungsgrundes 27 in das Patentgesetz eingefügt.⁹⁰⁰ Der Verstoß gegen diese Vorschrift kann zwar eine strafrechtliche Verfolgung wegen unrichtiger Angaben gegenüber einer staatlichen Stelle nach sich ziehen.⁹⁰¹ Dieser Verstoß berührt aber nicht die Wirksamkeit des Patents. Deutschland hat im Zuge der Umsetzung der EU-Biopatentrichtlinie im Jahre 2005 einen neuen § 34a in das Patentgesetz eingefügt, der exakt dem Wortlaut des Erwägungsgrundes 27 entspricht.⁹⁰² Damit ist die Vorschrift nicht verbind-

⁸⁹² Order No. 93 on Patents and Supplementary Protection Certificate, Chapter 2.2.4, in Kraft getreten am 29.01.2009. Der Text kann abgerufen werden unter http://www.dkpto.org/media/183780/order_patents-spc.pdf.

⁸⁹³ Art. 5 a der *Regulation* No. 2004:162 vom 1. April 2004, das das *Patents Decree* ändert, das am 1.05.2004 in Kraft getreten ist. Der Text kann abgerufen werden unter <http://www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-se-en.pdf>.

⁸⁹⁴ Gesetz zur Ergänzung des Finnischen Patentgesetzes vom 15. Juli 2000.

⁸⁹⁵ Präsidialerlass Nr. 321/2001 vom 24. September 2001.

⁸⁹⁶ *Statutory Instruments* S. 1 no. 247 of 2000 vom 28. Juli 2000.

⁸⁹⁷ Gesetz Nr. 36/2003 vom 5. März 2003.

⁸⁹⁸ Für Großbritannien: *Statutory Instrument* 2000 no. 2037, „The Patent Regulations 2000“ vom 27. Juli 2000, in Kraft getreten am 28. Juli 2000.

⁸⁹⁹ *Straus*, GRUR Int. (2004), S. 792 (795).

⁹⁰⁰ Bekendtgørelse om ændring af bekendtgørelse om patenter og supplerende beskyttelsescertifikater, Bek. Nr. 1086 af 11/12/2000.

⁹⁰¹ Siehe dazu: *Nordic Council of Ministers*, A Nordic approach to access and rights to genetic resources, 2003, S. 46. Text abrufbar unter http://www.norden.org/en/publications/publikationer/2003-717/at_download/publicationfile.

⁹⁰² § 34a ist durch Gesetz vom 21. Januar 2005 zur Umsetzung der Richtlinie über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen (BGBl. 2005 I 146, Art. 1 Nr. 10 des Gesetzes) mit Wirkung vom 28. Februar 2005 in das Patentgesetz eingefügt worden. Diese Vorschrift war in der ursprünglichen Fassung des Gesetzesentwurfes für die 14. Legislaturperiode (BT-Drs. 14/5642 v. 23. März 2001) noch nicht enthalten. Sie beruht auf nachträglichen Überlegungen und Entwicklungen im Rahmen der zuständigen internationalen Organisationen: Europäische

lich; sie verlangt also vom Anmelder nicht zwingend die Angabe der in § 34a S. 1 aufgeführten Informationen. Insbesondere ziehen Verstöße gegen diese Vorschrift keinerlei Sanktionen nach sich, wie aus § 34a S. 2 PatG deutlich wird.

Auch Belgien hat in der letztendlich angenommenen Fassung seines Umsetzungsgesetzes zur EU-Biopatentrichtlinie im Jahre 2005 eine Bestimmung entsprechend dem Erwägungsgrund 27 in das Patentgesetz aufgenommen.⁹⁰³ Das Umsetzungsgesetz hat zahlreiche Änderungen erfahren. Bereits der Vorschlag für das Umsetzungsgesetz vom 22. Juli 2003 erwähnte wiederum anders als seine Vorgänger⁹⁰⁴ den Erwägungsgrund 27 der EU-Biopatentrichtlinie weder in den Erläuterungen noch enthielt er eine entsprechende Vorschrift. Nach dem durch das Umsetzungsgesetz vom 28. April 2005 eingeführten Art. 15 § 1 Nr. 6 muss eine Patentanmeldung „Angaben zum geographischen Herkunftsort des biologischen Materials pflanzlichen oder tierischen Ursprungs, das der Erfindung zu Grunde liegt enthalten, falls dieser bekannt ist.“⁹⁰⁵ Nach Art. 16 § 2 wird eine Patentanmeldung nicht angenommen, welche den in § 1 des Art. 16 erwähnten Bedingungen nicht genügt. Die Anforderungen des Art. 15 § 1 Nr. 6 sind im Art. 16 § 1 nicht enthalten. Damit wird die Wirkung des neu eingefügten Art. 15 § 1 Nr. 6 hinsichtlich der Angabe des Ursprungs des biologischen Materials relativiert, da die Vorschrift bei Nichtbeachtung für die Wirksamkeit der Patentanmeldung keine Folgen nach sich zieht.

Spanien⁹⁰⁶ hat ebenfalls im Wege der Umsetzung der EU-Biopatentrichtlinie eine dem Erwägungsgrund 27 entsprechende Bestimmung in den Motiven zu seinem Patentgesetz aufgenommen.⁹⁰⁷ Im Ergebnis entspricht die spanische Formulierung dem Wortlaut und dem Inhalt des Erwägungsgrundes 27 der EU-Biopatentrichtlinie. Insbesondere lässt eine Verletzung die Rechte aus dem Patent unberührt. Verstöße gegen diese Vorschrift ziehen somit keine Sanktionen nach sich.

Norwegen⁹⁰⁸ hat ebenfalls im Zuge der Umsetzung der EU-Biopatentrichtlinie eine Bestimmung zur Umsetzung des Erwägungsgrundes 27 in sein Patentgesetz eingefügt. Die Änderungen beruhen auf dem Vorschlag für ein Umsetzungsgesetz

Union, WIPO und die Vertragsstaatenkonferenz der CBD sowie auf den Bonner Richtlinien aus dem Jahr 2002.

⁹⁰³ *Loi modifiant la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'inventions, en ce qui concerne la brevetabilité des inventions biotechnologiques* (28. April 2005). Text abrufbar unter: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article_body.pl?language=fr&caller=summary&pub_date=2005-05-13&numac=2005011224.

⁹⁰⁴ Siehe dazu *van Overhalle*, The Legal Protection of Biological Material in Belgium, IIC 200, S. 281 f.

⁹⁰⁵ Art. 15 § 1 Nr. 6 des belgischen Patentgesetzes, eingefügt durch Art. 5 des Gesetzes vom 28. April 2005 (B.S. vom 13. Mai 2005).

⁹⁰⁶ *Ley 10/2002, de 29 de Abril por la que se modifica la Ley 11/1986, de 20 de Marzo, de Patentes, para la incorporación al Derecho Español de la directiva 98/44*. BOE. No. 103, 30. April 2002.

⁹⁰⁷ Der Text des spanischen Gesetzes ist abrufbar unter: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-8257>.

⁹⁰⁸ Das norwegische Patentgesetz ist 2003 um die Einführung von Herkunftsangaben bei der Patentanmeldung ergänzt worden. Die Änderungen sind am 1. Februar 2004 in Kraft getreten,

zur EU-Biopatentrichtlinie des zuständigen Ausschusses (*EØS-Komitee*) vom 31. Januar 2003, das zum 1. Februar 2004 in Kraft getreten ist.⁹⁰⁹ Section 8b sieht die Verpflichtung des Anmelders vor, den Namen des Landes anzugeben, in dem er das biologische Material erhalten hat (*provider country*) oder des Ursprungslandes (*country of origin*), sollten diese nicht identisch sein. Zudem sind, sollte das *provider country* oder das *country of origin* einen *prior informed consent* erfordern, ebenfalls Angaben dazu zu machen. Danach sollte zwar die Verletzung dieser Verpflichtungen durch den Anmelder keine negativen Folgen für die Patentanmeldung oder das bereits erteilte Patent haben. Gemäß Section 8b Abs. 4 ist der Anmelder aber strafrechtlichen Sanktionen nach den allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches⁹¹⁰ ausgesetzt. In diesem Sinne geht die norwegische Umsetzung der EU-Biopatentrichtlinie weiter als der Erwägungsgrund 27.

III. Umsetzungsbestrebungen in den Vereinigten Staaten von Amerika

Die Vereinigten Staaten von Amerika haben die CBD unterzeichnet, aber nicht ratifiziert. Sie sind damit als Nicht-Vertragspartei an die Verpflichtungen, die sich aus der CBD ergeben, nicht gebunden.⁹¹¹ Eine umfassende ABS-Regelung ist demnach in den Vereinigten Staaten von Amerika nicht erlassen worden. In den USA entscheidet grundsätzlich der Eigentümer natürlicher Ressourcen über die Nutzung derselben, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine staatliche Stelle oder um Privatpersonen handelt. So ist im Falle der Frage des Zugangs zu wildauftretender, d.h. nicht in Sammlungen vorhandener biologischer Ressourcen der Eigentümer der Liegenschaft zuständig, auf der sich diese Ressourcen befinden. Der Zugang zu diesen Ressourcen ist demnach von der Genehmigung des Eigentümers der Liegenschaft abhängig. Bei Verwaltung der betreffenden Liegenschaft durch den Staat bzw. staatliche Stellen auf Bundes-, Länder- oder lokaler Ebene ist

siehe *Birthe Ivars, Gudrun Schneider*, Norwegian ABS Legislative Developments in: Bulletin of the University of California, Davis ABS Project, Spring 2005.

⁹⁰⁹ Siehe ausführlich zu den Änderung des norwegischen Patentgesetzes aus Anlass der Umsetzung der EU-Biopatentrichtlinie *Midtbo*, IIC 2005, S. 542 ff., zu den Änderung von Section 8b siehe S. 546.

⁹¹⁰ *Norwegian General Civil Penal Code* of May 22, 1902, No. 10, Sec. 166.

⁹¹¹ Andererseits sind die Vereinigten Staaten von Amerika die größten Geldgeber der GEF, dem zentralen Finanzierungsmechanismus der CBD. Der Finanzierungsmechanismus soll besonders den finanzschwächeren Ländern helfen, die durch die Umsetzung der Biodiversitätskonvention entstehenden zusätzlichen Kosten zu tragen. Als vorläufiger Finanzierungsmechanismus wurde die bei der Weltbank angesiedelte *Global Environment Facility* (GEF) bestimmt. Dieser 1991 gegründete, multilaterale Fonds vergibt an Entwicklungs- und Transformationsländer Zuschüsse für Investitionen und technische Beratung in den Bereichen biologische Vielfalt, Klimaschutz, Bekämpfung der Wüstenbildung, langlebige organische Umweltgifte (POPs) sowie Schutz internationaler Gewässer und Schutz der Ozonschicht. Für den Förderbereich „Biodiversität“ stellte die GEF im Zeitraum von 1991 bis 2004 für 713 Projekte rund 2,2 Mrd. US\$ bereit. Deutschland ist der drittgrößte Geldgeber der GEF.

der Zugang von der Genehmigung genau dieser Stelle abhängig. Der Zugang zu Liegenschaften lokaler Gemeinschaften bzw. Stammesgebieten ist in den USA von den Entscheidungsträgern dieser Gemeinschaften in Verbindung mit den für *Native Americans* erlassenen Bundes- und Ländergesetzen abhängig.⁹¹² Neben dieser grundsätzlichen Entscheidungszuständigkeit über biologische Ressourcen des Eigentümers oder Verwalters der Liegenschaft, in der sie sich befinden, ist der Umgang mit dem Zugang zu genetischen Ressourcen in den Vereinigten Staaten von Amerika nicht durch eine von der Zentralregierung festgelegten, den ganzen Staat umfassenden einheitlichen Regelung gelöst worden. Vielmehr ist die Zuständigkeit für den Zugang zu biologischen (und damit auch zu genetischen) Ressourcen auf unterschiedliche Bundes- und lokale Behörden, Anstalten und andere Stellen sowie auf private Grundbesitzer verteilt worden.⁹¹³ Allein auf Bundesebene können die Verwaltung des Landes und die dazu gehörigen biologischen Ressourcen gleichzeitig in die Zuständigkeit mehrerer verschiedener Behörden bzw. Ministerien fallen (wie z.B. Inneres, Landwirtschaft und Energie) und Abteilungen bzw. Anstalten innerhalb dieser Ministerien (wie z.B. das *Bureau of Landmanagement*, der *Fish and Wildlife Service*, das *USA Geological Survey* oder der *National Park Service*). Für den Fall des Zugangs zu genetischen Ressourcen, die in einem Laboratorium oder einer anderen Forschungseinrichtung isoliert worden sind, können hierfür spezielle, gegebenenfalls standardisierte vertragliche Vereinbarungen bzw. *Material Transfer Agreements* oder Lizenzen für die kommerzielle Nutzung des biologischen Materials maßgeblich sein.⁹¹⁴ Zudem bestehen zahlreiche *Ex-situ*-Sammlungen, wie z.B. die *American Type Culture Collection* (ATCC), mit eigenen Zugangsregelungen.⁹¹⁵

Neben dieser umfangreichen und oft unübersichtlichen Zuständigkeitsstruktur für den Zugang zu biologischen Ressourcen besteht in den USA eine seit Jahrzehnten praktizierte Zugangspraxis im Bereich der Nutzung biologischer Ressourcen für wissenschaftliche Zwecke durch den *National Park Service*. Bereits seit den sechziger Jahren bestehen schon Regelungen für den Umgang mit genetischen Ressourcen speziell für wissenschaftliche Zwecke in Nationalparks. In den achtziger Jahren hat der *Public Health Service* der USA, geleitet von den *National Institutes of Health* und anderen Anstalten, aus dieser Zugangspraxis standardisierte Regelungen für den Umgang mit genetischen Ressourcen für Forschungszwecke in Nationalparks entwickelt und umgesetzt. Hintergrund war die Erkenntnis, dass standardisierte

⁹¹² Siehe dazu Scott, *The United States of America: The National Park Service Experience*, S. 177 (178) in: Carrizosa/Brush/Wright/McGuire (Hrsg.), a.a.O.

⁹¹³ Siehe dazu Scott, a.a.O., S. 177 (177f.).

⁹¹⁴ Siehe dazu Scott, a.a.O., S. 177 (178).

⁹¹⁵ Die ATCC wird öfters als die größte Sammlung der Welt bezeichnet. Auf der Internetseite der *World Federation for Culture Collections* können umfangreiche Informationen über *Culture Collections* weltweit sowie über Fragen zu Zugang zu genetischen Ressourcen von diesen Sammlungen abgerufen werden: <http://www.wfcc.info>.

Regelungsmechanismen in diesem Bereich erforderlich sind, um auf spezielle und konkrete Anforderungen und Umstände reagieren zu können.⁹¹⁶

Der *National Park Service* (NPS), dessen Gründung auf das Jahr 1916 zurückgeht,⁹¹⁷ ist somit zuständig für den Zugang zu genetischen Ressourcen und dem daraus folgenden Vorteilsausgleich aus den zu diesem System gehörenden geschützten Gebieten bzw. Nationalparks, wie z.B. dem Nationalpark Yellowstone. Maßgebliche Regelungswerke für den Zugang zu genetischen Ressourcen und Vorteilsausgleich sind demnach der *National Parks Omnibus Management Act* von 1998⁹¹⁸ und die *NPS Research Permit Regulations*⁹¹⁹ sowie die relevanten Bestimmungen des *US Code of Federal Regulations*.

Grundsätzlich verbietet der *US Code Federal of Regulations* den Verkauf oder die Nutzung zu kommerziellen Zwecken von natürlichen Produkten, die in einem Nationalpark gesammelt worden sind.⁹²⁰ Es verbietet zudem die Entnahme von Pflanzen, Fischen, wild lebenden Arten, Steinen oder Mineralien aus Nationalparks ohne ausdrückliche Genehmigung (*specimen collection permit*),⁹²¹ die sich wiederum nach dem NPS-Genehmigungssystem richtet. Im Rahmen dieses Genehmigungssystems wird eine Differenzierung zwischen der Nutzung zu rein wissenschaftlichen Zwecken und der zu kommerziellen Zwecken (beide Nutzungsarten sind mit Genehmigung möglich) und dem direkten Verkauf oder Nutzung von Materialien aus den Nationalparks, die wie bereits erwähnt verboten ist, getroffen.⁹²² Der Zugangsantrag bzw. Genehmigungsantrag kann online gestellt werden. Die Entscheidung über die Genehmigung des Vorhabens erfolgt durch das Entscheidungsgremium des jeweiligen Nationalparks, bei dem die Genehmigung beantragt wird. Die Evaluierung hat die Statuten und die Hauptziele bzw. -Aufgaben des Nationalparks⁹²³ zu berücksichtigen. Das zu genehmigende Vorhaben darf diesen nicht zuwiderlaufen.⁹²⁴ Der *Code of Federal Regulations* erwähnt das Erfordernis der vorherigen informierten Zustimmung (PIC) im Zusammenhang mit den Prospektionsgenehmigungen nicht.

⁹¹⁶ Siehe dazu ausführlich Scott, a.a.O. S. 177.

⁹¹⁷ Der NPS ist eine Bundesbehörde, die im *USA Department of the Interior* angesiedelt ist. Der NPS wurde vom amerikanischen Kongress 1916 zur Verwaltung der Nationalparks gegründet.

⁹¹⁸ *National Parks Omnibus Management Act* von 1998, 16 USC 5935 (2001).

⁹¹⁹ Für einen Überblick zu den Zugangsverfahren nach den *NPS Regulations* siehe ausführlich Scott, a.a.O. S. 183 ff., nebst schematischer Darstellung auf S. 185. Seit Januar 2001 ist eine Darstellung des Genehmigungsverfahrens im Internet abrufbar unter: *United States Department of the Interior, National Park Service*, „Application Procedures and Requirements for Scientific Research and Collecting Permits“, <http://science.nature.nps.gov/research/ac/ResearchIndex>.

⁹²⁰ 36 C.F.R. § 2.1(c)(3)(v).

⁹²¹ 36 C.F.R. § 2.5(a).

⁹²² Siehe dazu *United States Department of the Interior, National Park Service*, „General Permit Conditions“, <http://science.nature.nps.gov/research/ac/ResearchIndex>.

⁹²³ Scott, a.a.O. S. 177 (179) zur Begründung des Kongresses von 1919 für die Gründung des NPS; 16 USC I (2001).

⁹²⁴ Siehe dazu *United States Department of the Interior, National Park Service*, „General Permit Conditions“, <http://science.nature.nps.gov/research/ac/ResearchIndex>; Scott, a.a.O. S. 177 (184 f.).

Jedenfalls verlangt aber das Genehmigungsverfahren, dass der Antragsteller dem Nationalpark alle erforderlichen Informationen über das Vorhaben zur Verfügung stellt, damit dieser das Vorhaben auf Übereinstimmung mit den NPS-Regulierungen und -Zielen hin überprüfen kann.⁹²⁵ Der *Code of Federal Regulations* nimmt in diesem Zusammenhang auch keinen Bezug auf das Erfordernis einvernehmlich vereinbarter Bedingungen (MATs). Demgegenüber enthalten die Genehmigungen klare Bestimmungen hinsichtlich der Nutzung des biologischen Materials. Grundsätzlich sollen alle Exemplare oder Bestandteile derselben, die genetisches Material enthalten, nur für wissenschaftliche oder Erziehungszwecke genutzt werden können. Die kommerzielle Nutzung ist nur beim Abschluss eines sog. *Cooperative Research and Development Agreement* (CRADA) oder einer anderen Art von Vereinbarung über einen Vorteilsausgleich mit dem NPS erlaubt.⁹²⁶ In diesem Zusammenhang erlaubt der 1998 erlassene *National Parks Omnibus Management Act* dem *Secretary of the Interior* den Abschluss von effizienten⁹²⁷ Vereinbarungen über einen Vorteilsausgleich mit Forschungseinrichtungen oder der privaten Wirtschaft.⁹²⁸ Die Allgemeinen Bedingungen des NPS-Genehmigungsverfahrens enthalten zudem zwei standardisierte Bedingungen für einen Vorteilsausgleich: Die Forscher müssen einmal im Jahr ausführlich über ihre Forschungsaktivitäten und Ergebnisse berichten sowie jede Veröffentlichung betreffend ihrer Forschung dem NPS zur Verfügung stellen. Gemäß dem *US Code of Federal Regulations* kann eine Genehmigung widerrufen werden, wenn gegen ihren Inhalt und ihren Umfang verstoßen wird. Zudem legen die allgemeinen Bestimmungen der NPS-Genehmigung fest, dass, wenn aus den Forschungsaktivitäten ein kommerzielles Produkt entstehen sollte und der Antragsteller für die kommerzielle Nutzung keine Genehmigung hat, dem NPS 20% der Gewinnausschüttung zustehen. Die Geltendmachung weiterer Ansprüche wie Schadensersatzansprüche bleiben davon unberührt.⁹²⁹

Das dargestellte Beispiel des NPS-Genehmigungssystems für den Zugang zu biologischen (und somit auch zu genetischen) Ressourcen vornehmlich zu Forschungszwecken macht den Ansatz der USA deutlich, Regelungen einzelfallbezogen je nach Gebiet und Bedarf, unter Berücksichtigung der Bedürfnisse einzelner Sektoren, wie z.B. der Forschung, zu erlassen.

⁹²⁵ Scott, a.a.O. S. 177 (184).

⁹²⁶ Siehe dazu *United States Department of the Interior, National Park Service*, „General Permit Conditions“, <http://science.nature.nps.gov/research/ac/ResearchIndex>.

⁹²⁷ Wortlaut des *National Parks Omnibus Management Act* von 1998, der weiter gehen soll als Art. 15 CBD, der „nur“ die Vereinbarung eines fairen und gerechten Vorteilsausgleichs meint, siehe dazu Scott, a.a.O. S. 177 (193).

⁹²⁸ *National Parks Omnibus Management Act* von 1998, Pub. L. 105-391, § 205 (d), 112 Stat. 3497 at 3500.

⁹²⁹ *United States Department of the Interior, National Park Service*, „General Permit Conditions“, <http://science.nature.nps.gov/research/ac/ResearchIndex>, para 6.

IV. Umsetzungsbestrebungen in Kanada

Auch Kanada hat bisher keine für den gesamten Staat umfassende Regelung für den Zugang zu genetischen Ressourcen und dem aus deren Nutzung folgenden Vorteilsausgleich erlassen. Ähnlich wie im Fall der Vereinigten Staaten von Amerika, wird die Zuständigkeit für ABS-Fragen zwischen unterschiedlichen Behörden bzw. Stellen auf Ebene des Bundesstaates, der Provinzen, der Territorien sowie den *Aboriginal communities* aufgeteilt.⁹³⁰ Entsprechend dem politischen System Kanadas fällt insbesondere die Verwaltung der Nutzung der natürlichen Ressourcen in die Zuständigkeit der Provinzen. Kanada verfügt aber auf Bundesebene über ein Genehmigungssystem (*Research and Collection Permit System*)⁹³¹ für den Zugang zu biologischen Ressourcen für Forschung und Prospektion in Naturparks bzw. Naturschutzgebieten. Zuständig ist die *Parks Canada Agency*. Zudem haben die drei Territorien – Yukon,⁹³² Northwest Territories (NWT) und Nunavut – weitgehende Regelungen betreffend ABS geschaffen. Jedes Territorium hat eigene Regelwerke für die Genehmigung von Forschungsvorhaben auf seinem Gebiet erlassen, wobei die Systeme der drei Territorien in den wesentlichen Grundsätzen vergleichbar sind. Für die Territorien NWT und Nunavut ist der 1974 erlassene *Scientists Act*⁹³³ für Zugangsfragen maßgeblich. Der *Scientists Act* stellt jedes wissenschaftliche Vorhaben und jegliche Art der Prospektion auf den Territorien unter die Erfordernis einer Genehmigung.⁹³⁴ Forschung, die wild lebende Arten oder die Sammlung von wild lebenden Exemplaren betrifft, wird als archäologische Forschungsarbeit qualifiziert und unterliegt nicht der Genehmigung nach dem *Scientists Act*. Die Genehmigung richtet sich nach anderen Regelungen.⁹³⁵ Nach dem *Scientists Act* ist für das NWT das *Aurora Research Institute*⁹³⁶ und für das Territorium Nunavut das *Nunavut Research Institute*⁹³⁷ für das Genehmigungsverfahren zuständig. Der *Scientists Act* trifft keine Differenzierung zwischen dem Zugang zu wissenschaftlichen Zwecken und dem Zugang zu kommerziellen Zwecken. Der Anwendungsbereich hinsichtlich der

⁹³⁰ Kanada ist ein Bundesstaat („*Confederation*“) mit zehn Provinzen und drei bundesabhängigen Territorien.

⁹³¹ *Parks Canada*, Research and Collection Permit System, http://www.pc.gc.ca/apps/rps/page1_e.asp.

⁹³² Für Forschungsvorhaben in Yukon gilt das *Scientists and Explorers Act* aus dem Jahre 1958. Zuständige Behörde ist das *Department of Tourism, Heritage Branch*. Ansätze für eine vorherige informierte Zustimmung sind gegeben, das bei den Vorhaben die *Heritage Branch Officers*, Forscher und gegebenenfalls die *First Nations Communities* einzubeziehen sind.

⁹³³ *Scientists Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. S-4, wie angenommen durch S. 29 des *Nunavut Act*, S. C. 1993, c. 28. Nunavut wurde erst 1999 eingerichtet. Bis zu diesem Zeitpunkt war es Teil des NWT. Durch der *Nunavut Act* sind die Gesetze des NWT geltendes Recht in Nunavut geblieben. Text abrufbar unter <http://www.nwtresearch.com/licensing/nwt-scientists-act>.

⁹³⁴ *Scientists Act*, s. 1. und 2(a).

⁹³⁵ *Scientists Act*, s. 1. und 2(b).

⁹³⁶ *Aurora Research Institute*, <http://www.nwtresearch.com>.

⁹³⁷ *Nunavut Research Institute*.

Art und der Reichweite des Forschungsvorhabens wird daher weit ausgelegt.⁹³⁸ Der *Scientists Act* enthält keine ausdrückliche Regelung über eine vorherige informierte Zustimmung (PIC). Das Genehmigungsverfahren verlangt aber die vorherige informierte und schriftlich erteilte Genehmigung, wenn das Forschungsvorhaben die aktive Einbeziehung von Personen zum Gegenstand hat.⁹³⁹ Ferner kann nach dem Genehmigungsverfahren, und zwar abhängig von der Art und der geographischen Verortung des Forschungsvorhabens, die Konsultation der lokalen Gemeinschaften erforderlich sein.⁹⁴⁰ Nach dem *Scientists Act* beschränken sich *Benefit-Sharing*-Regelungen zunächst nur auf das Erfordernis der Berichterstattung und der Zurverfügungstellung der Forschungsergebnisse.⁹⁴¹ Verstöße gegen die Bestimmungen des *Scientists Act* können nur mit einer Geldstrafe in Höhe von \$ 1000 oder mit Freiheitsstrafe von nicht länger als sechs Monaten geahndet werden.⁹⁴²

Derzeit sind weitere Bestrebungen zur Schaffung einer einheitlichen Regelung für ABS-Fragen in der Diskussion. Dafür hat die kanadische Regierung eine Arbeitsgruppe auf Bundes-, Provinzen- und Territorienebene mit dem Ziel eingerichtet, Initiativen für eine ABS-Politik in Kanada zu erörtern. Die Arbeitsgruppe hat eine Studie zu ABS in Kanada veröffentlicht.⁹⁴³

⁹³⁸ Siehe dazu *Aurora Research Institute* zu „Definitions of Research“: <https://www.itk.ca/sites/default/files/Negotiating-Research-Relationships-Researchers-Guide.pdf>.

⁹³⁹ *Aurora Research Institute*, *Doing Research in the Northwest Territories: A Guide for Researchers* (Aurora Research Institute: Inuvik, NWT, 2004). Text abrufbar unter <http://www.nwtresearch.com/docs/guide/doing-research-in-the-northwest-territories.pdf>.

⁹⁴⁰ *Aurora Research Institute*, a.a.O., S. 8 f.

⁹⁴¹ *Scientists Act*, s. 5(1).

⁹⁴² *Scientists Act*, s. 7.

⁹⁴³ *Environment Canada*, *ABS Policies in Canada: Scoping the Questions and Issues*, 2005. Text abrufbar unter <http://www.biodivcanada.ca/38D225A0-0E13-42F8-956C-2F6D4EB5A665%5CABSPoliciesInCanadaScopingTheQuestionsAndIssues.pdf>.

F. Zusammenfassung und Bewertung:

Zugangs- und Teilhabeordnungen wie sie in den Herkunftsstaaten⁹⁴⁴ vorliegen, sind in den oben im 3. Teil unter E. aufgeführten Nachfragestaaten⁹⁴⁵ nicht erlassen worden. Wie aus der *Database on ABS Measures* des CBD-Sekretariats ersichtlich wird, haben von den europäischen Staaten bisher nur Litauen mit der *Lithuanian Law on National Plant Genetic Resources*⁹⁴⁶ und Bulgarien mit dem *Biological Diversity Act 2002* Beispiele für Regelungen mit einem konkreten Bezug zu ABS erlassen. Im Zuge des Ratifizierungsprozesses zum Nagoya Protokoll haben einige Staaten mit der Arbeit an konkreten Regelungsentwürfen begonnen. An einem entsprechenden Regelungsentwurf wird aktuell z.B. von Dänemark gearbeitet. Auch die EU hat einen Verordnungsentwurf erarbeitet, der aktuell noch geprüft wird. Außerhalb der EU hat Norwegen mit seinem *National Diversity Act* von 2009 ebenfalls Regelungen mit einem konkreten Bezug zu ABS erlassen. In den anderen Fällen wird die biologische Vielfalt als Regelungsgegenstand weiterhin aus dem Blickwinkel des zu gewährleistenden Schutzes, der Erhaltung und nachhaltigen Nutzung von biologischen Ressourcen, behandelt. Die erlassenen Gesetze, Verordnungen oder Strategien zielen darauf ab, in den relevanten Sektoren wie z.B. Landwirtschaft, Forstwirtschaft und Ernährung die biologische Vielfalt zu erfassen, weiter zu erforschen und nach Möglichkeiten für ihren nachhaltigen Nutzen entsprechend den Besonderheiten des jeweiligen Sektors zu suchen. Weit verbreitet sind die Einrichtung von Genbanken, von botanischen Gärten und andere *Ex-situ*- und *In-situ*-Sammlungen mit dem Ziel der Erhaltung und Katalogisierung der biologischen Vielfalt in den jeweiligen Ländern. Umsetzungsansätze mit Berührungspunkten zur ABS-Problematik haben somit vielmehr ihren Weg – in zum Teil sehr allgemeiner Form – in bereits bestehende Regelungswerke anderer Materien, wie zum Beispiel dem Schutz des geistigen Eigentums, gefunden.

Auch die Aufnahme des Erwägungsgrundes 27 in die EU-Biopatentrichtlinie und die darauf folgenden Umsetzungsansätze der EU-Mitgliedstaaten deuten darauf hin, dass die EU und ihre Mitgliedstaaten im Bereich der Nutzung biologischen Materials zwar eine erhöhte Transparenz schaffen wollten, um mögliche Verstöße gegen die CBD leichter aufspüren zu können und diesen somit indirekt vorzubeugen. Dem laufenden internationalen Diskussionsprozess sollte aber nicht vorgegriffen werden. Bei den eingefügten Bestimmungen handelt es sich in der Regel um Soll-Bestimmungen, die darüber hinaus auch noch inhaltlich sehr vage gefasst sind („soweit dieser bekannt ist“).⁹⁴⁷ Die Nichtangabe des Ursprungs des biologischen Materials hat grundsätzlich keinen Einfluss auf die Prüfung der Anmeldung oder

⁹⁴⁴ Im Rahmen dieser Untersuchung und zur besseren Veranschaulichung der Problematik werden unter Herkunftsstaaten insbesondere Entwicklungs- und Schwellenländer verstanden.

⁹⁴⁵ Im Rahmen dieser Untersuchung werden als Nachfragestaaten insbesondere Industriestaaten bezeichnet.

⁹⁴⁶ Das litauische Gesetz ist nicht in der Datenbank der CBD aufgeführt.

⁹⁴⁷ Vgl. Wortlaut des § 34a des deutschen Patentgesetzes.

auf die Rechtsbeständigkeit eines resultierenden Patentes. Ansätze für eine strafrechtliche Verfolgung bei Nichtangabe sind bislang aber im norwegischen und im dänischen Patentgesetz zu finden.

Keines der europäischen Staaten hat aber eine Offenbarungsverpflichtung im Hinblick auf den Nachweis von nationalen ABS-Bestimmungen (*disclosure requirement for evidence of fair and equitable ABS*) eingeführt.

Die Analyse der im Rahmen dieser Arbeit herangezogenen Zugangsregelungen der Ressourcengeberstaaten (in der Regel Entwicklungs- und Schwellenländer) als auch der Nachfragestaaten (in der Regel Industriestaaten) hat zum einen gezeigt, dass bisher weniger als 30 Staaten weltweit ABS-Regelungen erlassen haben,⁹⁴⁸ und zum anderen, dass diese keine konkreten Rechtsbehelfe für die Durchsetzung von Rechten an genetischen Ressourcen und/oder traditionellem Wissen vorsehen, wenn diese entgegen diesen Zugangsregelungen erlangt worden sind.⁹⁴⁹ Nur die in Norwegen bisher noch im Entwurfsstadium vorhandenen genannten Regelungen stellen den ersten Versuch einer Regelung dar, die den Nutzer genetischer Ressourcen im Hinblick auf seine Verpflichtungen gegenüber dem Herkunftsstaat dieser Ressourcen betrifft. Diese Regelungen wollen den Nutzer genetischer Ressourcen *im Nutzerstaat* verpflichten, mit dem Herkunftsstaat die Vorteile aus der Nutzung der Ressourcen zu teilen. Zwar sieht der Entwurf hierfür keine konkreten Rechtsbehelfe vor. Er enthält aber eine Regelung in Gestalt von Strafvorschriften für die Ahndung der Verletzung der Verpflichtung zum Vorteilsausgleich.

⁹⁴⁸ Siehe Garforth, An Overview of the Implementation of National and Regional ABS Measures in Eastern and Southern Africa (Prepared for GTZ as an outcome of the Regional ABS Capacity-Building Workshop for Eastern and Southern Africa, October 2005). Text abrufbar unter http://www.abs-initiative.info/uploads/media/KG_Implementation_paper_01.pdf. Diese Studie zeigt, dass es sich bei den vorhandenen ABS-Regelungen regelmäßig um allgemein gehaltene Rahmengesetze handelt, die mit weiteren Gesetzen ausgefüllt werden müssen.

⁹⁴⁹ Über Rechtsbehelfe für die Durchsetzung von Rechten an genetischen Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen eines ausländischen Berechtigten, dessen Rechte an diesen Ressourcen sich aus einer anderen (ausländischen) Rechtsordnung ergeben, wird im 4. Teil dieser Arbeit eingegangen.

4. Teil: Möglichkeiten der Durchsetzung von Rechten an genetischen Ressourcen nach geltendem Recht

Die im 2. Teil dieser Arbeit erfolgte Untersuchung hat ergeben, dass die Güterordnung der CBD in Bezug auf genetische Ressourcen unvollständig ist, weil sich aus ihr zum einen nur die Befugnis der Staaten ableiten lässt, den Zugang zu den eigenen oder hinsichtlich rechtmäßig erworbener genetischer Ressourcen zu regeln. Zum anderen kann ein Staat gemäß der CBD-Güterordnung nur Begünstigter der Teilhabegebote sein, wenn er die Ressourcen gemäß seiner Zugangsregelung willentlich⁹⁵⁰ zur Verfügung gestellt hat. Für den Fall, dass genetische Ressourcen entwendet bzw. ohne die (vorherige informierte) Zustimmung des betreffenden Staates außer Landes gebracht werden, kann nach der CBD-Güterzuordnung weder der Belegenheitsstaat noch der Herkunftsstaat/Ursprungsstaat seine Zugangsregelung nach Art. 15.1 CBD zur Geltung bringen. Dieser von der CBD nicht erfasste Fall ist allerdings nicht gerade selten. Denn da für die Erschließung der Erbinformationen nur geringe Mengen des Materials benötigt werden, ist es sehr leicht, diese außer Landes zu bringen, und die Ausfuhr ist praktisch kaum kontrollierbar. Gerade in den Fällen, in denen das Material außer Landes gebracht wurde, ist die Frage, wel-

⁹⁵⁰ Die vorherige informierte Zustimmung des Staates muss gemäß den eigenen aufgestellten Anforderungen vorliegen.

che Möglichkeiten dem Berechtigten tatsächlich zur Verfügung stehen können, um seine Rechte geltend zu machen, daher besonders relevant.

A. Phasen der sog. Biopiraterie

Die sog. Biopiraterie, wie sie im Kontext der internationalen Debatte diskutiert wird, berührt regelmäßig das Territorium mehrerer Staaten und bildet damit einen grenzüberschreitenden Sachverhalt, weshalb bei ihrer rechtlichen Beurteilung mehrere Rechtsordnungen in Frage kommen bzw. miteinander konkurrieren. Neuerdings besteht die Bestrebung, die Fälle der sog. Biopiraterie unter den Begriffen der „Entwendung genetischer Ressourcen“ oder der „unrechtmäßigen Aneignung“ (*„misappropriation of genetic resources“*) zu fassen, da diese Begriffe wertneutral einen Sachverhalt beschreiben und die bisher vorgenommene moralische, ethische und den Nord-Süd-Konflikt aufgreifende Wertung nicht innehaben.

Dabei unterteilt sich der Sachverhalt der sog. Biopiraterie bzw. der unrechtmäßigen Aneignung⁹⁵¹ in drei Phasen, auf die unterschiedliches (nationales) Recht anwendbar sein kann.

I. Prospektion oder Sammeln

Die erste Phase betrifft zunächst das Entdecken und Sammeln des biologischen Materials und/oder des damit verbundenen traditionellen Wissens in dem Herkunftsland. Dabei kommen drei Fallgruppen in Betracht:

- im Herkunftsstaat (Ursprungsstaat) kann beim Berechtigten originäres Eigentum am betreffenden biologischen Ausgangsmaterial entstehen,
- im Herkunftsstaat (Ursprungsstaat) kann der konventionswidrige Nachfrager („Biopirat“) durch Rechtsgeschäft (z.B. auch durch konventionswidrige Zugangsabkommen) abgeleitetes Eigentum an dem betreffenden biologischen Ausgangsmaterial erwerben

oder

- er kann sonst durch Aneignung die tatsächliche Verfügungsgewalt über die biologischen Ausgangsmaterialien erlangen, z.B. durch einen unerlaubten Vorgang der Prospektion oder des Sammelns, also auf deliktischem Weg, wobei die Suche und Auswahl auf traditionelles Wissen gestützt sein kann.

⁹⁵¹ Im Rahmen dieser Arbeit wird der Begriff der Biopiraterie als jede konventionswidrige Aneignung von genetischen Ressourcen und damit ggf. verbundenem traditionellen Wissen verstanden, siehe 1. Teil, A. III.

Gemäß der in Art. 3 CBD⁹⁵² statuierten staatlichen Souveränität über die genetischen Ressourcen beurteilen sich in dieser Phase der sog. Biopiraterie sämtliche rechtlich relevanten Probleme nach dem Recht des Herkunftsstaates. Das Recht des Herkunftsstaates bestimmt, welche Rechtssubjekte unter welchen Voraussetzungen originäres⁹⁵³ oder abgeleitetes Eigentum am fraglichen biologischen Material erwerben können. Der Herkunftsstaat kann auch biologische Ressourcen zu herrenlosen Sachen erklären und das Eigentum einzelner Exemplare dieser Ressourcen dem Finder oder dem Aneigner zusprechen. Zudem bestimmt er, unter welchen Voraussetzungen Rechtsgeschäfte im Hinblick auf die Aneignung von genetischem Material als rechtswidrig und damit als nichtig anzusehen sind. Das Herkunftsland kann weiterhin durch eine entsprechende Zoll- und Exportgesetzgebung die Ausfuhr von biologischen Ressourcen kontrollieren.⁹⁵⁴

II. Die (biotechnologische) Erfindung

Die zweite Phase ist gekennzeichnet durch die Entstehung der Erfindung auf der Basis des biologischen Ausgangsmaterials und/oder des damit verbundenen traditionellen Wissens, die im Herkunftsstaat, im Nachfragestaat oder in einem Drittstaat erfolgen kann.

Da hierbei zwar das Endprodukt, also die (biotechnologische) Erfindung, entsteht, aber noch keine eigentlichen Vermögensvorteile erwachsen, ist diese Phase der sog. Biopiraterie hinsichtlich zu ergreifender Rechtsschutzmöglichkeiten irrelevant.

III. Patentanmeldung, Kommerzialisierung

Die dritte Phase besteht typischerweise in einer Patentanmeldung und einer darauf folgenden Kommerzialisierung der (biotechnologischen) Erfindung. Nach der Erarbeitung der Erfindung meldet der „Biopirat“ (oder dessen Rechtsnachfolger) in einem Staat (Anmeldestaat) die Erfindung zum Patent an und kann mit der Kommerzialisierung der immaterialgüterrechtlichen Schutz- und Verwertungsrechte beginnen.⁹⁵⁵

⁹⁵² Art. 3 CBD: “States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.”

⁹⁵³ Originäre Eigentümer der fraglichen biologischen Ressource können demnach der Staat (oder eine Mehrheit von Staaten), eine Gebietskörperschaft (z.B. eine Region, ein Stammesgebiet oder eine Dorfgemeinschaft) oder auch natürliche oder juristische Personen oder Personenmehrheiten des Privatrechts sein.

⁹⁵⁴ Zur Schwierigkeit bei der Kontrolle siehe 4. Teil, unter B. I. und II.

⁹⁵⁵ Typischerweise stellt die Patentanmeldung den Übergang zwischen der Forschungs- und Entwicklungsphase und der Phase des Beginns der Vermarktung dar.

Hinsichtlich der Frage der in Betracht kommenden Rechtsschutzmöglichkeiten erscheint es deshalb am sachnächsten, auf das Recht des Anmeldestaates (als immaterialgüterrechtliches Schutzland) abzustellen,⁹⁵⁶ da der „Biopirat“ letztlich erst durch die Patentanmeldung diejenigen Vermögensvorteile erlangt, welche ihm der Berechtigte aus dem Herkunftsland der Bioressource und/oder des damit verbundenen traditionellen Wissens streitig machen könnte. Diese Patentanmeldung stellt den eigentlichen Eingriff in die Rechtsposition des ursprünglich Berechtigten dar, denn der Patentanmelder erwirbt im Falle der Patenterteilung ein 20-jähriges Monopolrecht und damit ein Ausschließungsrecht⁹⁵⁷ und kann den bisher Berechtigten im Geltungsbereich des Patents von der Nutzung seiner Ressource ausschließen. Gerade die Vermögensvorteile, die dem „Biopiraten“ durch die Patentanmeldung erwachsen können, sind diejenigen, die der nach der CBD Berechtigte ihm streitig machen könnte.⁹⁵⁸

IV. Ergebnis und Bewertung

In der internationalen Debatte ist mehrfach angeklungen, dass für einen effektiven Vollzug und die Durchsetzung des aufgrund der CBD zu schaffenden internationalen Zugangssystems es nicht nur allein Sache der einzelnen Staaten sein kann, für eine wirksame Kontrolle ihrer genetischen Ressourcen zu sorgen. Zwar kann man für eine alleinige Handlungszuständigkeit des Herkunftsstaates als Argument anführen, dass die Kontrolle über die eigenen genetischen Ressourcen im Urinteresse des einzelnen Staates liegt, der zur Wahrung seiner Teilhabemöglichkeiten und -rechte über die Befolgung seiner nationalen Zugangsregelungen eigenverantwortlich zu wachen hat. Verfolgt man diesen Gedanken allerdings zu Ende, so wären die einzelnen Staaten allein vor die praktisch nicht zu bewältigende Aufgabe gestellt, dafür zu sorgen, dass keine genetischen Ressourcen ohne ihre vorherige informierte Zustimmung ihr Hoheitsgebiet verlassen. Die Staaten würden dabei jeweils nur für ihre eigenen Ressourcen Regelungen treffen. Folglich würden sie den Umgang mit genetischen Ressourcen aus anderen Staaten, unabhängig von der Frage, wie diese Ressourcen erlangt worden sind, zulassen bzw. bei der Gestaltung ihrer Zugangs-

⁹⁵⁶ Eine Regelung der Sachverhalte der Biopiraterie im Recht des Anmeldestaates widerspricht auch nicht den Regeln des internationalen Privatrechts. Denn danach ist auf Rechtsinstitute, welche die Voraussetzungen der Patentierbarkeit regeln, grundsätzlich das Recht des Schutzlandes (Anmeldestaates) anwendbar (*lex loci protectionis*).

⁹⁵⁷ Z.B. Art. 33 TRIPs Terms of Protection: „The term of protection available shall not end before the expiration of period of twenty years counted from the filing date“. Es herrscht Einigkeit darüber, dass diejenigen Mitglieder, deren System kein Hauptpatent kennt, vorsehen können, dass die Schutzdauer ab dem Tag der Anmeldung im Hauptpatentsystem gerechnet wird.

⁹⁵⁸ Für die weiteren Ausführungen wird vorliegend davon ausgegangen, dass aufgrund des oben geschilderten Sachverhaltes in dem Herkunftsstaat der Ressourcen ein Verstoß gegen die nationale Zugangs- und Teilhabeordnung und nach dem innerstaatlichen Recht auch zivilrechtliche unerlaubte Handlungen vorliegen.

regelungen außer Acht lassen. In der Konsequenz wären damit Rechtspositionen an genetischen Ressourcen hinfällig, sobald die betreffenden Ressourcen außer Landes gebracht werden. Das Risiko staatlicher Sanktionen bestünde zudem im Ergebnis nur in dem Staat, in dem die Ressourcen entnommen werden. Sobald die Grenze passiert ist, könnten also die betreffenden Ressourcen ohne Angst vor weiteren Sanktionen genutzt werden. Konsequenterweise müssten die Herkunftstaaten, wenn sie eine wirksame Durchsetzung ihrer Zugangsregelung gewährleisten wollen, Systeme einer außerordentlich rigiden Grenzkontrolle errichten, die mit extrem hohen Kosten verbunden sein dürften. Die Tatsache, dass nur sehr geringe Mengen Materials ausreichen, macht diese Art der Kontrolle in der Praxis schwer umsetzbar. Der Schutz genetischer Ressourcen vor Entwendung kann in dieser Hinsicht somit nicht allein in den Herkunftstaaten erfolgen. Zudem stünden restriktive Ausfuhrregelungen dem Anliegen der CBD entgegen, dass gegen einen entsprechenden Vorteilsausgleich genetische Ressourcen zur Verfügung gestellt werden. Denn der CBD ist auch das Gebot zu entnehmen, das Nutzungssystem des Übereinkommens effektiv zu gestalten und insbesondere auch eine funktionierende Austausch- und Übertragungsordnung zu schaffen.⁹⁵⁹

Zudem ist im Hinblick auf die Interessen des Herkunftsstaates an seinen Ressourcen, die dieser stellvertretend für die nach seiner Rechtsordnung privaten Verfügungsberechtigten in Betracht ziehen muss, zu bedenken, dass die privaten Verfügungsrechte im Ausland nur schwer durchsetzbar sind. Dies gilt einerseits für Rechte an genetischen Ressourcen, die sich nur auf das Sacheigentum gründen, sowie auch für Verfügungsrechte, die dem geistigen Eigentum zuzuordnen sind. Letztere sind in einer Reihe von Staaten mangels entsprechender Schutzrechte überhaupt nicht oder nur schwer durchsetzbar. Diese Situation macht deutlich, dass aus der Sicht privater Verfügungsinhaber ein maßgeblicher Unterschied darin besteht, ob neben dem jeweiligen privaten Verfügungsrecht in dem ausländischen Staat auch generell der konventionswidrige Bezug von genetischen Ressourcen sanktioniert wird. Zwar ist wie bereits ausgeführt das Recht der Staaten an ihren genetischen Ressourcen nach der Systematik der CBD nicht als internationales staatliches dingliches Recht des Ursprungs- oder Erwerbsstaates zu verstehen, das einen solchen Schutz rechtfertigen würde. Wie bereits ausgeführt ist aber auch hier zu berücksichtigen, dass der CBD sowohl das Gebot zu entnehmen ist, das Nutzungssystem effektiv zu gestalten, aber auch zugleich eine funktionierende Austausch- und Übertragungsordnung zu schaffen. Dies setzt unter anderem voraus, dass die Nutzerstaaten die weitere Verfügung oder den Gebrauch unzulässigerweise erworbener genetischer Ressourcen in ihrem Staatsgebiet nicht begünstigen. Im Hinblick auf die staatliche Souveränität der Staaten liegt es im Ermessen jedes einzelnen Staates, wie diese Nichtbegünstigung auszusehen hat. Zusammengefasst ist bereits in der internationalen Debatte deutlich geworden, dass aus diesen Gründen ein gemeinsames Interesse besteht,

⁹⁵⁹ Siehe hierzu *Wolfrum/Stoll*, Der Zugang zu genetischen Ressourcen nach dem Übereinkommen über die biologische Vielfalt und dem deutschen Recht, S. 72.

dass der konventionswidrige Zugang zu genetischen Ressourcen nicht nur im Herkunftsstaat/Ursprungsstaat, sondern darüber hinaus auch in anderen Staaten (Nutzerstaaten) sanktioniert werden muss. Das folgt insbesondere daraus, dass mit der Zugangsregelung Schutzmaßnahmen verbunden sein können, die andernfalls unterlaufen würden.

Die weitere Untersuchung erfolgt unter der Annahme, dass die Entnahme von genetischen Ressourcen ohne Zustimmung des Herkunftsstaates erfolgt ist. Untersucht wird im Folgenden, welche Möglichkeiten den Staaten zur Verfügung stehen könnten, um eine wirksame Kontrolle über ihre genetischen Ressourcen ausüben zu können. Zu untersuchen ist somit, wie der unzulässige Zugriff auf genetische Ressourcen und die weiteren Erwerbsgeschäfte sanktioniert bzw. den damit verbundenen Vorteilen der Schutz der Rechtsordnung (nachträglich) entzogen werden kann (B. und C.). Weiterhin geht es darum zu untersuchen, wie den zunächst umgangenen und missachteten Verfügungs- und Teilhabeinteressen der Herkunftsstaaten nachträglich noch Rechnung getragen werden kann (C III.). Letzteres wird anhand der in Betracht kommenden Vorgehensweisen des Berechtigten (Beteiligung oder Nichtbeteiligung) in Bezug auf den wirtschaftlichen Erfolg von biotechnologischen Erfindungen dargestellt/untersucht. Unter C. III. werden konkrete Rechtsschutzmöglichkeiten, insbesondere nach deutschem Zivil- und Patentrecht untersucht, wobei auf die relevanten Bestimmungen des EPÜ ebenfalls eingegangen werden wird. Anschließend wird im Lichte der unter B. und C. gewonnenen Erkenntnisse unter C. IV. das US-amerikanische Patentrecht und unter C. V. die für die hier zu untersuchende Frage relevanten Bestimmungen des Beschlusses 486 der Andengemeinschaft analysiert.

B. Rechtliche Mittel zur Unterbindung des konventionswidrigen Erwerbs und der Nutzung (ausländischer) genetischer Ressourcen

Nach dem oben Gesagten stellt sich die Frage, auf welche rechtlichen Mittel zurückgegriffen werden kann, um bereits an der Grenze, also bei Einfuhren (oder Ausfuhren) sicherzustellen, dass die Zugangsregelungen des Ursprungsstaates beachtet worden sind (B. I). Abschließend wird noch untersucht, welche strafrechtlichen Sanktionen bei unzulässigem Erwerb genetischer Ressourcen in Frage kommen können (B. II.). Dem Untersuchungsgegenstand dieses Abschnittes folgend wird auf die Rechtslage in Deutschland abgestellt.

I. Verhinderung der Einfuhr unzulässig erlangter genetischer Ressourcen durch Grenzkontrollen

Zu untersuchen ist, nach welchen Bestimmungen bereits die Einfuhr bzw. Ausfuhr genetischer Ressourcen verhindert werden kann, die gegen Zugangsregelungen ausländischer Staaten verstoßen.

1. Bestimmungen des Artenschutzes

In Bezug auf die Kontrolle der Ein- oder Ausfuhr genetischer Ressourcen ist zu erwägen, ob die Bestimmungen des Artenschutzes eine wirksame Grundlage bieten können. Besonders relevant sind hier das Washingtoner Artenschutzabkommen (WA),⁹⁶⁰ die hierzu einschlägige Verordnung (VO) der EG sowie das deutsche Naturschutzrecht, die zusammen Regelungen in Bezug auf die Ein- und Ausfuhr bedrohter Arten enthalten. Für die hier zu untersuchende Fragestellung ist dieser komplexe und miteinander verzahnte Regelungsbereich ausschnittsweise nur unter dem Blickwinkel heranzuziehen, ob er eine Handhabe dafür bietet, bei Einfuhren und Ausfuhren sicherzustellen, dass die Zugangsregelung des Ursprungsstaates beachtet worden ist.

Als Ausgangspunkt ist das WA zu betrachten. Das Übereinkommen zielt darauf ab, geeignete Maßnahmen zum Schutz der in den Anhängen aufgeführten Tier- und Pflanzenarten vor handelsbedingten Gefährdungen zu etablieren. Zu diesem Zweck unterwirft es den internationalen Handel mit gefährdeten Arten, die in den An-

⁹⁶⁰ Übereinkommen über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten freilebender Tiere und Pflanzen vom 3. März 1973 (Washingtoner Artenschutzübereinkommen – *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora* – WA, CITES), zuletzt geändert durch die Änd. des Art. XI Abs. 3 Buchst. a des Übereinkommens über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten freilebender Tiere und Pflanzen vom 18. August 1995 (BGBl. II S. 772), BGBl. II, S. 777. Das WA wurde von der Bundesrepublik Deutschland als erstem EG-Mitgliedstaat ratifiziert (BGBl. II 1976, S. 73).

hängen I-III des Übereinkommens bezeichnet sind, einem umfassenden Regime.⁹⁶¹ Das WA trifft eine Differenzierung in Bezug auf die Einstufung der Arten im Verhältnis zu ihrem Gefährdungsstatus und der entsprechend auf sie anwendbaren Bestimmungen. Während der Handel mit Exemplaren der von der Ausrottung bedrohten Arten des Anhang I eine besonders strenge Regelung erfährt und nur in Ausnahmefällen zugelassen ist (Art. II Abs. 1 WA), wird der Handel mit weniger gefährdeten Exemplaren der in den Anhängen II, III bezeichneten Arten einer Handels- bzw. Herkunftskontrolle unterworfen (Art. II Abs. 2, 3, Art. IV, V WA). Die Kontrolle des internationalen Handels vollzieht sich auf der Basis eines Systems von Dokumenten, die bestimmten Anforderungen genügen müssen (Art. VI WA) und – vorbehaltlich der in Art. VII WA vorgesehenen Ausnahmen – bei jedem grenzüberschreitenden Verkehr vorzulegen sind. Ausweislich des Art. II Abs. 4 WA gestatten die Vertragsstaaten den Handel mit bedrohten Arten nur bei Vorlage der nach dem Übereinkommen erforderlichen Dokumente. Zu betonen ist, dass die Regelungen des WA lediglich einen Mindestschutzstandard etablieren, während es den Vertragsstaaten ausweislich des Art. XIV Abs. 1 WA unbenommen bleibt, strengere innerstaatliche Maßnahmen zu ergreifen.

Als eine mögliche Handhabe, bei Einfuhren sicherzustellen, dass die Zugangsregelungen des Ursprungsstaates beachtet worden sind, kommen die Vorschriften der Art. III Abs. 3 i.V.m. 2 b) bzw. Art. IV Abs. 4 i.V.m. 2 b) bzw. Art. V Abs. 3 2 Halbsatz i.V.m. 2 a) WA in Betracht. Diese Vorschriften gelten für die Einfuhr von Exemplaren der Arten nach den Anhängen I (Art. III WA) und II (Art. IV WA) bzw. des Anhangs III, soweit die Einfuhr aus dem Staat erfolgt, der die Aufnahme der Art in Anhang III veranlasst hat. Diesen Vorschriften ist gemein, dass zur Einfuhr eines Exemplars eine entsprechende Ausfuhrgenehmigung erforderlich ist, die unter anderem voraussetzt, dass die Vollzugsbehörde des Ausfuhrstaates sich vergewissert hat, dass das Exemplar nicht unter Verletzung der von diesem Staat zum Schutz von Tieren und Pflanzen erlassenen Rechtsvorschriften beschafft worden ist.⁹⁶²

Zur Umsetzung des WA und somit besonders relevant für die hier zu untersuchende Frage sind die Regelungen über den Handel mit bedrohten Arten der EG-Artenschutz-VO 338/97⁹⁶³ und die zur ihrer Durchführung erlassene VO 1808/2001.⁹⁶⁴ Die VO 338/97 ist an die Stelle der früheren VO 3626/82 getreten,

⁹⁶¹ Siehe hierzu *Bendomir-Kahlo*, CITES, 1989; *Favre*, Guide to CITES, 1989; ein Überblick ist bei *Schmidt/Kahl*, in: *Rengeling*, EUDUR II 2, § 89 Rn. 34 zu finden; Erläuterungen der Einzelbestimmungen bei *Kolodziejczok/Recken/Apfelbacher/Iven*, Kennzahl 6800 ff.

⁹⁶² Vgl. hierzu z.B. Art. III Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 b) WA.

⁹⁶³ Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates vom 9. Dezember 1996 über den Schutz von Exemplaren wild lebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels, zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndVO (EG) 318/2008 vom 31. 3. 2008 (ABl. Nr. L 95 S. 3), (ABl. Nr. L 61 S. 1, ber. ABl. 1997 Nr. L 100 S. 72 und Nr. L 298 S. 70); EU-Dok.-Nr. 3 1997 R 0338.

⁹⁶⁴ ABl. EG 2001 Nr. L 250, S. 1. Zu den Änderungen siehe ausführlich auch *Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch*, Vor § 39 Rn. 27 ff.; *Gellermann*, in: *Rengeling*, EUDUR II 1, § 78 Rn. 63 f.

mit der in Anknüpfung an das Washingtoner Artenschutzübereinkommen (WA, CITES) sowie unter Modifizierung ihrer Regelungen erstmals gemeinschaftsweit einheitlich geltende Bestimmungen über die Einfuhr und Ausfuhr sowie die Wiedereinfuhr von Exemplaren bedrohter Arten geschaffen wurden.⁹⁶⁵ Die VO 338/97 regelt in erster Linie den Handel mit Drittländern.⁹⁶⁶ Die der Verordnung unterfallenden Arten, zu denen neben den bereits im WA benannten zahlreiche weitere Tier- und Pflanzenarten zählen,⁹⁶⁷ werden in den Anhängen A bis D aufgeführt. Je nach Anhangszugehörigkeit kommen unterschiedliche Regelungen zum Tragen.

Die Änderung des EG-Rechts hat sich in dieser Hinsicht auch auf das deutsche Recht niedergeschlagen. Das 2002 novellierte Bundesnaturschutzgesetz⁹⁶⁸ sieht in den §§ 46 ff. BNatSchG eine komplexe Regelung für die Ein- und Ausfuhr von lebenden und toten Exemplaren besonders geschützter Tier- und Pflanzenarten sowie von Teilen und Erzeugnissen davon vor.

So trifft § 46 BNatSchG⁹⁶⁹ speziell Regelungen zum Verfahren bei der Ein- und Ausfuhr von Tieren und Pflanzen, die einer EG-rechtlichen Ein- und Ausfuhrregelung unterliegen. Abgesehen von redaktionellen Änderungen stimmt § 46 Abs. 1 BNatSchG wörtlich mit der bisherigen Regelung des § 21 e BNatSchG a. F. überein.⁹⁷⁰

§ 46 Abs. 1 BNatSchG begründet zumindest eine Anmeldepflicht. Wer Tiere und Pflanzen, für die das Artenschutzrecht der Europäischen Gemeinschaft Ein-

⁹⁶⁵ Im Vergleich zu der vorherigen Rechtslage trägt diese VO jüngeren wissenschaftlichen Erkenntnissen verstärkt Rechnung, verbessert den Schutz vor handelsbedingten Gefährdungen der als schutzwürdig eingestuften Arten und macht zugleich zahlreiche auf der Grundlage des Art. 15 VO 3626/82 durch die Mitgliedstaaten geschaffenen, dem Funktionieren des Binnenmarktes tendenziell zuwiderlaufenden Regelungen entbehrlich. Siehe hierzu insbesondere auch den 2. Erwägungsgrund der VO 338/97.

⁹⁶⁶ Ein Überblick hierzu findet sich bei *Europäische Kommission/TRAFFIC Europe/WWF* (1998), <http://www.europa.eu.int/eu/comm/dg11/cites/citeshome.htm>; siehe auch *Jans/von der Heide*, Europäisches Umweltrecht, S. 533 ff.

⁹⁶⁷ *Gassner/Bedomir-Kablo/Schmidt-Räntsch*, Vor § 39 Rn. 37.

⁹⁶⁸ Das neue Bundesnaturschutzgesetz ist am 4. April 2002 in Kraft getreten, siehe Art. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften (BNatSchGNeuregG) v. 25. 3. 2002, BGBl I, 1193.

⁹⁶⁹ § 46 BNatSchG lautet:

„(1) Wer Tiere oder Pflanzen, die einer Ein- oder Ausfuhrregelung nach Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaften unterliegen, ein- oder ausführt, hat sie zur Ein- oder Ausfuhr unter Vorlage der für die Ein- oder Ausfuhr vorgeschriebenen Genehmigungen oder sonstigen Dokumente bei einer nach § 45 Abs. 3 bekannt gegebenen Zollstelle anzumelden und auf Verlangen vorzuführen.

(2) Der Ein- und Ausführer hat die voraussichtliche Ankunftszeit lebender Tiere der abfertigen Zollstelle unter Angabe der Art und Zahl der Tiere mindestens 18 Stunden vor der Ankunft mitzuteilen.“

⁹⁷⁰ Durch § 46 Abs. 2 BNatSchG wird die im Rahmen des Zweiten Änderungsgesetzes zum BNatSchG (1998) gestrichene Vorschrift über die Mitteilungspflicht bei Ein- und Ausfuhr im Interesse einer beschleunigten Abfertigung wieder eingeführt, BT-Drs. 14/6378, S. 56.

und Ausfuhrregelungen vorsieht, ein- oder ausführen will, ist gehalten, dies bei einer nach § 45 Abs. 3 BNatSchG bekannt gegebenen Zollstelle anzumelden. Die Anmeldung ist eine an die Zollstelle gerichtete Mitteilung, aus der sich ergibt, dass eine Ein- oder Ausfuhr vorgenommen werden soll.⁹⁷¹ Hierbei hat der Ein- bzw. Ausfuhrer die für den Verbringungsvorgang jeweils maßgeblichen Dokumente vorzulegen.⁹⁷² Soweit die Zollstelle dies verlangt, sind die zur Ein- oder Ausfuhr anstehenden Exemplare der Tier- und Pflanzenarten zudem vorzuführen.⁹⁷³

Unabhängig von dem verzahnten und komplizierten Anwendungsbereich dieser Vorschriften und ihrer Abgrenzung bzw. ihres Verhältnisses zueinander stellt sich aber die Frage, ob die nach der CBD erlassenen nationalen Zugangsregelungen im Sinne des WA als Rechtsvorschriften des Ausfuhrstaates zum Schutz von Tieren und Pflanzen qualifiziert werden können. Im Ergebnis wird man eine solche Auslegung bejahen können, weil nach der Konzeption der CBD die Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen als solche auch als Instrument des Schutzes der biologischen Vielfalt und der darin einbegriffenen Arten einzustufen ist.⁹⁷⁴ Somit erscheint eine Rechnungstragung der CBD-Zugangsregelungen mit dem Instrumentarium der artenschutzbezogenen Regelungen des internationalen Handels möglich. Zugleich ist aber festzustellen, dass hiermit nur ein Teilausschnitt der erforderlichen Kontrolle an der Grenze erfolgen kann. Nach seinem Grundgedanken greift der Artenschutz nur ein, wenn eine Art Schutz vor dem menschlichen Zugriff bedarf und infolgedessen grundsätzlich eine Beschränkung der (kommerziellen) Verfügbarkeit von Exemplaren der betreffenden Art zu ihrem Schutz bzw. Erhalt als erforderlich erachtet wird. Demgegenüber stellt die CBD auf den Schutz von jeglichen (auch nicht bedrohten) Arten ab. Das Übereinkommen sieht außerdem vor, dass die Zurverfügungstellung dieser Arten auf dem Markt einer angemessenen Vergütung und Teilhabe verlangt.

2. Weitere Regelungen

Neben den genannten artenschutzrechtlichen Spezialregelungen können je nach Fallgestaltung für die Kontrolle der Einfuhr genetischen Materials bzw. genetischer Ressourcen die allgemeinen Regelungen über die Einfuhr im Außenwirtschaftsrecht oder sonstige spezialgesetzliche Einfuhrbestimmungen wie z.B. das Saatgutrecht,⁹⁷⁵

⁹⁷¹ Lorz/Müller/Stöckel, A 1 § 46 Rn. 4.

⁹⁷² Siehe hierzu Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 46 Rn. 2.

⁹⁷³ Die Vorführung ermöglicht die körperliche Inaugenscheinnahme (Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 46 Rn. 2 unter Hinweis auf Louis/Engelke, BNatSchG, § 21 e Rn. 2), die es der Behörde erlaubt, die Identität, die Anzahl und den Zustand der Exemplare zu überprüfen.

⁹⁷⁴ Siehe zu dieser Auslegung insbesondere Wolfrum/Stoll, a.a.O., S. 75.

⁹⁷⁵ Siehe hierzu die Bestimmung zur Regelung der Ein- und Ausfuhr von Saatgut, §§ 15 ff. Saatgutverkehrsgesetz (SaatG), in der Fassung vom 16. Juli 2004, zuletzt geändert durch Art. 192

das Tierseuchenrecht⁹⁷⁶ oder das Pflanzenschutzrecht⁹⁷⁷ in Frage kommen. Zudem kommen im Hinblick auf das deutsche bzw. europäische Außenwirtschaftsrecht bei Vorliegen der erforderlichen weiteren Tatbestandsvoraussetzungen Kontrollmöglichkeiten in der Form in Betracht, dass die Vorlage entsprechender Dokumente aus den Ursprungsländern – wie zum Beispiel Ursprungszeugnisse bzw. -erklärung⁹⁷⁸ – als Voraussetzung für eine rechtmäßige Einfuhr vorgelegt werden müssen. Dies setzt aber wiederum voraus, dass die Erteilung der Dokumente so geregelt ist, dass eine Prüfung der Beachtung von Zugangsregelungen anderer Staaten gewährleistet ist. Die vorgenannten spezialgesetzlichen Einfuhrregelungen müssten somit die Prüfung der Einhaltung von Zugangsregelungen fremder Staaten umfassen.

II. Strafrechtliche Sanktionen der unzulässigen Erlangung genetischer Ressourcen

Die Missachtung einer ausländischen Zugangsregelung könnte auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Neben einer Bestrafung sieht das deutsche Strafrecht⁹⁷⁹ auch den Verfall oder die Einziehung des durch die rechtswidrige Tat Erlangten vor, §§ 73 ff. StGB. Fraglich ist, ob hier das Umweltstrafrecht im engeren Sinne, §§ 324 ff. StGB,⁹⁸⁰ in Betracht kommt. Die Bestimmungen des Umwelt-

Neunte ZuständigkeitsanpassungsVO vom 31. 10. 2006 (BGBl. I S. 2407), BGBl. I S. 1673. Siehe hierzu insbesondere §18 Abs. 2 Nr. 7, 19 SaatG.

⁹⁷⁶ § 2a des Tierseuchengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Juni 2004, zuletzt geändert durch §§ 4, 5 Abs. 3 G zur Umbenennung von Behörden und Übernahme von Beschäftigten im Geschäftsbereich des BMELV vom 13. 12. 2007 (BGBl. I S. 2930), BGBl. I S. 1260, ber. S. 3588.

⁹⁷⁷ §§ 4, 35, 36 des Gesetzes zum Schutz der Kulturpflanzen (Pflanzenschutzgesetz, PflSchG), in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Mai 1998, zuletzt geändert durch Art. 1 G zur Änd. des PflanzenschutzG und des BVL-Gs vom 5. 3. 2008 (BGBl. I S. 284, ber. S. 1102), BGBl. I S. 971, ber. S. 1527, 3512.

⁹⁷⁸ Siehe hierzu § 29 der Verordnung zur Durchführung des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG, in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2006) in der Fassung von der Bekanntmachung vom 22. November 2003 (BGBl. I S. 1939, 2439) zuletzt geändert durch die Verordnung vom 5. Juni 2008. Die neue Verordnung zur Durchführung des AWG differenziert zwischen genehmigungsbedürftigen und genehmigungsfreien Gütern, siehe z.B. dazu § 5 der Durchführungsverordnung in Verbindung mit der Anlage AL (Ausfuhrliste). Zu der Novellierung des Außenwirtschaftsgesetzes und der dazu einschlägigen Durchführungsverordnung siehe *Bieneck, Klaus*, Die Außenwirtschaftsstrafrechts-Novelle – Ein Überblick über die wichtigsten Neuerungen des 12. Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung vom 28. 3. 2006, NStZ, S. 600–614.

⁹⁷⁹ Neben dem Strafrecht könnte auch das Ordnungswidrigkeitenrecht in Betracht kommen, wobei für die vorliegend zu untersuchende Fallkonstellation entsprechende Tatbestände nicht ersichtlich sind. Das Ordnungswidrigkeitengesetz sieht als weitere Sanktionsfolgen z.B. auch eine Gewinnabschöpfung vor.

⁹⁸⁰ In der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998, zuletzt geändert durch Art. 1 G zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung

strafrechts verfolgen aber einen anderen Schutzzweck als den der CBD. Sie knüpfen direkt an umweltschädliches Verhalten an und erfassen damit nicht die hier in Frage stehenden Fallkonstellationen der unzulässigen Erlangung genetischer Ressourcen unter Missachtung von Zugangsregelungen (anderer Staaten).

Der Zugang zu genetischen Ressourcen nach der CBD ist einem Verfügungsrecht unterworfen, dessen Ausübung wirtschaftliche Vorteile bewirken soll. Fraglich ist somit, ob aus diesem Grund die Vermögensdelikte im weiteren Sinne nach den §§ 242 ff. StGB zur Sanktion solcher Vorgänge herangezogen werden können. Hier sind verschiedene Fallgestaltungen denkbar, in denen sich die unerlaubte Entnahme genetischen Materials im Ursprungsland nach dem deutschen Strafrecht zum Beispiel als Diebstahl, § 242 StGB, als eine Unterschlagung, § 246 StGB oder als Betrug im Sinne des § 263 StGB interpretieren lassen.

Die Verfolgung solcher Straftaten in Deutschland hängt aber von zahlreichen Erwägungen des internationalen Strafrechts ab. So stellt sich vor allem die Frage, ob eine solche (im Ausland) begangene Tat⁹⁸¹ überhaupt vom Schutzbereich des betreffenden deutschen Straftatbestandes umfasst ist. Dies richtet sich zum einen danach, welches Schutzgut dem Tatbestand zugrunde liegt, und zum anderen, welchen Kreis möglicher Schutzträger der Tatbestand umfasst. Darauf gegründet wird eine Unterscheidung zwischen in- und ausländischen Rechtsgütern vorgenommen, wobei letztere aus dem Schutzbereich der deutschen Straftatbestände herausfallen sollen. Zu diesen sog. inländischen Schutzgütern zählen alle Individualgüter, wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Vermögen und Eigentum sowie auch die fiskalischen Interessen eines ausländischen Staates.⁹⁸² Demgegenüber werden öffentliche und staatliche Güter anderer Staaten den ausländischen Rechtsgütern zugeordnet, deren Schutz nicht mit dem deutschen Staatstatbeständen bezweckt ist.

Betrachtet man von diesem Standpunkt aus den Zugang zu genetischen Ressourcen (Regelungsbefugnis), so dürfte das souveräne Recht der Staaten an den genetischen Ressourcen unter die Kategorie der ausländischen Rechtsgüter fallen, die nicht vom Schutz deutscher Tatbestände umfasst werden.⁹⁸³ Wie bereits ausgeführt, stellt dieses souveräne Recht der Staaten nach der CBD kein internationales dingliches und damit kein vermögenswertes Recht dar,⁹⁸⁴ das unter den Schutz der deutschen Vermögensdelikte fällt.⁹⁸⁵ In Bezug auf private Vermögensrechte ist demgegenüber eine differenzierte Betrachtung erforderlich. Sofern der Zugang zu genetischen Ressourcen an private Vermögensrechte geknüpft ist, sind diese nach

der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie vom 31. 10. 2008 (BGBl. I S. 2149), (BGBl. I S. 3322).

⁹⁸¹ Nach § 3 StGB gilt das deutsche Strafrecht grundsätzlich für Taten, die im Inland begangen werden.

⁹⁸² Eser, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, Vor § 3 Rn. 15 und 22 („ausländisches Staatsvermögen“).

⁹⁸³ Siehe Eser, a.a.O., Vor § 3 Rn. 16 ff.

⁹⁸⁴ 2. Teil, B., D., F.

⁹⁸⁵ Siehe hierzu auch *Wolfrum/Stoll*, a.a.O., S. 90.

dem oben Gesagten als „inländische Rechtsgüter“ einzustufen und als solche zu behandeln, auch wenn es sich um ausländisches Staatsvermögen handelt. Zu diesem Staatsvermögen können z.B. Sammlungen, nicht privat genutzte Flächen oder Wälder gezählt werden. Aus den eben Ausgeführten kann somit nicht ausgeschlossen werden, dass bei entsprechenden Fallkonstellationen die Entnahme genetischen Materials unter Missachtung von Zugangsregelungen eines ausländischen Staates in den Schutzbereich deutscher Vermögensdelikte fallen kann.

Eine strafrechtliche Verfolgung für im Ausland begangene Taten ist damit nach § 7 Abs. 2⁹⁸⁶ Nr. 1 StGB möglich, wenn der Täter Deutscher war oder es nach der Tat geworden ist und wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt.⁹⁸⁷ Sie ist zudem unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB möglich, wenn der Täter Ausländer war.⁹⁸⁸

III. Bewertung

Die dargestellten Einfuhrregelungen haben einen anderen Schutzbereich als die CBD. Sie verfolgten nicht das Ziel, die Einfuhr genetischer Ressourcen zu reglementieren bzw. zu kontrollieren. Sollten sie der Einfuhr genetischer Ressourcen, die unter Missachtung von Zugangsregelungen erlangt wurden, entgegenstehen, ist dies im Ergebnis jedenfalls eine nicht intendierte Folge. Nachdem der Schutz genetischer Ressourcen nicht primäres Ziel all dieser Regelungen ist, ist der damit gegebenenfalls erreichte von den Bestimmungen aber nicht intendierte Schutz (Abfangen von unter Missachtung ausländischer Zugangsregelungen erlangter genetischer Ressourcen an der Grenze) notwendigerweise nur fragmentarisch. Denn auch vom WA, dem EG-Artenschutz oder dem BNaturSchG nicht umfasste Pflanzen und Tiere können Träger (wirtschaftlich) wertvoller genetischer Ressourcen sein. Auch das damit verbundene traditionelle Wissen ist nicht von diesen Normen zur Regelung der Einfuhr umfasst. Zudem sind diese Bestimmungen aufgrund der sehr geringen Mengen des benötigten Materials und des damit verbundenen erschwerten Auffindens an der Grenze praktisch sehr leicht zu umgehen.

⁹⁸⁶ § 7 Abs. 2 StGB lautet:

„(2) für andere Taten, die im Ausland begangen werden, gilt das deutsche Strafrecht, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt und wenn der Täter

- Zur Zeit der Tat Deutscher war oder es nach der Tat geworden ist oder
- Zur Zeit der Tat Ausländer war, im Inland betroffen und, obwohl das Auslieferungsgesetz seine Auslieferung nach der Art der Tat zuließe, nicht ausgeliefert wird, weil ein Auslieferungsersuchen innerhalb angemessener Frist nicht gestellt oder abgelehnt wird oder die Auslieferung nicht ausführbar ist.“

⁹⁸⁷ Siehe hierzu *Eser*, a.a.O. § 7 Rn. 16 ff.; *Dreher/Tröndle*, Strafgesetzbuch, Kommentar, § 7 Rn. 2 ff.

⁹⁸⁸ *Eser*, a.a.O. § 7 Rn. 22 ff.; *Dreher/Tröndle*, Strafgesetzbuch, Kommentar, § 7 Rn. 5 ff.

Eine strafrechtliche Verfolgung nach deutschen Vermögensdelikten erscheint nach dem oben Gesagten nicht ausgeschlossen, wird aber in der Praxis praktisch kaum realisierbar sein. Der Berechtigte wird nämlich gegebenenfalls kaum von der begangenen Straftat erfahren und zudem wird er eher an einer Beteiligung an dem aus der Nutzung des genetischen Materials entstandenen Vermögensvorteils interessiert sein.⁹⁸⁹

C. Mögliches Vorgehen nach Einfuhr genetischer Ressourcen bei Nichtbeachtung der Zugangsregelung eines anderen Staates mit den Mitteln des Privatrechts

Neben der oben untersuchten Frage einer wirksamen Bekämpfung von Einfuhren genetischer Ressourcen, die unter der Missachtung der Zugangsregelung eines ausländischen Staates erlangt worden sind, stellt sich die Frage, welche weiteren Möglichkeiten nach der deutschen Rechtsordnung bestehen, um solche Vorgänge zu sanktionieren.

Nach Erörterung der Frage nach dem richtigen Anspruchsinhaber bzw. Anspruchsberechtigten wird in einem ersten Schritt am Beispiel der deutschen Rechtsordnung untersucht, welche grundsätzlichen Sanktionsmöglichkeiten generell dem verletzten Berechtigten zur Verfügung stehen können, um der Verletzung seiner Zugangsregelung entgegenzuwirken. Dabei wird untersucht, welche materiellen Möglichkeiten das Privatrecht eventuell vorsieht, um die Aneignung (und Verwendung) genetischer Ressourcen, die unter Missachtung der Zugangs- und Teilhaberegelung des entsprechenden Herkunftsstaates erlangt worden sind, zu sanktionieren.⁹⁹⁰

I. Anspruchsinhaber/Anspruchsberechtigter

Bei einer Verletzung von Rechten an genetischen Ressourcen muss zunächst geklärt werden, wer berechtigt ist, diese Rechtsverletzung geltend zu machen. Ausgangspunkt hierfür ist das Recht, über die eigenen genetischen Ressourcen bestimmen zu können, also insbesondere das Recht, den Zugang zu diesen Ressourcen zu regeln. Die CBD enthält weder eine Definition für die Begriffe des Zuganges noch der Zugangsregelung.

Die Grundnorm für die Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen ist Art. 15 Abs. 1 CBD. Nach dieser Vorschrift liegt „in Anbetracht der souveränen

⁹⁸⁹ Siehe zu der hier angesprochenen Interessenslage die weiteren Ausführungen unter 4. Teil, C.

⁹⁹⁰ Die Prüfung, ob das deutsche Privatrecht inhaltlich Sanktionsmöglichkeiten bietet, wird unter der Annahme vorgenommen, dass deutsches Recht Anwendung finden würde. Diese Frage richtet sich je nach Anspruch z.B. nach der Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“) oder nach dem EGBGB.

Rechte der Staaten in Bezug auf *ihre*⁹⁹¹ natürlichen Ressourcen [...] die Befugnis, den Zugang zu genetischen Ressourcen zu bestimmen, bei den Regierungen der einzelnen Staaten und unterliegt den innerstaatlichen Rechtsvorschriften.“ Demzufolge umfasst das souveräne Recht der Staaten die Befugnis, den Zugang zu genetischen Ressourcen zu regeln. Wie bereits oben dargelegt, steht die in Art. 15 Abs. 1 CBD angesprochene Regelungsbefugnis dem Ursprungs- oder dem konventionsgemäßen Erwerbsstaat zu. Durch den grenzüberschreitenden, konventionswidrigen Transfer wird die genetische Ressource in einen anderen Staat verbracht. Dies geschieht also ohne dass die Zugangsordnung des Ursprungs- oder konventionsgemäßen Erwerbsstaates durchlaufen wird und damit zugleich auch ohne dass den Grundsätzen der Teilhabeordnung des Ursprungsstaates nachgekommen wird.

Die CBD bietet für genau dieses Problem der Geltendmachung eigener Rechte in einem anderen Staat keine Regelungen. Insbesondere stellt sie keine Sanktionsmechanismen bereit.

Zwar geht bei einer konventionswidrigen Verbringung der genetischen Ressource in einen anderen Staat aufgrund des Grundsatzes der allgemeinen Gebietshoheit das souveräne Recht des Ursprungs- oder konventionsgemäßen Erwerbsstaates unter, den Zugang über diese Ressourcen durch eigene Rechtsakte zu bestimmen. Der Berechtigte verliert durch den grenzüberschreitenden Transfer aber nicht seine Rechtsposition als Ursprungs- bzw. als konventionsgemäßer Erwerbsstaat. Von der Regelungsbefugnis zu unterscheiden ist aber das Recht, die Durchsetzung von Rechten⁹⁹² an genetischen Ressourcen geltend zu machen. Dem Berechtigten verbleiben demnach, da sich die Ressourcen in der Regel nicht mehr in seinem Hoheitsgebiet befinden und das Monopolrecht (insbesondere Patentrecht) auf die ressourcenbasierte Erfindung in der Regel ebenfalls in einem anderen Staat angemeldet worden ist, zur Durchsetzung seiner Rechte lediglich die nationalen Rechtsschutzmöglichkeiten des Belegenheitsstaates und/oder zugleich Anmeldestaates.

Die Parteifähigkeit fremder Staaten stellt keine Schwierigkeit dar, da fremde Staaten als ausländische Personen des öffentlichen Rechts stets parteifähig sind.

Im Hinblick auf das traditionelle Wissen richtet sich die Befugnis, diese in einem anderen Staat geltend zu machen, auch nach den Bestimmungen der Rechtsordnung dieses Staates. Diese müssen eine derartige Klagebefugnis in ihren nationalen Rechtsordnungen vorsehen. Die Parteifähigkeit von indigenen Gemeinschaften dürfte im Gegensatz zu der Parteifähigkeit fremder Staaten auf Schwierigkeiten stoßen. Parteifähigkeit ist die Fähigkeit, im Rechtsstreit Partei zu sein von welcher und gegen welche die staatliche Rechtsschutzhandlung im eigenen Namen begehrt wird.⁹⁹³ Die Parteifähigkeit ist im Wesentlichen mit der Rechtsfähigkeit identisch,

⁹⁹¹ Hervorhebung durch die Verfasserin.

⁹⁹² Gemeint sind hier insbesondere die Teilhaberechte.

⁹⁹³ Heinz Thoms/Hanz Putzo/Rainer Hüfstege, Zivilprozessordnung, 28. Auflage, 2007, Vorbem. zu § 50, Rn. 2 und § 50 Rn. 1.

die sich (in Deutschland) für Ausländer nach dem Heimatrecht bestimmt.⁹⁹⁴ Nach deutschem Zivilverfahrensrecht sind indigene Gemeinschaften demnach als parteifähig einzustufen, wenn ihr Heimatrecht ihnen Rechte an genetischen Ressourcen zuordnet und sie damit Träger von Rechten sind. Damit ist es für die Parteifähigkeit von indigenen Gemeinschaften maßgeblich, ob das betreffende Heimatrecht indigene Gemeinschaften als Träger von Rechten anerkennt.

II. Sanktionsmöglichkeiten aufgrund des Privatrechts

Hier ist zunächst zu klären, welche weiteren Sanktions- bzw. Eingriffsmöglichkeiten das Privatrecht für die hier zu untersuchenden Frage bieten kann. Die Beschaffung genetischer Ressourcen wird sich in der Regel in Form von gegebenenfalls sogar gestaffelten Auftrags- oder Erwerbsvorgängen vollziehen, die zwischen Privaten in Gestalt von Verträgen unterschiedlicher Art vereinbart und vollzogen werden. Insoweit stellt sich die Frage, ob aus dem Blickwinkel des Zivilrechts den Vorteilen, die durch Rechtsgeschäfte oder Verfügungen mit unzulässig erlangten genetischen Ressourcen erlangt werden, der rechtliche Schutz verweigert werden kann.

1. Mögliche Hindernisse für den Erwerb und die Weiterveräußerung

In der hier zu untersuchenden Fallkonstellation des konventionswidrigen Erwerbs von biologischem Material besteht eine vorherige, ausdrückliche vertragliche Vereinbarung zwischen dem Dritten (unrechtmäßigen Nutzer) und dem Eigentümer bzw. Berechtigten am biologischen Material und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen gerade nicht. Typischerweise hat demnach der Berechtigte am biologischen Material und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen in der hier untersuchten Fallkonstellation schon gar keine vorherige Kenntnis von der Nutzung seiner Ressourcen. Vertragliche Ansprüche scheiden daher grundsätzlich aus.

2. Nichtigkeit von Erwerbs- und Weiterveräußerungsgeschäften wegen §§ 134 und 138 BGB

Es stellt sich aber zunächst die grundsätzliche Frage, wie dem Erwerb bereits nach Deutschland verbrachten genetischen Materials oder Auftragsverhältnissen, deren Gegenstand die Beschaffung genetischen Materials aus dem Ursprungsland gegen Vergütung ist, der Rechtsschutz entzogen werden könnte. Beispielsweise ist es denkbar, dass ein Dritter, z.B. ein Forschungsunternehmen, von einem sog. Biopiraten genetische Ressourcen erwirbt.

⁹⁹⁴ Siehe dazu *Thoms/Putzo/Hüßtege*, Vorbem. zu § 50, Rn. 2 und § 50 Rn. 1.

Für diese erwähnten Fallkonstellationen des Erwerbs auf der Grundlage der Geltung deutschen Rechts sind die Vorschriften der §§ 134 und 138 BGB besonders relevant.⁹⁹⁵ Beide Vorschriften sehen die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften vor, die entweder gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder die guten Sitten (§ 138 BGB) verstoßen.

Im Falle des § 134 BGB ist zunächst zu fragen, ob ein gesetzliches Verbot⁹⁹⁶ besteht. Ein gesetzliches Verbot im Sinne dieser Vorschrift kann in einer ausländischen Zugangsregelung gesehen werden, die regelmäßig einen Verbotstatbestand dergestalt enthalten wird, dass genetische Ressourcen nicht außer Landes gebracht werden dürfen, ohne dass die Bestimmungen, das Verfahren und die weiteren Anforderungen der Zugangsregelung befolgt worden sind. Unabhängig von der abschließenden Qualifizierung von ausländischen Zugangsregelungen als Verbotsgesetze⁹⁹⁷ ist bereits die grundsätzliche Anwendbarkeit von § 134 BGB auf ausländische Verbotsgesetze fraglich. Nach verbreiteter Ansicht erfasst § 134 BGB allein Verstöße gegen im Inland unmittelbar geltende Verbote.⁹⁹⁸ Allerdings kommen von ausländischen Gesetzen ausgesprochene Verbote dann als Verbotsgesetze im Sinne von § 134 BGB in Betracht, wenn sie nach deutschem IPR (ausnahmsweise) für anwendbar erklärt werden. Dies ist im Schuldvertragsrecht jedenfalls dann der Fall, wenn deutsches Recht vereinbart ist und der sonstige Sachverhalt ausschließlich Bezüge zu einem anderen Staat aufweist (Art. 27 Abs. 3 EGBGB).⁹⁹⁹ Weiterhin ist umstritten, inwieweit darüber hinaus eine Sonderanknüpfung ausländischer Verbotsnormen vorzunehmen ist.¹⁰⁰⁰ Bei den hier zu untersuchenden Fallkonstellationen wird es schon nicht der Fall sein, weil regelmäßig bereits entsprechende Anknüpfungspunkte, die zu einer Anwendung ausländischen Vertragsstatuts führen können, nicht gegeben sind.

⁹⁹⁵ Siehe hierzu *Heinrichs*, Kommentierung zu § 134 und § 138 BGB in *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Auflage, 2009; *Sack*, Kommentierung zu § 134 und § 138 BGB in *Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, §§ 134 – 163 (Allgemeiner Teil 4), Neubearbeitung 2003; *Armbrüster*, Kommentierung zu § 134 und § 138 BGB in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 1, 2006.

⁹⁹⁶ Ein gesetzliches Verbot im Sinn von § 134 kann in jedem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein. Zudem muss das gesetzliche Verbot eines Rechtsgeschäfts nicht ausdrücklich erfolgen. Siehe zu dem Gesetzesbegriff des § 134 *Armbrüster*, a.a.O. § 134, Rn. 30–32 und zu den Rechtsfolgen der Verletzung eines Verbotsgesetzes auch *Armbrüster*, a.a.O. § 134, Rn. 103–114.

⁹⁹⁷ Zu den einzelnen Kriterien siehe ausführlich *Armbrüster*, a.a.O., § 134 Rn 41–49.

⁹⁹⁸ *Heinrichs*, a.a.O., § 134 Anm. 1 b); BGHZ 59, 82, 85 = NJW 1972, 1575; BGHZ 69, 295, 296 = NJW 1977, 2356 = JZ 1978, 61 m. Anm. *Wengler*; *Medicus* AT Rn. 658; *Staudinger/Sack* Rn. 48; 4. Aufl. Vor Art. 11 EGBGB Rn. 165; Art. 34 EGBGB RdNr. 65 f.; BGHZ 55, 334, 339 = NJW 1971, 983.

⁹⁹⁹ Siehe dazu *Staudinger/Sack*, § 134 Rn. 154.

¹⁰⁰⁰ Siehe zu dieser Frage m. w. Nachw. *Staudinger*, 4. Aufl. Einl. IPR Rn. 35 ff.; Vor Art. 11 EGBGB Rn. 150 ff.; Art. 34 EGBGB Rn. 38 ff. Der Streit ist mit der Problematik verknüpft, dass einer unmittelbaren Anwendung von Art. 34 EGBGB die einseitige Ausgestaltung dieser Norm entgegensteht.

Es stellt sich weiter die Frage, ob nicht die CBD selbst als gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB in Betracht kommen könnte.

Grundsätzlich kommen auch völkerrechtliche Normen als Verbotsgesetze in Betracht. Verletzt ein Rechtsgeschäft allgemeine Regeln des Völkerrechts, so ergibt sich die Anwendbarkeit von § 134 BGB aus Art. 25 GG.¹⁰⁰¹ Ist ein völkerrechtlicher Vertrag gemäß Art. 59 Abs. 2 GG in Bundesrecht transformiert worden, so können seine Bestimmungen Verbotsgesetze im Sinne von § 134 BGB darstellen, wenn sie sich gegen die Geltung bestimmter Rechtsgeschäfte richten.¹⁰⁰² Die CBD ist nach Art. 59 Abs. 2 GG förmlicher Bestandteil des Bundesrechts geworden.¹⁰⁰³ Inhaltlich ist aber weiterhin Voraussetzung, dass sich in der CBD eine Vorschrift finden lässt, die als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB qualifiziert werden kann. Der CBD ist aber ein derartiges ausdrückliches Verbot nicht zu entnehmen. Ein solches Verbot könnte sich jedoch aus dem Zusammenhang ergeben. Als Anknüpfungspunkt hierfür könnte Art. 15.1 CBD herangezogen werden, der besagt, dass die Befugnis zur Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen bei den Regierungen der einzelnen Staaten liegt. Aus Art. 15.1 ergebe sich somit die alleinige Verfügungsbefugnis der Staaten über ihre genetischen Ressourcen. Hieraus könnte, im Zusammenhang betrachtet, gefolgert werden, dass hiermit ein Verbot für jede Verfügung ausgesprochen wird, die ohne vorherige Ausübung eines so verstandenen alleinigen staatlichen Verfügungsrechts stattfindet. Wie aber bereits oben im 2. Teil unter A. IV. 3. ausgeführt ist Art. 15.1 CBD nicht im Sinne eines internationalen dinglichen Rechts der Staaten an ihren genetischen Ressourcen zu verstehen.¹⁰⁰⁴ Vielmehr ist die in Art. 15.1 CBD verwendete Formulierung „[...] den Zugang zu bestimmen [...]“ (nur) als Zuweisung und Anerkennung einer staatlichen Regelungsbefugnis zu verstehen. Aus diesen Gründen ist aus Art. 15.1 CBD ein Verbot im Sinne des § 134 BGB nicht abzuleiten, dass alle Verfügungen über genetisches Material verboten sind, die nicht auf die Ausübung eines Verfügungsrechts des Ursprungsstaates zurückzuführen sind. Die in Art. 15.1 CBD enthaltene völkerrechtliche Zuweisung einer Regelungskompetenz kann folglich nicht zur Begründung eines gesetzlichen Verbots im Sinne des § 134 BGB herangezogen werden. Damit begründet auch die CBD für sich gesehen kein Verbot, das nach § 134 BGB zur Nichtigkeit von Rechtsgeschäften führen könnte.

Im Ergebnis kann folglich nicht angenommen werden, dass eine (ausländische) Zugangsregelung bzw. oder die Bestimmungen der CBD für sich als Verbotsnormen im Sinne des § 134 BGB eingestuft werden können.

Es stellt sich aber die Frage, ob etwas anderes gelten kann, wenn eine ausländische Zugangsregelung und die CBD zusammen zur Annahme einer Verbotsnorm führen könnten. So wird vertreten, dass ausländische Verbotsnormen solche im Sinne von

¹⁰⁰¹ Siehe dazu Hönn, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, 1982, S. 321, 326 ff.

¹⁰⁰² Siehe zur Abgrenzung BGHZ 69, 296.

¹⁰⁰³ Siehe Gesetz zu dem Übereinkommen BT-Drs. 10/93 vom 4. Januar 1993, S. 2.

¹⁰⁰⁴ Siehe hierzu erneut vor allem auch Glowka/Burhenne-Guilmin/Synge, *A Guide to the Convention on Biological Diversity*, IUCN, Environmental Policy and Law Paper, No. 30, 1994, S. 76.

§ 134 BGB sein können, wenn sich dies aus völkerrechtlichen Verträgen ergibt.¹⁰⁰⁵ Aufgrund des bloßen Hinweises der CBD auf die Einhaltung bzw. Geltung der nationalen Rechtsordnung könnte dieser Gedanke hier anwendbar sein. Nachdem die CBD aber ausschließlich die Rechtsbeziehungen zwischen den Staaten regelt, dürfte gleichwohl § 134 BGB trotz des bloßen Hinweises auf die Geltung der nationalen Rechtsordnung nicht anwendbar sein.¹⁰⁰⁶

Als weiterer Nichtigkeitsgrund kommt § 138 BGB in Betracht, der für die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts einen Verstoß gegen die guten Sitten voraussetzt. Unter dem Begriff der guten Sitten¹⁰⁰⁷ im Sinne des § 138 BGB werden nicht nur Wertvorstellungen gefasst, die insbesondere das Verhältnis der Vertragsparteien zueinander betreffen. Davon erfasst werden unter anderem auch Werte, die Interessen Dritter und der Allgemeinheit schützen.¹⁰⁰⁸ Diese Werte können sich unter anderem aus internationalen Übereinkommen oder ausländischen Gesetzen¹⁰⁰⁹ ableiten, ohne dass diese Regelungswerke zugleich ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB darstellen müssen.¹⁰¹⁰ Dies ist nicht komplett von der Hand zu weisen, weil Art. 15.1 CBD ausdrücklich darauf verweist, dass der Zugang zu genetischen Ressourcen den innerstaatlichen Rechtsvorschriften des Ursprungsstaates unterliegt. Die Schaffung von Zugangsregelungen in einzelstaatlicher Kompetenz und ihre Einhaltung und Durchsetzung stellt einen wesentlichen Bestandteil der CBD dar und ist für ihre Wirksamkeit unbedingt erforderlich.¹⁰¹¹

Wären § 134 BGB oder § 138 BGB anwendbar, so führte dies zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Für das deutsche Recht bedeutet dies, dass die in diesen Vorschriften angeordnete Nichtigkeit zur Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts und oder auch des Erfüllungsgeschäfts führen kann. Für die hier anzustellende Untersuchung ist es ausreichend darauf hinzuweisen, dass dann, wenn eine dieser Vorschriften eingreift, die deutsche Privatrechtsordnung solchen Erwerbsvorgängen den Schutz versagt.

¹⁰⁰⁵ Siehe hierzu *Heinrichs*, a.a.O., § 134 Rn. 3: “[...] Aufgrund von völkerrechtlichen Verträgen können ausländische Verbotsnormen zu beachten sein [...]“

¹⁰⁰⁶ *Heinrichs*, a.a.O., § 134 Rn. 3: „Völkerrechtliche Verträge, die ausschließlich die Rechtsbeziehung zwischen den beteiligten Regierungen regeln, begründen keine Verbote im Sinne des § 134 BGB (BGH 69, 269).“

¹⁰⁰⁷ Siehe zum Begriff der guten Sitten *Armbrüster*, a.a.O., § 138 BGB Rn. 11–26 und 27–128 und zu den subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit Rn. 129–132.

¹⁰⁰⁸ Siehe ausführlich dazu *Meier*, Ökologische Aspekte des Schuldvertragsrechts: Überlegungen zur vertragsrechtlichen Regulierung von Umweltrisiken, Berlin 1995, S. 97 ff.

¹⁰⁰⁹ Siehe hierzu z.B. *Krüger-Niemand/Zöller*, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 12. Auflage, 1982, § 134 BGB Rn. 20: „[...] ist der Fall, wenn das ausländische Verbotsgesetz dem Schutz allgemein achtenswerter Interessen aller Staaten dient [...]“.

¹⁰¹⁰ Zum Verhältnis von § 138 BGB zu § 134 BGB siehe *Armbrüster*, a.a.O., § 138 BGB Rn. 4.

¹⁰¹¹ So *Wolfrum/Stoll*, a.a.O., S. 79.

III. Arten der Beteiligung des Berechtigten am wirtschaftlichen Erfolg von biotechnologischen Erfindungen

Für die weitere Untersuchung der für den Berechtigten in Betracht kommenden Möglichkeiten eines Vorgehens gegen die Nutzung seiner genetischer Ressourcen unter Missachtung der Zugangsregelungen wird von der für das hier zugrundeliegende Verständnis der sog. Biopiraterie bzw. unrechtmäßigen Aneignung¹⁰¹² eher typischen Fallkonstellation ausgegangen: Nach Erarbeitung einer Erfindung auf der Basis von genetischen Ressourcen und gegebenenfalls damit verbundenem traditionellen Wissen, die unter Missachtung der Zugangsregelung des Herkunftsstaates erlangt worden sind, wird in einem anderen Staat eine Erfindung zum Patent angemeldet. Die Anmeldung erfolgt ohne Beteiligung bzw. Einbeziehung des an den genetischen Ressourcen ursprünglich Berechtigten. Es wird für die weiteren Ausführungen also auch davon ausgegangen, dass aufgrund des geschilderten Sachverhalts im Ursprungsstaat der Ressourcen ein Verstoß gegen die nationale Zugangs- und Teilhabeordnung und nach dem innerstaatlichen Recht auch (zivilrechtliche) unerlaubte Handlungen vorliegen. Erst zu diesem Zeitpunkt (Anmeldung zum Patent) besteht überhaupt die Möglichkeit, dass der Berechtigte über die Nutzung seiner genetischen Ressourcen Kenntnis erlangt.

Die obige Untersuchung des grenzüberschreitenden Sachverhalts der sog. Biopiraterie hat zudem ergeben, dass es für die hier zu erfolgende Untersuchung über das mögliche rechtliche Vorgehen des Berechtigten gegen diese Vorgänge am sachnächsten erscheint, auf das Recht des Anmeldestaates (als immaterialgüterrechtliches Schutzland) abzustellen, da der sog. Biopirat letztlich erst durch die Patentanmeldung diejenigen Vermögensvorteile erlangt, welche ihm der Berechtigte aus dem Herkunftsland der Bioressource und/oder des damit verbundenen traditionellen Wissens streitig machen könnte.

Besonders wichtig in diesem Zusammenhang ist die Frage, ob die aktuelle Gesetzgebung in den Nachfragestaaten¹⁰¹³ (Industriestaaten und zugleich Anmeldestaaten,¹⁰¹⁴ wobei hier die deutsche Rechtsordnung wiederum Untersuchungsgegenstand ist) eine Beteiligung/Partizipation des Berechtigten aus dem Herkunftsstaat der biologischen Ressourcen und/oder des damit verbundenen traditionellen Wissens an dem wirtschaftlichen Erfolg einer Erfindung bzw. an dem Patent gewährleisten, welche auf diesen Ressourcen oder diesem Wissen basieren.

In Anlehnung an dieses Ergebnis wird daher in einem ersten Schritt für die weitere Untersuchung das deutsche Zivil- und Patentrecht herangezogen sowie auf

¹⁰¹² Im Rahmen dieser Arbeit wird der Begriff der sog. Biopiraterie oder „unrechtmäßigen Aneignung“ als jede konventionswidrige Aneignung genetischer Ressourcen und damit ggf. verbundenem traditionellen Wissen verstanden. Siehe dazu 1. Teil, A. III. sowie die Einleitung zum 4. Teil.

¹⁰¹³ In der internationalen Debatte wird hierfür der Begriff „*user countries*“ verwendet. Der Nachfragestaat ist in der Regel zugleich der Anmeldestaat des Patents.

¹⁰¹⁴ Zu der Frage der Möglichkeiten nach dem Patentrecht siehe unten 4. Teil, C. unter III und IV.

die relevanten Bestimmungen des Europäischen Patentübereinkommens (EPÜ) eingegangen.

Folglich ist zunächst zu klären, welche Vorgehensweisen für den Berechtigten an den genetischen Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen gegen den Erfinder bzw. späteren Patentanmelder nach dem Recht des Anmeldestaates in Frage kommen. Dem Berechtigten stehen in diesem Zusammenhang zwei Alternativen zur Verfügung: Er kann einerseits eine Beteiligung (Partizipation) am wirtschaftlichen Erfolg der Erfindungen und der Patente, welche auf seinen biologischen Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen basieren, anstreben.

Andererseits kann er versuchen, gegen die auf seinen biologischen Ressourcen und/oder traditionellem Wissen basierenden Patentanmeldungen bzw. Patente unter Befolgung der Rechtsbehelfe aus dem bestehenden Patentrecht des betreffenden Schutzlandes (i.d.R. des Anmeldestaates) vorzugehen. Diese Art der Beteiligung zielt auf die Vernichtung des Patents und auf die Vermeidung der Entstehung eines rechtlichen Monopols zugunsten des „unberechtigten“ Patentinhabers ab (Nicht-Partizipation).

1. Partizipation entsprechend der aktuellen Gesetzeslage im Anmeldestaat

Nachfolgend wird am Beispiel Deutschlands untersucht, welche Möglichkeiten einer Partizipation dem Berechtigten nach der aktuellen Gesetzeslage im Nachfragestaat offenstehen, der in der Regel zugleich der Anmeldestaat des Patents ist.

Eine Partizipation des Berechtigten beruht auf dem rechtspolitischen Gedanken, dass eine Erfindung basierend auf biologischen Ressourcen als Leistung im Sinne einer *conditio sine qua non* einerseits den intellektuellen Beitrag und andererseits die biologischen Ressourcen als Ausgangsmaterial und notwendige Bestandteile voraussetzt.¹⁰¹⁵ Die Erfindung kann demnach nur durch den intellektuellen Beitrag des Erfinders und durch die biologischen Ressourcen des Berechtigten als Basismaterial gemacht werden. Kein Beitrag – weder der intellektuelle Beitrag des Erfinders, noch der Beitrag des Berechtigten am biologischen Material – würde demnach für sich allein betrachtet für das Zustandekommen der Erfindung ausreichen. Demzufolge wären sowohl der Erfinder als auch der Berechtigte am biologischen Material an dem wirtschaftlichen Erfolg der Erfindung zu beteiligen. Dabei besteht die eine Gewinnbeteiligung rechtfertigende Leistung des an der genetischen Ressource Berechtigten aus zwei Komponenten: einerseits aus einer erhaltend-schützenden Komponente, welche in der Erhaltung der biologischen Ressourcen bzw. der Natur in dem Herkunftsstaat besteht, andererseits aus der Bereitschaft, die immateriellen Bestandteile (Information, biologisches und chemisches Potential) von Sachen (z.B. Pflanzen), über deren Substrat er beispielsweise die sachenrechtliche Verfügungsgewalt ausübt,

¹⁰¹⁵ Vgl. dazu Dolder, Mitt. 2003, S. 349 (350).

einem Dritten für eine erfinderische Tätigkeit oder eine erfindungsorientierte Zusammenarbeit zur Verfügung zu stellen.

Dieser Ansatz, der auf die gleichwertige Verknüpfung von intellektueller Leistung und Sachleistung als wesentliche Elemente einer Erfindung beruht, geht aber weiter als das Verständnis des geltenden deutschen Patentrechts. Das heutige Patentrecht beruht auf dem Grundgedanken, dass nur die intellektuelle Leistung eines Individuums unter dem Schutz eines Patent stehen soll. Aus diesem Grunde sind Sachleistungen im heutigen Patentrechtssystem nicht als patentrechtlich relevante Elemente für die Entstehung von Rechten an Erfindungen anerkannt.¹⁰¹⁶

Im Rahmen der Partizipation kommen folgende Anspruchsgrundlagen in Frage: Ansprüche aus Vertrag/Vertragsverletzung, erfinderische Vindikation, Ansprüche aus Delikt, Geschäftsanmaßung/angemaßte Eigengeschäftsanmaßung (GoA) und Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung.

a. Ansprüche aus Vertrag/Vertragsverletzung

In der hier zu untersuchenden Fallkonstellation des konventionswidrigen Erwerbs von biologischem Material besteht eine vorherige, ausdrückliche, vertragliche Vereinbarung zwischen dem Erfinder und (zugleich) späteren Patentanmelder und dem Eigentümer bzw. Berechtigten am biologischen Material und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen gerade nicht.

Typischerweise hat demnach der Berechtigte am biologischen Material und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen schon gar keine vorherige Kenntnis von Patentanmeldungen, die auf der Basis „seiner“ biologischen Ressourcen beruhen. Allein deshalb kann es hier zu keinem (vor-)vertraglichen Verhältnis kommen. Vertragliche Ansprüche scheiden demnach aus.

b. Anspruch auf Gewinnverteilung, § 722 BGB

Denkbar wäre ein Anspruch auf Gewinnverteilung aus einem stillschweigend abgeschlossenen Gesellschaftsverhältnis (*Gesellschaft bürgerlichen Rechts*)¹⁰¹⁷ zwischen dem Berechtigten und dem Erfinder bzw. dem konventionswidrigen Erwerber des biologischen Materials und/oder dem damit verbundenen traditionellen Wissen.

Fraglich ist hierbei das Zustandekommen eines Gesellschaftsvertrages ohne das Vorliegen einer ausdrücklichen Vereinbarung zwischen den Parteien.

Nach deutschem Recht kann der einvernehmliche Beginn der Durchführung von gesellschaftsrechtlichen Aktivitäten im Wege des Anscheinsbeweises als widerlegbare Vermutung für den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages gewertet werden.¹⁰¹⁸

¹⁰¹⁶ Siehe dazu insbesondere *Bruchhausen*, Patent-, Gebrauchsmuster- und Sortenschutzrecht, N. 32 zu § 6 PatG DE: „An dem Erfordernis der schöpferischen Beteiligung ist jedoch festzuhalten, weil dieses Erfordernis der geistigen Grundlage des Patentgesetzes am besten gerecht wird.“

¹⁰¹⁷ §§ 705–740 BGB.

¹⁰¹⁸ Vgl. *Sprau* in *Palandt*, BGB, § 722 Rn. 1; § 705 Rn. 11.

Aber auch hier wird zumindest eine vage Willenseinigung der Beteiligten über den gemeinsam angestrebten Zweck des Gesellschaftsvertrages als eine unerlässliche Voraussetzung für den Vertragsabschluss verlangt. Im Falle eines konventionswidrigen Erwerbs von biologischem Material und/oder des damit verbundenen traditionellen Wissens dürfte gerade diese Willenseinigung zwischen dem Berechtigten und dem Erfinder und späteren Patentanmelder (sog. Biopiraten) über einen gemeinsamen angestrebten Zweck aber nur anzunehmen sein, wenn der Berechtigte um die Absichten des sog. Biopiraten weiß, auf der Grundlage des erworbenen biologischen Materials (z.B. Pflanzen oder Mikroorganismen) eine Erfindung zu erarbeiten und diese nötigenfalls auch durch ein Patent schützen zu wollen. In der hier beschriebenen Konstellation fehlt dem Berechtigten gerade jegliche Kenntnis über das Vorhaben des sog. Biopiraten. Diese Kenntnis darf dem Berechtigten auch dann nicht unterstellt werden, wenn der spätere Biopirat (durch die Patentanmeldung der Erfindung beruhend auf konventionswidrig erworbenem biologischem Material) das fragliche biologische Material aufgrund eines Vertrages (z.B. Kauf oder Schenkung) zivilrechtlich rechtmäßig vom Berechtigten erwirbt. Der konventionswidrige Erwerb ist auch dann gegeben, wenn das Material gezielt zum Zwecke der Erarbeitung der Erfindung und deren späterer Patentanmeldung erworben wird, ohne diese Absicht beim Erwerb des Materials kundzutun. Denn die CBD legt genau fest, unter welchen Voraussetzungen (Art. 15 ff. CBD) der Zugang (Erwerb) von biologischem Material zum Zwecke der wirtschaftlichen Verwertung zu erfolgen hat. Folglich liegt in diesem Fall keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor, die einen Anspruch auf Gewinnverteilung gemäß § 722 BGB begründen würde.

c. Schadensersatzansprüche aus entgangenem Gewinn, §§ 280, 281, 252 BGB

Ferner wäre an Schadensersatzansprüche des Berechtigten an den Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen gegen den sog. Biopiraten¹⁰¹⁹ aus der Verletzung von Pflichten aus einem Schuldverhältnis gemäß §§ 280, 281 und 252 BGB¹⁰²⁰ zu denken.

Dafür müsste zunächst ein Schuldverhältnis, hier also ein Vertrag über den Erwerb von biologischen Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen vorliegen. Grundsätzlich erfolgt der Erwerb biologischer Ressourcen in Form physisch fassbarer Objekte (z.B. Pflanzen) im Rahmen eines Vertrages über Sachleistungen wie z.B. eines Schenkungs-, Kauf-, Leih-, Pacht- oder Mietvertrages.

Der sog. Biopirat müsste ferner eine Pflicht aus diesem Schuldverhältnis verletzt haben. Fraglich ist hierbei die Art der Pflichtverletzung, bei der es sich um die

¹⁰¹⁹ Gemeint ist hier der Erfinder und zugleich spätere Patentanmelder.

¹⁰²⁰ Hier wird aus Gründen der Veranschaulichung die deutsche Rechtslage zugrunde gelegt. Vergleichbare Vorschriften sind in den Rechtsordnungen anderer Nachfragestaaten ebenfalls anzutreffen.

Verletzung einer Hauptpflicht handeln müsste.¹⁰²¹ Als Pflichtverletzung käme das Verheimlichen der Absicht, die erworbenen Ressourcen für die Erarbeitung einer Erfindung im Sinne des Patentrechts zu verwenden, in Betracht. Der Berechtigte könnte demnach einen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns¹⁰²² haben, den er bei offenem Vorgehen wahrscheinlich erzielt hätte. Um einen Schadensersatz aus entgangenem Gewinn des Berechtigten aufgrund des Verheimlichens der „erfinderischen“ Absichten des Erwerbers zugesprochen zu bekommen, muss der Berechtigte an den Ressourcen zudem den Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Verheimlichen und dem entgangenen Gewinn erbringen. Der Berechtigte müsste demnach nachweisen, dass ihm durch das Verheimlichen der Absichten des Erwerbers, mit dem erworbenen biologischen Material an einer Erfindung im Sinne des Patentrechts zu arbeiten, ein Gewinn entgangen ist, den er bei offenem Vorgehen mit Sicherheit oder zumindest mit großer Wahrscheinlichkeit erzielt hätte.

Die Einstufung dieser möglichen Pflichtverletzung als Verletzung einer Hauptpflicht kann im Ergebnis offen bleiben, da auch die Erbringung eines derartigen Nachweises aus den oben genannten Gründen, wie sie bereits zur Ablehnung des Abschlusses eines konkludent abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages führten, als unrealistisch erscheint. Eine vage Willenseinigung zwischen dem Berechtigten an den Ressourcen und dem späteren Erfinder im Sinne des Patentrechts über die Zurverfügungstellung von biologischem Material zu einer vertraglich genau festgelegten Nutzung als unerlässliche Voraussetzung für den Abschluss eines Zugangsvertrags wird in solchen Fällen nicht gegeben sein. Diese Willenseinigung kann auch nicht als konkludent gegeben angenommen werden.

Gleiches gilt für den Abschluss eines Vertrages mit dem Berechtigten an dem mit den genetischen Ressourcen verbundenem traditionellen Wissen.

¹⁰²¹ Der Begriff der Pflichtverletzung umfasst Leistungs-, Nebenleistungs- und Verhaltenspflichten. Dem Schuldner fällt eine Pflichtverletzung zur Last, wenn er nicht, nicht rechtzeitig oder nicht ordnungsgemäß leistet. Die einzelnen Anforderungen an die Pflichtverletzung richten sich nach dem jeweiligen Schuldverhältnis. Vgl. *Heinrichs*, in: *Palandt*, BGB, § 280 Rn. 12.

¹⁰²² Vergleiche hierzu den Wortlaut von § 252 BGB: „Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.“

d. Erfinderrechtliche Vindikation, § 8 PatG

Fraglich ist, ob der Berechtigte an den genetischen Ressourcen, auf denen die Erfindung basiert, Ansprüche aus erfinderrechtlicher Vindikation gemäß § 8 PatG¹⁰²³ gegen den Erfinder und späteren Patentanmelder ableiten kann.¹⁰²⁴

Die erfinderrechtliche Vindikation gemäß § 8 PatG trägt dem Erfinderprinzip aus § 6 PatG Rechnung und mildert dabei die Folgen des Anmelderprinzips des § 7 PatG. § 8 PatG dient dazu, den Zwiespalt zwischen dem Erfinderprinzip¹⁰²⁵ und dem Anmelderprinzip¹⁰²⁶ zu Gunsten des sachlich Berechtigten zu regeln, welcher sich aus der formalen Rechtsinhaberschaft eines sachlich nichtberechtigten Patentinhabers gegenüber dem sachlich berechtigten Erfinder ergibt.¹⁰²⁷ Dadurch soll der an der Erfindung sachlich Berechtigte das Anmeldeverfahren an sich ziehen bzw. das erteilte Patent auf sich übertragen lassen können.¹⁰²⁸ Da dieser Anspruch dem Anspruch des Eigentümers gegen den unrechtmäßigen Besitzer aus §§ 985 ff. BGB ähnelt, wird er erfinderrechtliche Vindikation genannt.¹⁰²⁹ § 8 PatG setzt somit zunächst die Berechtigung an der Erfindung voraus. Diese stellt wiederum auf die Erfindereigenschaft ab. Der Begriff des Erfinders ist im Gesetz nicht definiert.¹⁰³⁰ Erfinder ist derjenige, der die technische Lehre zum Handeln aufgefunden hat, der

¹⁰²³ § 8 PatG gilt nur für deutsche und nicht für die europäischen Patentanmeldungen. Für diese Fälle findet Art. II § 5 IntPatÜG Anwendung. Art. II § 5 IntPatÜG knüpft an Art. 60 Abs. 1 EPÜ an und sieht das Recht des Berechtigten vor, sich den Anspruch auf Erteilung des europäischen Patents abtreten zu lassen. Sollte die europäische Patentanmeldung bereits zum Patent geführt haben, so kann der Berechtigte vom Patentinhaber die Übertragung des Patents verlangen. Zu der Ausschlussfrist von 2 Jahren siehe Art. II § 5 Abs. 2 IntPatÜG.

¹⁰²⁴ Zu den Voraussetzungen und dem Inhalt des Anspruchs nach § 8 PatG und zum Widerruf, der Nichtigkeitsklärung und Löschung wegen widerrechtlicher Entnahme siehe *Kraßer*, Patentgesetz, § 20, S. 360–385.

¹⁰²⁵ Art. 6 Abs. 1 PatG enthält das Erfinderprinzip. Im Gegensatz zum Anmelderprinzip gebührt das Patent dem tatsächlichen Erfinder und nicht demjenigen, der die Erfindung zuerst anmeldet. Vgl. dazu ausführlich *Mes*, PatG und GebrMG, § 6 Rn. 1. Siehe zum Erfinderprinzip und Erfinderrecht nach deutschem Recht *Kraßer*, Patentrecht, § 19 S. 335–359.

¹⁰²⁶ Die Berechtigung, die Erteilung des Patents zu verlangen, ist in § 7 Abs. 1 PatG formuliert. Dabei handelt es sich um eine Regelung im Sinne einer Fiktion dahingehend, dass im Verfahren vor dem Patentamt der Anmelder als berechtigt gilt, die Erteilung des Patents zu verlangen, und zwar auch dann, wenn er materiell-rechtlich nicht berechtigt ist.

¹⁰²⁷ Vgl. dazu BGH GRUR 1996, 42, 43 li. Sp. – Lichtfleck.

¹⁰²⁸ Siehe *Kühnen*, in: *Schulte*, Patentgesetz mit EPÜ, § 8 Rn. 8. Zu den Voraussetzungen des Anspruchs nach § 8 PatG siehe *Kühnen*, a.a.O. Rn. 14 – 28 und *Kraßer*, Patentgesetz, § 20, S. 360–385.

¹⁰²⁹ BGHZ 82, 13 = GRUR 1982, 95 – Pneumatische Einrichtung.

¹⁰³⁰ Auch der Begriff der Erfindung an sich wird nicht ausdrücklich geregelt. § 1 Abs. 1 PatG bestimmt lediglich die Anforderungen, die eine Erfindung erfüllen muss, damit ein Patent erteilt werden kann, vgl. dazu *Mes*, PatG, GebrMG, § 6 Rn 2 und 3.

sie „geschaffen“¹⁰³¹ oder entwickelt hat.¹⁰³² Für die Erfindereigenschaft ist die schöpferische Tätigkeit, die zur Schaffung der Erfindung führt, wesentlich.¹⁰³³

Fraglich ist in der hier relevanten Konstellation, ob eine Erfindergemeinschaft angenommen werden kann. Der Berechtigte an den genetischen Ressourcen müsste damit als Miterfinder qualifiziert werden können. Haben mehrere gemeinsam an der Entstehung der Erfindung zusammengewirkt, so ist Miterfinder jeder, der einen schöpferischen Beitrag zu der Erfindung geleistet hat.¹⁰³⁴ Auch der Miterfinder wird nur an seinem schöpferischen Beitrag gemessen. Grundlage für die Entstehung des Rechts auf das Patent bilden somit nur intellektuelle, sog. schöpferische Beiträge des Erfinders bzw. der Miterfinder. Der Berechtigte an genetischen Ressourcen, der durch diese nur einen materiellen Beitrag zur Erfindung geleistet hat, kann somit mangels schöpferischer Leistung nicht als Miterfinder im Sinne des Patentrechts qualifiziert werden. Sachleistungen werden vom System des Patentrechts nicht als patentrechtlich relevante Elemente für die Entstehung von Rechten an Erfindungen anerkannt.¹⁰³⁵ Ein Anspruch aus erfinderrechtlicher Vindikation scheidet somit schon aufgrund der fehlenden Erfindereigenschaft der Berechtigten an den genetischen Ressourcen aus.

Selbst wenn man bei den genetischen Ressourcen entsprechend der Definition aus Art. 2 CBD auf deren Wert als funktionelle Erbinheit, also auf ihre Eigenschaft als *Information* abstellt,¹⁰³⁶ beeinflusst dies das obige Ergebnis nicht. Eine Miterfindung liegt nicht vor, da sie nicht das Produkt einer intellektuellen, schöpferischen, *menschlichen* geistigen Leistung darstellen.

Es stellt sich weiterhin die Frage, wie es sich auf einen Anspruch aus § 8 PatG auswirkt, wenn der Beitrag des Herkunftsstaates bzw. der indigenen und lokalen Gemeinschaften für die spätere Erfindung in Gestalt von traditionellem Wissen geleistet wird. Dieser Betrag müsste zu einer Miterfindung geführt haben. Nur bei Vorliegen einer gemeinschaftlichen Erfindung und somit auch der Miterfindereigenschaft hätte der Berechtigte an dem traditionellen Wissen bzw. die betreffende Gemeinschaft gegenüber dem Erfinder und Patentanmelder einen Anspruch auf Beteiligung an den Erträgen des Patents für die ressourcenbasierte Erfindung.

¹⁰³¹ BGH GRUR 1994, 104 – Akteneinsicht III; 1978, 583, 585 – Motorkettensäge.

¹⁰³² BGH GRUR 2001, 823, 824 re. Sp. – Schleppfahrzeug.

¹⁰³³ Vgl. *Mes*, PatG, GebrMG, § 6 Rn. 8.

¹⁰³⁴ BGH GRUR 2004, 50, 51 re. Sp. – Verkranzungsverfahren; 2001, 226, 227 li. Sp. – Rollenantriebsseinheit; 1969, 133, 135 – Luftfilter; *Melullis*, in: *Benkard*, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, § 6 Rn. 32.

¹⁰³⁵ Vgl. zu der ähnlichen Problematik die Überlegungen zu der Anerkennung des Stoffpatents, *Bacher/Melullis*, in: *Benkard*, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, § 1 Rn. 82. Bis zur Anerkennung des Stoffpatents wurde der Schutz lediglich für das jeweilige Herstellungsverfahren gewährt, aus dem sich ein Ausschließlichkeitsrecht für das in diesem Verfahren gewonnene Produkt ergab.

¹⁰³⁶ Anders wohl *Dolder* in Mitt. 2003, S. 349 ff., der genetische Ressourcen wohl nur als Sachleistung bzw. als materiellen Beitrag zur Erfindung behandelt.

Wie bereits oben festgestellt, ist Miterfinder eine natürliche Person, die durch selbständige, geistige Mitarbeit zum Auffinden des Erfindungsgedanken einen schöpferischen Anteil beigetragen hat, ohne dass dieser selbst erfinderisch zu sein braucht.¹⁰³⁷ Der schöpferische Beitrag muss somit nicht selbst alle Anforderungen an eine patentfähige Erfindung erfüllen.¹⁰³⁸ Es muss sich aber um einen wesentlichen Beitrag¹⁰³⁹ zum Endprodukt der Gesamterfindung handeln.¹⁰⁴⁰ Das Maß der schöpferischen Mitwirkung des einzelnen Miterfinders lässt sich nur an Hand des geschützten Erfindungsgedankens nach dem Problem und dessen Lösung bestimmen.¹⁰⁴¹ Dabei wird deutlich, dass sich die Miterfindergemeinschaft dadurch auszeichnet, dass sie ein Mitwirken, ein gemeinsames und geplantes Zusammenarbeiten¹⁰⁴² aller Beteiligten an dem Endprodukt der Erfindung voraussetzt.¹⁰⁴³ Demnach könnte grundsätzlich das mit den genetischen Ressourcen verbundene traditionelle Wissen einen die Miterfindergemeinschaft begründenden Beitrag darstellen. In der Regel diene bisher das traditionelle Wissen als sog. *starting point* für die Entwicklung eines neuen kommerziellen Produktes insbesondere im Bereich der Medizin.¹⁰⁴⁴ Durch das Zurückgreifen auf traditionelles Wissen konnte gerade bei der Entwicklung von Medikamenten die Suche nach genetischen Ressourcen zu bestimmten Anwendungsmöglichkeiten effektiver gestaltet werden. Dieser erste Ansatzpunkt erleichterte¹⁰⁴⁵ oft die Suche nach neuen brauchbaren Substanzen und trug erheblich zur Kostenreduzierung bei.¹⁰⁴⁶

Problematisch erscheinen hier jedoch bereits das Vorliegen eines gemeinsamen Zusammenwirkens von Anfang an sowie die Einordnung als wesentlicher geistiger Beitrag zum Endprodukt der Erfindung. Die Voraussetzungen an einer Miterfindung sind letztendlich nicht gegeben. Die Miterfindung ist von der bloßen Anregung zu einer späteren Erfindung abzugrenzen. Letztere führt nicht zur Begründung der Miterfindereigenschaft, da ein wesentlicher, gezielter schöpferischer Beitrag zur Entwicklung der technischen Regel bzw. der patentfähigen Erfindung fehlt. In der hier relevanten Konstellation ist nicht davon auszugehen, dass die Träger des traditionellen Wissens von Anfang an mit dem Erfinder und späteren Patentanmelder an

¹⁰³⁷ Kühnen, in: Schulte, Patentgesetz mit EPÜ, § 6 Rn. 19, 20.

¹⁰³⁸ BGH GRUR 2004, 50, 51 re. Sp. – Verkranzungsverfahren.

¹⁰³⁹ Siehe für Beispiele zur Frage des wesentlichen Beitrages zur Erfindung ausführlich Melullis, in: Benkard, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, § 6 Rn. 32 b, und 32 c.

¹⁰⁴⁰ BGH GRUR 78, 583 (14) – Motorkettensäge; 66, 558 – Spannplatte; GRUR 2004, 50, 51 (II2) – Verkranzungsverfahren.

¹⁰⁴¹ Melullis, in: Benkard, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, § 6 Rn. 32 e.

¹⁰⁴² Keukenschrijver, in: Busse, Patentgesetz, § 6 Rn. 33.

¹⁰⁴³ Kühnen, in: Schulte, Patentgesetz mit EPÜ, § 6 Rn. 20.

¹⁰⁴⁴ Für zahlreiche Beispiele bekannter Medikamente, die auf traditionelles Wissen zurückzuführen sind, siehe Gehl Sampath, Regulating Bioprospecting, S. 1.

¹⁰⁴⁵ Vgl. dazu auch Markowski, Der gewerbliche Rechtsschutz in den Ländern der Andengemeinschaft, S. 134.

¹⁰⁴⁶ Vgl. dazu Pacón, in: Wolfrum/Stoll (Hrsg.): European Workshop on Genetic Resources Issues and Related Aspects, S. 139 f.; Blackeney, EIPR 1997, S. 298.

der Entwicklung der Erfindung gezielt zusammengewirkt haben. Das traditionelle Wissen dient dem Erfinder und späteren Patentanmelder in der Regel nur als Anlass oder Inspiration, um auf die Idee zur Entwicklung der späteren Erfindung zu kommen. Zudem ist das traditionelle Wissen seiner Natur nach nicht direkt auf die Entwicklung einer späteren Erfindung im Sinne des Patentrechts ausgerichtet. Ein gemeinsames Handeln bzw. gemeinschaftliches Zusammenwirken im Sinne einer Miterfindergemeinschaft nach dem Verständnis des Patentrechts wird gerade in den hier relevanten Fällen nicht vorliegen. Denn grundsätzlich ist das traditionelle Wissen in der Regel dadurch gekennzeichnet, dass es sich überwiegend um reine Erkenntnisse bzw. Entdeckungen handelt, die für einen Patentschutz nicht ausreichen¹⁰⁴⁷ und von der Erfindung abzugrenzen sind. Zudem besteht dieses Wissen nicht individuell, sondern wird in der Regel von einer Gruppe gemeinschaftlich getragen. Damit genügt das traditionelle Wissen grundsätzlich nicht den Anforderungen an einen wesentlichen schöpferischen Beitrag an einer Miterfindung im Sinne des Patentrechtssystems. Folglich steht den indigenen Gemeinschaften als Träger dieses Wissens grundsätzlich kein gemeinschaftliches Recht auf das Patent zu, aus dem sie Beteiligungsansprüche gegen den (Mit-)Erfinder ableiten könnten.

Damit genügen genetische Ressourcen und das damit verbundene traditionelle Wissen nicht den Anforderungen an einen wesentlichen schöpferischen und somit eine Miterfindung begründenden Beitrag. Beteiligungsansprüche gemäß § 8 PatG scheiden somit aus.

e. Ansprüche aus §§ 946 ff. BGB

Dem Berechtigten an genetischen Ressourcen könnte ein Anspruch auf Beteiligung an den Erträgen der Erfindung aus §§ 946 ff. BGB zustehen. Ein derartiger Anspruch kann nur dann bestehen, wenn durch die Verwendung der genetischen Ressourcen und/oder des damit verbundenen traditionellen Wissens als Ausgangsmaterial für die Verwirklichung der Erfindung eine Miterfindung entstanden wäre.¹⁰⁴⁸ Wie bereits oben festgestellt, sind genetische Ressourcen und traditionelles Wissen als Informationen und somit als Beiträge in Gestalt von Information und somit nicht als „Sache“ bzw. „Gegenstände“ im Sinne der §§ 946 ff. BGB zu sehen. Damit scheidet die Begründung von Miteigentum an der Erfindung als neu entwickeltes Produkt als Folge einer sachenrechtlichen Verbindung, Verarbeitung oder Vermischung aus.

¹⁰⁴⁷ § 1 Abs. 3 Nr. PatG. *Bacher/Melullis*, in: *Benkard*, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, § 1 Rn. 44.

¹⁰⁴⁸ §§ 6 Abs. 2 PatG, §§ 741 ff. BGB.

f. Schadensersatzansprüche aus Delikt, §§ 823 ff. BGB

Ferner kommen außervertragliche Schadensersatzansprüche des Berechtigten gegen den Patentanmelder aus Delikt, §§ 823 ff. BGB, in Betracht.¹⁰⁴⁹

Hierfür müsste zunächst eine unerlaubte Handlung im Sinne dieser Vorschriften vorliegen. Zu denken wäre insbesondere an die Verletzung eines Schutzgesetzes.¹⁰⁵⁰ Hierbei läge die Verletzungshandlung in der Erfüllung des in einem Schutzgesetz normierten Tatbestandes.¹⁰⁵¹ Schutzgesetze im Sinne des Deliktsrechts sind jede Rechtsnorm, § 2 EGBGB.¹⁰⁵² Der Verstoß gegen die Zugangs- und Teilhabeordnung im Herkunftsstaat könnte auf zwei Arten erfolgt sein: Bei der ersten Möglichkeit wird der Erwerber der Ressourcen es typischerweise unterlassen, die erforderliche staatliche Genehmigung für seine Aktivitäten zu erwirken. Er wird also die Zugangs- und Teilhabeordnung des betreffenden Herkunftsstaates nicht befolgt und keine hoheitliche Genehmigung für sein Handeln eingeholt haben.¹⁰⁵³ Bei der zweiten denkbaren Konstellation wird der Patentanmelder nach dem Erwerb der Ressourcen es unterlassen haben, die zuständigen staatlichen oder privaten Stellen über seine künftigen Verwertungsabsichten im Sinne erfinderischer Tätigkeiten gemäß dem Patentrecht eines anderen Staates zu informieren. Damit wird er es zugleich unterlassen haben, einen gemäß Art. 15 Abs. 4 und Abs. 7 CBD und den entsprechenden innerstaatlichen Umsetzungsregelungen des Herkunftsstaates vorgesehenen Vertrag über die Nutzung des biologischen Materials und über die korrespondierende gerechte Teilhabe an den potentiellen wirtschaftlichen Vermögensvorteilen abzuschließen. Zudem dürfte die Ausfuhr des biologischen Materials ohne staatliche Genehmigung zollrechtliche Straftatbestände im Herkunftsstaat erfüllen.

Auch bei Bejahung einer unerlaubten Handlung nach dem Zivilrecht des Anmeldestaates erscheint es in diesem Zusammenhang allerdings schon problematisch, ob ein wirtschaftlicher Erfolg der Erfindung auf Seiten des Patentanmelders als Schaden im Sinne eines unfreiwilligen Vermögensopfers auf Seiten des Berechtigten an den genetischen Ressourcen qualifiziert werden kann. Als Schadenskategorie käme nur der Schaden in Form des entgangenen Gewinns (§ 252 BGB) in Betracht.

¹⁰⁴⁹ Begehungsort ist neben dem Ort, an dem der Täter gehandelt hat (Handlungsort), auch der, an dem der Erfolg der Handlung eingetreten ist (Erfolgs- oder Verletzungsort), *Sprau*, in: *Palandt*, BGB, Einf. v. § 823 Rn. 39. Für die Frage des Gerichtsstandes wäre hier an den Erfolgsort zu denken, der in dem Staat gesehen werden könnte, wo das Patent angemeldet wird, wenn man auf das Entstehen des Monopolrechts abstellt.

¹⁰⁵⁰ § 823 Abs. 2 BGB.

¹⁰⁵¹ *Sprau*, in: *Palandt*, BGB, § 823 Rn 56.

¹⁰⁵² Darunter fallen u.a. Gesetze im formellen Sinn einschließlich Staatsverträge, Rechtsverordnungen, autonome Satzungen und Gewohnheitsrecht, *Thorn*, in: *Palandt*, § 2 EGBGB, Rn. 1.

¹⁰⁵³ Je nachdem, wie die Zugangs- und Teilhabeordnung der CBD in innerstaatliches Recht umgesetzt worden ist, können für unterschiedliche Tätigkeiten verschiedene staatliche Genehmigungen erforderlich sein. Genehmigungen können zum Beispiel schon für das bloße Suchen von biologischem Material und dann auch noch für den sachenrechtlichen Erwerb des biologischen Materials erforderlich sein.

Diese Art von Schaden wird in den Fällen der Patentierung einer Erfindung, die auf genetischen Ressourcen basiert, im Regelfall gerade nicht entstehen. In der hier relevanten Konstellation würde ohne die Tätigkeit des Patentanmelders auf Seiten des Berechtigten gerade nichts passieren. Ein wirtschaftlicher Gewinn, um den der Berechtigte an den genetischen Ressourcen im Herkunftsstaat gebracht worden wäre, würde ohne die Aktivitäten des Erfinders bzw. des späteren Patentanmelders nicht entstehen. Ferner kann die Frage, welcher Kategorie dieser Schaden zugeordnet werden kann, offen gelassen werden, weil die betreffenden genetischen Ressourcen als Kategorie weiterhin als Ausgangsmaterial für Erfindungstätigkeiten zur Verfügung stehen. Das bedeutet, dass Dritte die gleiche Kategorie von genetischen Ressourcen zu Erfindungszwecken nutzen können und dadurch dem Berechtigten noch die Möglichkeit einer Gewinnbeteiligung offen steht bzw. nicht ausgeschlossen ist. Der Annahme eines außervertraglichen Schadensersatzanspruchs des Berechtigten steht zudem das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot entgegen. Demnach darf ein Schadensersatzanspruch den Geschädigten nicht besser stellen, als dieser ohne die schädigende Handlung stünde.¹⁰⁵⁴ Dies wäre hier der Fall, weil ein unfreiwilliges Vermögensopfer sehr unrealistisch erscheint und zudem die Chancen einer Gewinnbeteiligung nicht ausgeschlossen wären.

In Frage käme auch die widerrechtliche Verletzung eines sonstigen Rechts im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. Ein sonstiges Recht im Sinne dieser Vorschrift sind auch Immaterialgüterrechte.¹⁰⁵⁵ Das Recht an der Erfindung hat vermögenswerten Charakter und ist somit insbesondere sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB.¹⁰⁵⁶ Aus den oben genannten Gründen liegen eine Miterfindung und damit die Miterfindereigenschaft des Berechtigten am genetischen Material und/oder am damit verbundenen traditionellen Wissen an der ressourcenbasierten Erfindung aber nicht vor. Ein Recht an der Erfindung ist nicht entstanden.¹⁰⁵⁷ Somit liegt eine Verletzung eines sonstigen Rechts aus § 823 Abs. 1 BGB nicht vor.

Demnach begegnet die Annahme eines außervertraglichen Schadensersatzanspruchs zahlreichen Bedenken. Ansprüche des Berechtigten gemäß § 823 BGB scheiden aus.

g. Ungerechtfertigte Bereicherung, §§ 812 BGB

Denkbar ist weiterhin ein Anspruch des Berechtigten an den genetischen Ressourcen und/oder dem damit verbundenen traditionellen Wissen gegenüber dem Erfinder bzw. späteren Patentanmelder auf Herausgabe des Erlangten wegen un-

¹⁰⁵⁴ Siehe zu den Grundgedanken des Schadensrechts *Heinrichs*, in: *Palandt*, BGB, Vor. V. § 249 Rn. 4 - 6.

¹⁰⁵⁵ *Sprau*, in: *Palandt*, BGB, § 823 Rn.15.

¹⁰⁵⁶ *Mes*, PatG, GebrMG, § 8 Rn. 6.

¹⁰⁵⁷ Im Einzelnen zu diesem Ergebnis siehe oben unter II. d.

gerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 BGB.¹⁰⁵⁸ Der Erfinder bzw. spätere Patentanmelder müsste durch eine Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten – hier des Berechtigten an den genetischen Ressourcen – etwas ohne rechtlichen Grund erlangt haben.¹⁰⁵⁹ Das Erlangte im Sinne des Bereicherungsanspruchs kann in dem durch die Nutzung der Erfindung bzw. des Patents erzielten Gewinn liegen. Regelmäßig wird es bei solchen Konstellationen am Unmittelbarkeitserfordernis zwischen dem Erlangten und der Bereicherungshandlung mangeln. Denn Voraussetzung für einen Vermögensvorteil des Bereicherten muss unmittelbar ein Vermögensnachteil des Entreicherten gegenüberstehen. Diese Voraussetzung dürfte aus zwei Gründen zu verneinen sein: Der Gewinn, der durch die Nutzung der Erfindung bzw. des Patents als Monopolrecht entsteht, wird regelmäßig nicht das durch die Bereicherungshandlung auf Kosten des Berechtigten an den genetischen Ressourcen und zugleich Verletzten im Sinne des Bereicherungsrechts primär Erlangte darstellen. Zudem dürfte es in der hier relevanten Konstellation am Kausalzusammenhang zwischen dem Vermögensvorteil des Bereicherten und der Vermögenseinbuße¹⁰⁶⁰ des Berechtigten an den genetischen Ressourcen fehlen. Denn der durch die kommerzielle Verwertung der Erfindung erzielte Vermögensvorteil stammt nicht unmittelbar aus dem Vermögen des Verletzten, also des Berechtigten an den genetischen Ressourcen. Ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Vorteil auf Seiten des bereicherten Verwerter der Ressourcen und der Einbuße auf Seiten des Berechtigten ist somit zu verneinen.

h. Geschäftsanmaßung/angemaßte Eigengeschäftsanmaßung (GoA),
§§ 677 BGB

Da in der hier relevanten Konstellation von einem Fremdgeschäftsführungswillen¹⁰⁶¹ seitens des Patentanmelders nicht auszugehen ist, scheidet die Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) gemäß §§ 677 ff. BGB aus. Zu klären bleibt, wie es sich mit einem Anspruch des Berechtigten an den genetischen Ressourcen gegen den Erfinder bzw. späteren Patentanmelder aus angemessener Eigengeschäftsführung verhält, § 687 Abs. 2 BGB. Fraglich ist demnach, ob der Berechtigte (Geschäftsherr) von dem Erfinder bzw. späteren Patentanmelder aufgrund angemessener Geschäftsführung nach den Regeln der unechten GoA eine Gewinnherausgabe

¹⁰⁵⁸ Ansprüche aus §§ 812 ff. BGB unterliegen dem Recht des Staates, in dem die Bereicherung eingetreten ist, Art. 10 Abs. 3 Rom II.

¹⁰⁵⁹ Auf die Differenzierung, ob es sich hier um einen Fall der Leistungskondition oder der Nichtleistungskondition handelt, braucht im Ergebnis nicht näher eingegangen zu werden, da der Bereicherungsanspruch bereits an anderen Voraussetzungen scheitert. Hier wird aber eher der Fall der Nichtleistungskondition in Betracht kommen.

¹⁰⁶⁰ Auf die Frage des wirtschaftlichen Wertes von genetischen Ressourcen kommt es vorliegend nicht an.

¹⁰⁶¹ Fremdgeschäftsführungswille ist der Wille des Geschäftsführers, für einen anderen zu handeln. Siehe dazu *Schwark*, JuS (1984), S. 321 ff.

oder eine Gewinnbeteiligung fordern kann, §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB.¹⁰⁶² Der Erfinder bzw. spätere Patentanmelder müsste zunächst ein objektiv fremdes Geschäft führen. Der Erfindungsvorgang und die spätere Patentanmeldung müssten als ein objektiv fremdes Geschäft qualifiziert werden können. Ferner müsste der Geschäftsführer um die Fremdheit des Geschäfts und seine fehlende Berechtigung wissen, aber trotz dieses Bewusstseins das Geschäft nicht als fremdes, sondern eigennützig, d.h. in der Absicht führen, es als eigenes Geschäft zu betreiben.¹⁰⁶³

Ein objektiv fremdes Geschäft liegt dann vor, wenn es schon nach seiner Natur, seinem Inhalt und seinem äußeren Erscheinungsbild in den Rechts- und Interessenskreis eines anderen als den des Geschäftsführers fällt.¹⁰⁶⁴ Zwar braucht die Person des Geschäftsherrn dem Geschäftsführer nicht ausdrücklich bekannt zu sein.¹⁰⁶⁵ Die Annahme eines solchen objektiv fremden Geschäfts erscheint in der hier relevanten Konstellation aber schwerlich begründbar. Derzeit räumt das Gesetz dem Berechtigten an biologischen Ressourcen, der nur einen materiellen Beitrag zur Erfindung zur Verfügung stellt,¹⁰⁶⁶ zum einen keine Rechtsposition als Miterfinder ein und somit auch keinen Anspruch auf Mitinhaberschaft an der Patentanmeldung. Zum anderen führt nach derzeitiger Rechtslage die konventionswidrige (der CBD entgegenstehende) Aneignung an Eigentum an genetischem Ausgangsmaterial nicht zur Rechtswidrigkeit einer auf dem genetischen Ausgangsmaterial beruhenden Erfindung.

Demnach maßt sich der Erfinder und spätere Patentanmelder nach objektiven Kriterien kein fremdes Geschäft an. Durch die Erfindungstätigkeit und die spätere Patentanmeldung seiner Erfindung führt der Erfinder und spätere Patentanmelder sein eigenes Geschäft. Das erforderliche Unrechtsbewusstsein des Geschäftsführers lässt sich zudem hier schwer konstruieren. Dieses Unrechtsbewusstsein auf Seiten des Geschäftsführers müsste hinsichtlich der Fremdheit des besorgten Geschäfts oder zumindest hinsichtlich der Widerrechtlichkeit seines Eingreifens vorliegen, wobei anstelle des tatsächlichen Wissens auch ein Wissenmüssen genügen würde.¹⁰⁶⁷ Aufgrund der geltenden Rechtslage wird sich ein derartiges Unrechtsbewusstsein kaum nachweisen lassen, insbesondere dann nicht, wenn der Erfinder das biologische Ausgangsmaterial über mehrere Handelsstufen bzw. Zwischenhändler erworben hat.

¹⁰⁶² Hierbei wäre zu berücksichtigen, dass gemäß § 687 Abs. 2 S. 2 BGB, wenn der Geschäftsherr vom Geschäftsführer dessen Gewinn aus der Geschäftsführung herausverlangt, dieser umgekehrt den Geschäftsführer dessen Aufwendungen nach Bereicherungsrecht ersetzen muss. Demnach hat der Geschäftsführer einen Gegenanspruch aus Aufwendungskondition. In der Regel wird dieser Anspruch nur auf einen Abzug von dem herauszugebenden Gewinn hinauslaufen.

¹⁰⁶³ Palandt, BGB, § 687 Rn. 2.

¹⁰⁶⁴ Sprau, in: Palandt, BGB, § 677 Rn. 4.

¹⁰⁶⁵ Vgl. Sprau, in: Palandt, BGB, § 677 Rn. 8.

¹⁰⁶⁶ Das Patentrecht schützt nur die schöpferische Leistung und nicht die bloße Zurverfügungstellung von Ressourcen als Ausgangsmaterial für die Erfindung.

¹⁰⁶⁷ BGHZ 20, 345, 353; 26, 349, 351 und 57, 116, 118; vgl. Sprau, in: Palandt, § 677 Rn. 10 und § 687 Rn. 2 und 6.

i. Ergebnis

Die oben dargestellte Prüfung hinsichtlich der in Betracht kommenden Partizipationsmöglichkeiten des Berechtigten an den genetischen Ressourcen im Anmeldestaat Deutschland zeigt deutlich, dass nach der aktuellen Gesetzeslage bzw. nach dem materiellen Recht des Anmeldestaates es in der Praxis ausgeschlossen ist, dass dem Berechtigten ein Entgeltanspruch *ex lege* als Folge einer Patentanmeldung bzw. Patenterteilung für eine Erfindung, die auf *seinen* genetischen Ressourcen basiert, zusteht. Die angesprochenen Partizipationsmöglichkeiten haben letztlich keine rechtliche Grundlage, da die Durchsetzung von Teilhabeinteressen keine adäquate Anknüpfung im Rechtsschutzsystem eines Anmeldestaats wie z.B. Deutschland findet. Demnach ist eine Regelung, die für die Zurverfügungstellung von genetischen Ressourcen und traditionellem Wissen eine Rechtsposition in Form eines Teilhaberechts zuspricht, der Rechtsordnung der Anmeldestaaten, hier der als Beispielsfall herangezogenen deutschen Rechtsordnung, fremd.¹⁰⁶⁸

Für die Frage, ob zivilrechtliche Verfolgungsansprüche nach deutschem Recht in Betracht kommen, kommt es darauf an, ob dem ursprünglich Verfügungsberechtigten – der Privatperson, der öffentlichen Einrichtung oder auch dem Staat – wegen unzulässiger Entziehung von genetischem Material Herausgabeansprüche auf der Grundlage von Eigentumsrechten oder Schadensansprüche nach dem Recht der unerlaubten Handlung zustehen. Wie bereits ausgeführt, lässt sich diese Frage kaum abstrakt sondern vielmehr nur im Einzelfall beurteilen und zwar, wenn Einzelheiten über die Rechtslage in dem entsprechenden ausländischen Staat bekannt sind. Hierfür ist die ausländische Zugangsregelung sowie das ausländische und das deutsche Kollisionsrecht bei der Beurteilung heranzuziehen. So ist insbesondere die Frage zu klären, ob die ausländische Zugangsregelung an private Verfügungsrechte anknüpft und Deliktsansprüche vorsieht und wem solche Rechte zustehen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 40 EGBGB Schadensersatzansprüche für im Ausland begangene unerlaubte Handlungen in der Bundesrepublik Deutschland unter Beachtung der dort genannten Einschränkungen durchgesetzt werden können. Auch sachenrechtliche Regelungen, die für genetisches Material im Ursprungsland gelten, können Berücksichtigung finden, wenn das Material nach Deutschland verbracht worden ist.¹⁰⁶⁹ Wenn im Ausland nach der dort geltenden Rechtsordnung kein Erwerb des Eigentums stattgefunden hat, so tritt ein Eigentumserwerb auch nicht dadurch ein, dass die Sache in den deutschen Hoheitsbereich eingeführt wird. Bei Vermischung, Verarbeitung oder Verbindung kann der oben angesprochene Entschädigungstatbestand des § 951 BGB in Betracht kommen.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁸ Vgl. zu diesem Ergebnis auch Dolder, Mitt. (2003), S. 349 (356 f.).

¹⁰⁶⁹ Heldrich in: Palandt, a.a.O., Kommentierung zu Art. 38 EGBGB Anm. 2–4.

¹⁰⁷⁰ Siehe hierzu Bassenge in: Palandt, a.a.O. § 950 BGB Rn. 3a.

2. Nicht-Partizipation – Patentangriff nach dem Patentgesetz des Anmeldestaates

Der Berechtigte an den genetischen Ressourcen und/oder an dem damit verbundenen traditionellen Wissen könnte sich auch gegen den Versuch einer Partizipation am wirtschaftlichen Ertrag der ressourcenbasierten Erfindung entscheiden und das Patent angreifen. Dafür könnte er auf die Rechtsbehelfe aus dem betreffenden Patentrecht des Schutzlandes¹⁰⁷¹ zurückgreifen. Diese Rechtsmittel würden auf die Vernichtung des bereits entstandenen patentrechtlichen Monopols auf Seiten des Erfinders, der das Patent auf die ressourcenbasierte Erfindung erhalten hat, zielen. Diese Rechtsbehelfe sind für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union im EPÜ geregelt, wobei für die konventionsautonomen Begriffe das Recht des Schutzlandes maßgeblich ist. Im Vergleich zu den oben besprochenen Möglichkeiten der Partizipation am wirtschaftlichen Erfolg der Erfindung ist der ökonomische Nutzen dieses nicht partizipativen Vorgehens fraglich und gegebenenfalls nur sehr gering. Im Vordergrund dürften hier vielmehr ideelle Aspekte bzw. eine ideologische Motivation auf Seiten der Berechtigten in den Herkunftsstaaten im Hinblick auf die Beurteilung des Patentrechtssystems der Industriestaaten stehen.

a. Das Europäische Patentübereinkommen

Alle europäischen Staaten verfügen jeweils über ein nationales Patentgesetz und institutionalisierte Verfahren im Bereich des Patentrechts. Die internationale Rechtssetzung auf dem Gebiet des Patentrechts ist demgegenüber außerordentlich komplex, wobei ihre Ansätze bis in das 19. Jahrhundert zurückreichen.¹⁰⁷² Demnach

¹⁰⁷¹ Der Staat, in dem das Patent erteilt worden ist. Nach dem Schutzlandprinzip (*lex loci protectionis*) gilt das Recht des Staates, für dessen Gebiet der Schutz des Immaterialgüterrechts beansprucht wird. Dies wird aus dem Territorialitätsprinzip hergeleitet. Da ein Staat nur innerhalb seines Hoheitsgebiets Immaterialgüter schützen kann, muss für dieses Hoheitsgebiet dann auch allein sein Recht gelten. Siehe für das Patentrecht *Keukenschrijver*, in: *Busse*, Patentgesetz, Einl. Rn. 76.

¹⁰⁷² Fragen der Harmonisierung eines konkreten Rechtsbereiches auf internationaler Ebene werden kaum kontroverser geführt als im Falle des gewerblichen Rechtsschutzes. Trotz aller Meinungsverschiedenheiten ist hier festzustellen, dass diese internationalen Harmonisierungsbestrebungen auch nicht durch noch offene rechtspolitische Fragen, wie zum Beispiel das Patentieren von lebenden Organismen, behindert werden, sondern weiterhin aktiv verfolgt werden. Ihren Anfang fanden die ersten international übergreifenden Harmonisierungsbestrebungen mit der Unterzeichnung der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums vom 20. März 1883 (PVÜ). In den folgenden Jahrzehnten wurden mit dem Abschluss von internationalen Verträgen die Bemühungen fortgesetzt, um einen einheitlichen Mindeststandard für Patentierbarkeitsvoraussetzungen zu erreichen. Diese Harmonisierungsbestrebungen mündeten auf internationaler Ebene in der Unterzeichnung des Vertrages über die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Patentwesens vom 19. Juni 1970 (PCT), des TRIPs-Abkommens von 1994 und der Patent Law Treaty (PLT) vom 1. Juni 2000, obwohl sie zum Teil zunächst auf Ablehnung gestoßen waren. So ist insbesondere die Einbeziehung des Schutzes des geistigen Eigentums in der Form des TRIPs-Abkommen in die GATT-Verhandlungen in den Ländern Lateinamerikas und anderen Entwicklungsländern sehr stark auf Kritik gestoßen,

unterliegt zum Beispiel das (nationale) Patentrecht den Regelungen der Pariser Verbandsübereinkunft.¹⁰⁷³ Die zunächst von 11 Staaten auf der Pariser Konferenz von 1883 geschlossene Übereinkunft verfolgte das Ziel, den Schutz der Erfindungen, der Muster und Modelle, der Fabrik- oder Handelsmarken und der Handelsnamen sowie die Unterdrückung des unlauteren Wettbewerbs in den Verbandsstaaten zu erreichen. Wesentliches Prinzip der Übereinkunft ist das Assimilationsprinzip¹⁰⁷⁴, wonach verbandsangehörigen Ausländern in allen Verbandsstaaten derselbe Schutz wie Inländern zu gewähren ist.¹⁰⁷⁵ Zudem enthält die PVÜ das Prioritätsrecht, wonach derjenige, der in einem Verbandsland eine Erfindung vorschriftsmäßig angemeldet hat, eine Anmeldung mit dem Gegenstand derselben Erfindung innerhalb von 12 Monaten in anderen Verbandsländern einreichen kann. Dabei bewirkt die wirksame Inanspruchnahme der Priorität, dass der zwischen der Erstanmeldung und der Nachanmeldung entstandene Stand der Technik nicht patentschädlich

weil darin die Durchsetzung einseitiger Interessen der Industriestaaten gesehen wurde. Diese internationalen Verträge haben mit ihrem Inkrafttreten das internationale Verständnis in Bezug auf Mindestschutzstandards insbesondere auf dem Gebiet des Urheberrechts und des gewerblichen Rechtsschutzes durchgreifend geprägt und durchgesetzt.

¹⁰⁷³ Siehe Art. 1 Abs. 2 PVÜ. Der Weg zur Unterzeichnung internationaler Abkommen auf dem Gebiet des internationalen Patentrechts fand seinen Anfang in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bei dem anlässlich der Weltausstellung in Wien 1873 zusammengekommenen Patentkongress. Im Rahmen des Wiener Patentkongresses wurde die Notwendigkeit einer internationalen Verständigung über den Patentschutz anerkannt und zunächst die Schaffung eines einheitlichen Rechts in den einzelnen Staaten angedacht. Siehe dazu ausführlich *Knopp*, GRUR Int. 1997, S. 583 (584). Dieser Ansatz wurde aber sehr bald auf Grund der Verschiedenheit der nationalen Rechtsgrundsätze zunächst nicht weiter verfolgt. Demzufolge zielten in der Folgezeit die Bemühungen darauf ab, den Schutz für Ausländer im Inland zu erreichen (siehe *Hubmann/Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 40 f., Rn. 4). Die Realisierung dieses Zieles fand seine Ausgestaltung einerseits im Abschluss von bilateralen Staatsverträgen und andererseits in der Bildung eines internationalen Verbandes zum Schutz des gewerblichen Eigentums. Den ersten Weg hat das damalige Deutsche Reich beschritten. 1891 schloss es mit Österreich-Ungarn ein Übereinkommen über den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz ab. 1892 folgten dann Verträge mit Italien und der Schweiz. Auch die folgenden Verträge beruhen auf dem Assimilationsprinzip, d.h. sie dienen dazu, den Ausländern im Inland den gleichen Schutz zu sichern, den Inländer genießen. Deutschland trat der Pariser Konvention am 1. Mai 1903 bei. Der Beitritt Österreichs erfolgte 1907. So wurde die privat gestartete Initiative des Wiener Patentkongresses unter deutlich verstärkter staatlicher Beteiligung durch den Pariser Kongress von 1878 aufgegriffen, der letztendlich unter französischer Leitung zur Ausarbeitung und zum Abschluss des Pariser Übereinkommens von 1883 führte (auch „Pariser Konvention“ genannt). Bereits bei ihrer Ausgestaltung ist die Konvention als erster Versuch angesehen worden, einen einheitlichen Rechtsschutz in den verschiedenen Staaten zu erreichen. Aus diesem Grund ist in ihr die periodische Revision zur Verbesserung des Systems vorgesehen. Der internationale gewerbliche Rechtsschutz ruht heutzutage noch auf dem durch dieses Verbandsübereinkommen und seine folgenden Nebenabkommen geschaffenen Fundament.

¹⁰⁷⁴ Grundsatz der Inländerbehandlung.

¹⁰⁷⁵ *Hubmann/Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 41, Rn. 6.

ist.¹⁰⁷⁶ Nach Art. 1 Abs. 2 PVÜ hat der Schutz des gewerblichen Eigentums die Erfindungspatente, die Gebrauchsmuster, die gewerblichen Muster oder Modelle, die Fabrik- oder Handelsmarken, die Dienstleistungsmarken, den Handelsnamen und die Herkunftsangaben oder Ursprungsbezeichnungen sowie die Unterdrückung des unlauteren Wettbewerbs zum Gegenstand. Gemäß Art. 1 Abs. 3 PVÜ wird das gewerbliche Eigentum „in der weitesten Bedeutung verstanden und bezieht sich nicht allein auf Gewerbe und Handel im eigentlichen Sinn des Wortes, sondern ebenso auf das Gebiet der Landwirtschaft und der Gewinnung der Bodenschätze und auf alle Fabrikate oder Naturerzeugnisse.“¹⁰⁷⁷

Zur Verbesserung des gewerblichen Rechtsschutzes sind zudem gemäß Art. 19 PVÜ weitere internationale Abkommen möglich. Ein Vertrag nach dieser Vorschrift stellt der Patentrechtszusammenarbeitsvertrag (*Patent Cooperation Treaty*, PCT) aus dem Jahre 1976 dar.¹⁰⁷⁸ Nach diesem Vertrag ist durch ein einziges Anmeldeverfahren, die sog. internationale Anmeldung, möglich, mehrere nationale Patente zu erhalten. Dabei richtet sich aber die Erteilung der Patente sowie das zugrundeliegende Verfahren nach den jeweiligen nationalen Rechten (s. Art. 3 ff. PCT und Art. III IntPatÜG). Der PCT trifft keine Regelungen in Bezug auf den Schutz biotechnologischer Erfindungen. Der Schwerpunkt dieses Vertrages liegt nicht in der Harmonisierung des Patentrechts im materiellrechtlichen Bereich, sondern zielt darauf ab, das patentrechtliche Verfahren auf internationaler Ebene zu erleichtern.

Nicht zu verwechseln mit dem EG-Recht ist das Europäische Patentübereinkommen.¹⁰⁷⁹ Durch das EPÜ¹⁰⁸⁰ wird durch eine einzige Anmeldung die Erlangung eines Bündels nationaler Patente für die Mitgliedstaaten dieses Abkommens ermöglicht, und zwar sofern der Antragsteller diese eigens bezeichnet. Anders als beim

¹⁰⁷⁶ Brandi-Dohrn/Gruber/Muir, Europäisches und Internationales Patentrecht, S. 1, Rn. 1.02. (5.Auflage, 2002).

¹⁰⁷⁷ Demnach steht Art. 1 Abs. 3 PVÜ einer Zuordnung von Pflanzen- und Tierzüchtungen als Gegenstand des gewerblichen Eigentums nicht entgegen. Die PVÜ trifft aber hinsichtlich der Ausgestaltung dieses Schutzes keine Regelung. Daraus kann geschlossen werden, dass Erfindungen bezüglich Lebewesen an sich nicht von der Patentierung ausgeschlossen sind.

¹⁰⁷⁸ Im Rahmen der Bemühungen um eine effektive internationale Zusammenarbeit im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes ist am 19. Juni 1970 in Washington der Vertrag über die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Patentwesens unterzeichnet worden. Hintergrund dieses Vertrages war der Versuch der Behebung von Schwierigkeiten im patentrechtlichen Verfahren. Der PCT begründet einen Sonderverband nach Art. 19 PVÜ. Nach diesem Vertrag ist insbesondere die Einreichung einer einzigen, die PCT-Bestimmungen erfüllenden internationalen Anmeldung ausreichend, um in den Bestimmungsstaaten die Wirkung einer vorschriftsmäßigen nationalen Anmeldung mit dem Anmeldedatum der internationalen Anmeldung zu entfalten. Damit muss nicht mehr in jedem Bestimmungsland eine eigene Patentanmeldung in der jeweiligen Sprache und unter Beachtung der jeweiligen zum Teil ganz unterschiedlichen Anmeldeverfahren erfolgen. Siehe dazu Brandi-Dohrn/Gruber/Muir, Europäisches und Internationales Patentrecht, S. 1, Rn. 1.03.

¹⁰⁷⁹ Das EPÜ stellt ein weiteres Abkommen nach Art. 19 PVÜ sowie Art. 45 Abs. 1 PCT dar.

¹⁰⁸⁰ Europäisches Patentübereinkommen, EPÜ, vom 5. Oktober 1975, BGBl. 1976 II, 826, in Kraft seit dem 7. Oktober 1976.

PCT wird also auch das Erteilungsverfahren zu einem einzigen Verfahren zusammengefasst.¹⁰⁸¹ Die Art. 52 ff. EPÜ stellen zudem gewisse Mindestanforderungen an die nationalen Patente¹⁰⁸² für die EPÜ-Mitgliedstaaten.¹⁰⁸³ Gemäß Art. 4 EPÜ ist auf regionaler Ebene eine selbstständige Europäische Organisation (EPO) errichtet worden, deren wichtigstes Organ das Europäische Patentamt (EPA)¹⁰⁸⁴ in München ist. Damit kann ein nationales Patent auch über die EPO, also das Europäische Patentamt, erlangt werden. Das EPA führt ein einheitliches Erteilungsverfahren durch: die erteilten Patente sind aber jeweils solche des nationalen Rechts. Das EPÜ ermöglicht somit die Konzentration von Anmeldung und Erteilung in einem einheitlichen Verfahren.¹⁰⁸⁵

Als Angriffsmöglichkeiten auf das Patent stehen dem Berechtigten einerseits das Einspruchsverfahren¹⁰⁸⁶ oder andererseits das Nichtigkeitsverfahren¹⁰⁸⁷ zur Verfügung. Jedermann kann innerhalb einer bestimmten Frist beim EPA Einspruch einlegen, Art. 99 EPÜ; Regel 55 - 63 AOEPÜ. Dabei kann der Antrag auf Widerruf eines Patents nur auf bestimmte Gründe gestützt werden: auf das Fehlen der Patentierbarkeit, auf mangelnde Offenbarung der Erfindung und auf die unzulässige Erweiterung des Gegenstandes der Anmeldung.¹⁰⁸⁸ Die Entscheidung der Einspruchsabteilung¹⁰⁸⁹ lautet auf Widerruf des Patents, wenn einer der genannten Einspruchsgründe dem Patent entgegenstehen. Andernfalls wird der Einspruch zu-

¹⁰⁸¹ *Benkard/Ullmann*, PatG Internationaler Teil, Rdn. 103.

¹⁰⁸² Hierauf hat der deutsche Gesetzgeber mit einer Änderung des Patentgesetzes (Patentgesetz 1981) reagiert. Siehe zu dem möglichen Beitrag der EU, *Tilman*, GRUR 2004, S. 561 ff.

¹⁰⁸³ Mitgliedstaaten sind Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Lettland, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, Monaco, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Schweiz, Slowenien, Slowakei, Spanien, Tschechische Republik, Türkei, Ungarn, Vereinigtes Königreich und Zypern. Der Geltungsbereich des EPÜ ist nicht deckungsgleich mit den Mitgliedstaaten der EU. In diesem Zusammenhang sind noch die Kooperations- und Erstreckungsabkommen zu beachten.

¹⁰⁸⁴ Art. 4 Abs. 2, 6 Abs. 2, 7, 10–25 EPÜ.

¹⁰⁸⁵ Die Patentvoraussetzungen für die EPÜ-Mitgliedstaaten sind in Art. 52 ff. EPÜ für alle vereinheitlicht worden, so dass der Prüfungsmaßstab für alle Mitgliedstaaten der gleiche ist.

¹⁰⁸⁶ Gemäß dem deutschen Patentgesetz haben Dritte nach der Patenterteilung die Möglichkeit, die Patentfähigkeit des Gegenstandes des erteilten Patents zu bestreiten und überprüfen zu lassen, § 59 PatG. Zur Unzulässigkeit nationaler Nichtigkeitsklage „neben“ Einspruchsverfahren siehe BPatG, Urteil vom 21. 12. 2004 - 2 Ni 47/04 (EU) (Strahlungssteuerung), GRUR 2005, S. 498–500.

¹⁰⁸⁷ Siehe Art. 138 EPÜ. Zu den Nichtigkeitsgründen bei europäischen Patenten (fehlende Patentfähigkeit, fehlende Ausführbarkeit, Erweiterung, Schutzbereichserweiterung, Anmeldung durch Nichtberechtigten) siehe *Keukenschrijver*, Patentnichtigkeitsverfahren, RN. 34ff. Das Nichtigkeitsverfahren richtet sich nach dem jeweiligen nationalen Recht.

¹⁰⁸⁸ Art. 100 EPÜ, Regel 55 AOEPÜ.

¹⁰⁸⁹ Die Einspruchsabteilung des EPA prüft zunächst die Zulässigkeit des Einspruchs, Regel 56 AOEPÜ. Im Falle der Zulässigkeit wird geprüft, ob die Einspruchsgründe der Aufrechterhaltung des Patents entgegenstehen, Art. 101 EPÜ, Regel 57, 58 AOEPÜ. Dann ergeht die Entscheidung der Einspruchsstelle.

rückgewiesen oder die Einspruchsabteilung beschließt, im Einverständnis mit dem Patentinhaber, die Aufrechterhaltung des Patents im geänderten Umfang (Art. 102 EPÜ). Im Falle des Widerrufs oder der Aufrechterhaltung in geändertem Umfang gelten die Wirkungen der Anmeldung und des Patents ganz bzw. teilweise als von Anfang an nicht eingetreten (Art. 68 EPÜ). In Bezug auf seine Rechte an genetischen Ressourcen und/oder des damit verbundenen traditionellen Wissens könnte der Berechtigte insbesondere folgende Anfechtungsgründe geltend machen:

b. Neuheit, Art. 54, 55 EPÜ

Grundsätzlich stellt sich hier zunächst die Frage nach der Patentfähigkeit genetischer Ressourcen und des damit verbundenen traditionellen Wissens. Dafür müssten die genetischen Ressourcen¹⁰⁹⁰ und das damit verbundene traditionelle Wissen die Voraussetzungen einer Erfindung im Sinne des Art. 52 Abs. 1 EPÜ erfüllen.¹⁰⁹¹ Nach dem EPÜ ist eine Erfindung patentierbar, wenn sie neu ist, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruht und gewerblich anwendbar ist, Art. 52 Abs. 1 EPÜ. Die Erfindung ist von der bloßen Entdeckung abzugrenzen, die nicht patentfähig ist. Allgemein wird als Erfindung eine Lehre zum technischen Handeln,¹⁰⁹² deren beanspruchter Gegenstand oder deren beanspruchte Tätigkeit technischer Natur, realisierbar und wiederholbar ist und zugleich die Lösung einer Aufgabe durch technische Überlegung darstellt, definiert. Der Begriff der Erfindung wird im EPÜ nicht positiv definiert. Vielmehr wird die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffes der Erfindung der Rechtsprechung und der Lehre überlassen, um damit die Flexibilität und die Anpassung des Begriffs an den jeweils neuesten Stand der Erkenntnisse¹⁰⁹³ des Menschen zu ermöglichen.¹⁰⁹⁴

Eine Erfindung ist neu, wenn sie nicht dem Stand der Technik entspricht (Art. 52 Abs. 1; 54 EPÜ). Dabei umfasst der Stand der Technik alle Kenntnisse, die vor dem für den Zeitrang der Anmeldung maßgeblichen Tag¹⁰⁹⁵ durch schriftliche oder mündliche Beschreibung, durch Benutzung oder in sonstiger Weise der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden sind.¹⁰⁹⁶ Das bedeutet, dass für eine unbestimmte

¹⁰⁹⁰ Siehe ausführlich zu der Frage der Patentierung biologischer Erfindungen nach dem Patentgesetz und EPÜ, *Busche*, GRUR Int (1999), S. 299–306.

¹⁰⁹¹ Die gleichen Voraussetzungen gelten für den *Patent Act*, Sec. 101 *Patent Act*.

¹⁰⁹² Siehe *Ullmann* in: *Benkard*, PatG, Erläuterungsteil, Rn. 45.

¹⁰⁹³ Damit ist dem Erfindungsbegriff eigen, dass er niemals ein für alle Mal feststeht, sondern, dass er sich auch neue Kategorien im naturwissenschaftlichen Bereich anzupassen hat. Der Erfindungsbegriff ist somit entwicklungs offen. Siehe *Ahrens*, GRUR (2003), S. 91; BPatGE 8, S. 133 f.; BGHZ 143, S. 266 f.; BGHZ 72, S. 22 – Rote Taube.

¹⁰⁹⁴ Siehe zur Bildung gemeinsamer Grundsätze durch Rechtsprechung, Wissenschaft und Patentbehörden zur Ausfüllung des Begriffes der Erfindung u.a. *Straus*, FS GRUR I, S. 371, Rn. 11; *Beier/Moufang*, S. 246, Rn. 5; *Krasser*, GRUR (2001), S. 959 ff.

¹⁰⁹⁵ Der Anmeldetag wird auch Prioritätstag bezeichnet. Das Prioritätsrecht ist in Art. 87 EPÜ geregelt.

¹⁰⁹⁶ Art. 54 Abs. 1, 2 EPÜ; § 3 Abs. 1 PatG.

Vielzahl an Personen die Möglichkeit bestanden haben muss, den Gegenstand des Patents wahrzunehmen. Das zugrundeliegende Problem der Erfindung darf demnach nicht im technischen Wissen des Fachmannes bereits vorhanden sein. Hierbei sieht das EPÜ eine absolute Neuheit vor. Neuheitsschädlich sind demnach alle technischen Lehren, die irgendwann vor dem für den Zeitrang der Patentanmeldung maßgeblichen Tag irgendwo auf der Welt in irgendeiner Weise der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden sind. Eine im Ausland vorgenommene öffentliche Vorbenutzung oder dort herrschende Bekanntheit des Erfindungsgegenstandes ist demnach nach dem EPÜ neuheitsschädlich. Im Hinblick auf genetische Ressourcen lässt sich sagen, dass der materielle Beitrag der genetischen Ressource zu einer Erfindung nach der derzeitigen Rechtslage nicht als neuheitsschädlich behandelt wird. Geschützt sind nur intellektuelle schöpferische Leistungen und nicht ein materieller Beitrag zu einer Erfindung.

In Bezug auf das damit verbundene traditionelle Wissen ist grundsätzlich eine differenzierte Betrachtung notwendig. Hier ist zu berücksichtigen, dass das Patentrecht ein geprüftes formelles Schutzrecht ist. Das bedeutet zum einen, dass der Erfinder seine Erfindung beim Europäischen Patentamt anmelden muss, wenn er für diese Patentschutz begehrt.¹⁰⁹⁷ Zum anderen setzt die Anmeldung das Patenterteilungsverfahren in Gang, in dem unter anderem von der Rechercheabteilung auf der Grundlage der Patentansprüche ein europäischer Recherchebericht¹⁰⁹⁸ über den Stand der Technik erstellt wird und zwar unter angemessener Berücksichtigung der Beschreibung und der vorhandenen Zeichnungen in der in der Ausführungsordnung vorgeschriebenen Form, Art. 92 EPÜ. Bei der Prüfung der Neuheit traditionelles Wissen als Stand der Technik zu berücksichtigen, stößt in der Praxis auf eine Hürde. Denn für die Recherche des Standes der Technik zieht der Patentprüfer in der Regel nur die in Datenbanken zugänglichen schriftlichen Dokumente heran. Artikel in Zeitungen oder Fachbücher vervollständigen die Recherchequellen.¹⁰⁹⁹ Die sich anschließende materielle Prüfung¹¹⁰⁰ der Prüfungsabteilung des EPA¹¹⁰¹ stützt sich im Wesentlichen auf die im Recherchebericht niedergelegten Angaben.¹¹⁰² Genügt die Anmeldung oder die Erfindung nicht den Anforderungen des EPÜ, so wird

¹⁰⁹⁷ Zu den Erfordernissen der europäischen Patentanmeldung siehe Art. 78 ff. EPÜ.

¹⁰⁹⁸ Nach seiner Erstellung wird der Recherchebericht dem Anmelder übersandt, der damit die Möglichkeit erhält, gegebenenfalls seine Anmeldung im Rahmen der vorgegebenen Patentansprüche noch zu ändern, Art. 123 EPÜ, Regel 86 ff. AOEPÜ.

¹⁰⁹⁹ Vgl. Art. 92, Regel AOEPÜ. Siehe zum Inhalt und zur Bewertungsgrundlage des Rechercheberichts und der darauf gegründeten Prüfung Heusler/Stauder, in: Singer/Stauder, Europäisches Patentübereinkommen, Art. 92 Rn. 17 ff.

¹¹⁰⁰ Erst nach der Veröffentlichung der Patentanmeldung und des Rechercheberichts kann der Anmelder einen Antrag auf materielle Prüfung der Erfindung stellen, Art. 94 EPÜ.

¹¹⁰¹ Für die Sachprüfung werden zuerst der beauftragte („erster“) Prüfer und anschließend die Prüfungsabteilung insgesamt tätig, wobei letztere üblicherweise keine systematische Recherche mehr durchführt, siehe Heusler/Stauder, in: Singer/Stauder, Europäisches Patentübereinkommen, Art. 94, Rn. 57, 52.

¹¹⁰² Zum Gegenstand der Prüfung siehe Heusler/Stauder, in: Singer/Stauder, Art. 94, Rn. 50–57.

die Prüfungsabteilung die Anmeldung zurückweisen, Art. 97 Abs. 1 EPÜ. Ist die Prüfungsabteilung der Auffassung, dass die europäische Patentanmeldung und die Erfindung, die sie zum Gegenstand hat, den Erfordernissen des EPÜ genügen, so beschließt sie die Erteilung des europäischen Patents für die benannten Vertragsstaaten, Art. 97 Abs. 2 EPÜ.

Strukturelle Besonderheiten des traditionellen Wissens erschweren die Klärung der Frage der Neuheit entsprechend den eben genannten Grundsätzen des EPÜ. Zum einen wird traditionelles Wissen innerhalb der betreffenden Gemeinschaften üblicherweise vertraulich behandelt und gegebenenfalls nur unter ganz bestimmten Einweihungsriten weitergegeben.¹¹⁰³ Zum anderen kann das relevante traditionelle Wissen trotz seiner praktischen Anwendung im Ursprungsland gerade nicht öffentlich zugänglich im Sinne der patentrechtlichen Neuheit einzustufen sein, weil zum Beispiel schlecht reproduzierbare Verfahren oder schwierig zu bestimmende Stoffgemische durch praktische Vorbenutzung nicht automatisch ihren patentrechtlich maßgeblichen Informationsgehalt¹¹⁰⁴ offenbaren.¹¹⁰⁵ Zum anderen kann auf Grund der fehlenden oder unvollständigen Dokumentation des traditionellen Wissens in der Regel der genaue Zeitpunkt, in dem das relevante Wissen öffentlich zugänglich geworden ist, nicht bestimmt werden. Selbst, wenn diese Schwierigkeiten ausgeräumt sein sollten, ist es der Regelfall, dass traditionelles Wissen bei der Prüfung überhaupt nicht berücksichtigt wird, weil die Patentprüfer dieses Wissen nicht wahrnehmen und nur die klassischen Recherchequellen heranziehen. Auch der Fall des „Neem-Patents“¹¹⁰⁶ zeigt, dass es sehr schwierig ist, die mangelnde Neuheit darauf zurückzuführen, dass die Erfindung selber bereits Gegenstand traditionellen Wissens war. Beim „Neem-Patent“ handelt es sich um ein europäisches Patent eines US-Agrarkonzerns für eine ressourcenbasierte Erfindung, die auf der Grundlage genetischer Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen entwickelt wurde. Das europäische Patent EP 0 436 257 B1 mit dem Titel „Verfahren zur Bekämpfung von Pilzen auf Pflanzen mittels hydrophob extrahierten Neemöls“ wurde am 14.

¹¹⁰³ Siehe hierzu *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Progress Report on the Status of Traditional Knowledge as Prior Art, Nr. 9, S. 5 WIPO/GRTKF/IC/2/6 vom 1. Juli 2001; *Arvigo*, Mein Leben als Medizinfrau, zur Weitergabe geheimen therapeutischen Wissens vom *curandero* (Heiler) auf seinen Schüler siehe S. 73, zu dem Thema Einweihungsriten siehe S. 110 f., zum Thema Verrat geheimen Wissens siehe S. 141. Siehe UNEP/CBD/COP/3/19, S. 17, para 79 zu der Bedeutung eigener Verfahren der Entdeckung und des Lehrens indigener Völker aus der Sicht des *Four Direction Councils* kanadischer Indigener.

¹¹⁰⁴ Siehe hierzu ausführlich *Dolder*, Patente auf der Grundlage traditioneller Kenntnisse indigener Gemeinschaften, in: *Ann et al.* (Hrsg.), Materielles Patentrecht, Festschrift für Reimar König, S. 90.

¹¹⁰⁵ Damit könnte das Kriterium der patentrechtlichen Neuheit aber gegebenenfalls bei traditionellem Wissen in der *Public Domain* erfüllt sein.

¹¹⁰⁶ Siehe zum Gegenstand des europäischen sog. „Neem-Patents“, seiner Geschichte und für eine Analyse im Kontext des Einspruchsverfahrens nach dem EPÜ zuletzt ausführlich *Federle*, S. 65 ff.

September 1994 W.R. Grace & Co. – Conn. und dem US-Landwirtschaftsministerium erteilt.¹¹⁰⁷ Gegen die Patenterteilung ist am 14. Juni 1995 Einspruch eingelegt worden,¹¹⁰⁸ wobei beantragt wurde, das Patent wegen mangelnder Patentfähigkeit u.a. nach Art. 53 (a) und (b), 54 (fehlende Neuheit), 56 EPÜ und unzureichender Offenbarung nach Art. 83 EPÜ im Ganzen zu widerrufen.¹¹⁰⁹ Nach eingehender Prüfung widerrief die Einspruchsabteilung¹¹¹⁰ des EPA die Patenterteilung am 10. Mai 2000, wobei sie ihre Entscheidung auf die mangelnde Neuheit der Erfindung stützte (Art. 52 Abs. 1 und 54 EPÜ).¹¹¹¹ Dabei nahm sie eine öffentliche Vorbenutzung der Erfindung an, wobei sie die öffentliche Vorbenutzung insbesondere mit den vorgetragenen Feldversuchen begründete, deren Vornahme in Indien in den Jahren 1985/86 die Einspruchsabteilung aufgrund einer eidesstattlichen Versicherung (Affidavit A7) bei der mündlichen Verhandlung und unter Heranziehung von Zeugenaussagen als erwiesen angesehen hat. Die Tatsache, dass die zugrundeliegende Erfindung auf Neemöl (= genetische Ressourcen) und dessen Wirkungsweisen (traditionelles Wissen, das sich auf die fungizide Wirkung des Neemöls an sich bezog) basiert, spielte bei der Prüfung der Neuheit keine entscheidungserhebliche Rolle. Denn im Ergebnis ergab der Vergleich des geltend gemachten Benutzungsgegenstandes im Rahmen der Feldversuche mit den Merkmalen der Erfindung, dass es sich in beiden Fällen um eine Neemölformulierung mit vergleichbaren Bestandteilen in vergleichbaren Konzentrationen und Zusammensetzung gehandelt hat. Diese Neemölformulierung wurde zum selben Zweck, nämlich um Pilze zu bekämpfen bzw. um Pflanzen vor Pilzen zu schützen, verwendet. Damit lag eine Vorbenutzung

¹¹⁰⁷ Das Patent wurde am 20. Dezember 1990 beim EPA unter der Anmeldenummer 90250319.2 angemeldet.

¹¹⁰⁸ Der Einspruch wurde von der belgischen Abgeordneten der Grünen im Europäischen Parlament *Magda Alvoet* eingelegt. Die *International Federation of Organic Agriculture Movements* aus Deutschland und die *Research Foundation of Science, Technology and Neutral Resource Policy* aus Indien schlossen sich dem Einspruch an.

¹¹⁰⁹ Zudem wurde auch fehlende Klarheit gemäß Art. 84 EPÜ zur Begründung des Widerrufantrages herangezogen.

¹¹¹⁰ Umfassend zur Entscheidung der Einspruchsabteilung des EPA siehe *Federle*, S. 71 ff.

¹¹¹¹ Gegen diese Entscheidung der Einspruchsstelle legten die Patentinhaber einen Hilfsantrag vor, in dem die Patentansprüche insoweit verändert wurden, dass sie als neu gegenüber dem durch die öffentliche Vorbenutzung bestimmten Standes der Technik bewertet werden konnten. Beruhend auf diesem Stand der Technik, stellte nunmehr die Einspruchsabteilung das Fehlen einer erfinderischen Tätigkeit fest. Gegen die Entscheidung der Einspruchsabteilung legten dann die Patentinhaber am 04. April 2001 Beschwerde ein. Die Beschwerde wurde am 08. März 2005 als unbegründet zurückgewiesen, wobei die Beschwerdekammer offen ließ, ob eine öffentliche Vorbenutzung bewiesen werden konnte. Im Wesentlichen stützte sie ihre Entscheidung darauf, dass aus ihrer Sicht aus einem Schriftstück bereits die fehlende erfinderische Tätigkeit durch die Einsprechenden zu entnehmen sei. Der Hilfsantrag wurde von der Beschwerdekammer zurückgewiesen, weil er die Voraussetzungen des Art. 123 EPÜ nicht erfüllte. Siehe zu den Einzelheiten die Entscheidungsgründe für den Widerruf vom 13. Februar 2001, S. 6 ff. und für die Entscheidungsgründe der Beschwerdekammer T 0416/01-332, S. 15 ff.

der Erfindung vor, die auch öffentlich zugänglich¹¹¹² war, da ein nicht begrenzter Personenkreis die Möglichkeit hatte, von der Existenz und dem Inhalt der neuheits-schädlichen Tatsachen genügend Kenntnis zu nehmen. Im vorliegenden Fall sind die Einzelheiten des Extrahierungsverfahrens sowie der Neemölformulierung und ihrer Anwendung einer durch eine unbeschränkte Anzahl von lokalen Landwirten durch Vorführungen belegt worden. Geheimhaltungspflichten bestanden nicht. Damit war die erforderliche öffentliche Vorbenutzung gegeben.

c. Widerrechtliche Entnahme, Art. 60, 61 EPÜ

Es kann auch vorkommen, dass die Anmeldung zum Patent nur deswegen möglich war, weil der Anmelder seine Erkenntnisse, die ihn überhaupt erst zu der Anmeldung befähigt haben, Beschreibungen, Zeichnungen oder Einrichtungen eines anderen oder einem von diesem angewendeten Verfahren entnommen¹¹¹³ hat. Dies kann insbesondere ohne die Einwilligung des anderen, bzw. ohne dass er mit dieser Vorgehensweise einverstanden war, erfolgt sein. Das geltende Patentrecht schützt ausschließlich die schöpferische Leistung; materielle Beiträge zur Erfindung sind dabei irrelevant. Demnach wird ein Vorgehen gegen das Patent oder die Patenterteilung aufgrund einer widerrechtlichen Entnahme nach Art. 61 Abs. 1 lit. c und Art. 138 Abs. 1 lit. e EPÜ bereits daran scheitern, dass der materielle Beitrag eines Berechtigten an biologischen Ressourcen nicht als Erwerbsgrund für ein (Teil-)Recht auf das Patent betrachtet wird. Demnach liegt bei konventionswidrigem Erwerb von biologischen Ressourcen eine widerrechtliche Entnahme (im Sinne einer Entnahme der intellektuellen schöpferischen Leistung eines anderen) im Sinne des geltenden Patentrechts nicht vor.¹¹¹⁴ Eine widerrechtliche Entnahme könnte nur dann zu begründen sein, wenn zwischen dem Berechtigten am genetischen Material und dem (späteren) Erwerber dieses Materials eine vertragliche Vereinbarung aufgrund einer Zugangs- und Teilhabeordnung in den Herkunftsstaaten des genetischen Materials bestünde, in der zusätzlich vereinbart worden ist, den Berechtigten über spätere Kommerzialisierungsabsichten der Ergebnisse einschließlich einer Patentierung von Erfindungen zu informieren, um dessen Zustimmung zu erlangen. In der Regel liegen solche Teilhabevereinbarungen jedoch gerade nicht vor.

¹¹¹² *Moufang*, in: *Schulte*, Patentgesetz mit EPÜ, § 3/Art. 54 Rdn. 53.

¹¹¹³ Hierbei spricht das Gesetz von einer widerrechtlichen Entnahme. Siehe z.B. § 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. 22, 59 (1) PatG. Die Entnahme als solche wird sehr weit ausgelegt. *Rogge*, in: *Benkard*, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, § 21 Rn. 9. Ausführlich zur widerrechtlichen Entnahme siehe *Kraßer*, Erfinderrecht und Widerrechtliche Entnahme, in: *Forkel/Kraft* (Hrsg.), Festschrift Heinrich Hubmann.

¹¹¹⁴ Siehe hierzu auch *Wolfrum/Stoll*, Der Zugang zu genetischen Ressourcen nach dem Übereinkommen über die biologische Vielfalt und dem deutschen Recht, S. 83.

d. Verstoß gegen *ordre public*, Art. 53 (a) EPÜ

Art. 53 (a) EPÜ sieht vor, Patente nicht für Erfindungen zu erteilen, deren Veröffentlichung oder Verwertung gegen die öffentliche Ordnung oder guten Sitten verstoßen würde. Ferner bestimmt Art. 53 (a) EPÜ, dass ein solcher Verstoß nicht allein aus der Tatsache hergeleitet werden kann, dass die Verwertung der Erfindung in allen oder einem Teil der Vertragsstaaten durch Gesetz oder Verwaltungsvorschrift verboten ist.¹¹¹⁵ Zu bemerken ist, dass es hierbei nicht darauf ankommt, ob die Patenterteilung selbst gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstößt, da sich die Schranken des Art. 53 (a) EPÜ nur auf die Veröffentlichung und Verwertung des Patents beziehen. Demnach kommt ein Patentierungsverbot nur dann in Betracht, wenn praktisch jede bestimmungsgemäße oder vernünftigerweise in Betracht kommende Verwertung oder Veröffentlichung als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung oder gegen die guten Sitten einzustufen ist.¹¹¹⁶ Der Begriff öffentlichen Ordnung nach Art. 53 (a) EPÜ umfasst den Schutz der öffentlichen Sicherheit und der physischen Unversehrtheit des Individuums als Mitglied der Gesellschaft und rechnet hierzu auch den Schutz der Umwelt. Erfindungen, deren Verwertung voraussichtlich den öffentlichen Frieden oder das friedliche und geordnete Zusammenleben in der Gemeinschaft oder die Umwelt ernsthaft gefährden, sind wegen Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung von der Patentierung auszuschließen.¹¹¹⁷ Der Begriff der guten Sitten nach Art. 53 (a) EPÜ knüpft an die Überzeugung an, dass ein bestimmtes Verhalten richtig und vertretbar, ein anderes dagegen falsch ist; diese Überzeugung gründet sich auf die Gesamtheit der im europäischen Kulturkreis tief verwurzelten und anerkannten Normen.¹¹¹⁸ Grundlage für die Bewertung ist das Empfinden aller billig und gerecht Denkenden, wie es seinen Niederschlag in diesen Normen gefunden hat.¹¹¹⁹

Im oben genannten Fall des „Neem-Patents“ war für die Erörterung der Frage, ob ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten vorlag, die Tatsache, dass die Erfindung auf biologischem Material und damit verbundenem Wissen basierte, nicht entscheidungserheblich. Vielmehr stellte sich hier die Frage,

¹¹¹⁵ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass sowohl Verbote in Gesetzen und Verwaltungsvorschriften wie die Beurteilung des (aktuellen) Standes der Technik Wandlungen unterliegen. Art. 53 lit. a EPÜ soll hiermit verhindern, dass wertvolle Erfindungen keinen Schutz erhalten, weil sie bisher verbotene Verwertungsarten betreffen, die im Nachhinein als unbedenklich eingestuft werden, deren Schutz aber nicht mehr möglich ist. Siehe hierzu *Wiebe*, GRUR (1993), S. 88 (89).

¹¹¹⁶ *Schatz/Stauder*, in: *Singer/Stauder*, a.a.O., Art. 53 Rdn. 14, 18, 19.

¹¹¹⁷ *Europäisches Patentamt*, Rechtsprechung der Beschwerdekammern des Europäischen Patentamts, 2002, S. 39, T356/93, ABl. 1995, S. 545; Technische Beschwerdekammer, GRUR Int. (1995), S. 978 (979).

¹¹¹⁸ *Europäisches Patentamt*, a.a.O., S. 39.

¹¹¹⁹ *Melullis*, in: *Benkard*, EPÜ, Art. 53 Rn. 30. Siehe für zahlreiche Beispiele für die Sittenwidrigkeit von Erfindungen aus unterschiedlichen Wert- und Moralvorstellungen heraus *Rott*, Sozialpolitik, S. 227 ff. m.w.N.

ob der Erfindungsgegenstand als solcher aus Gründen der Verwerflichkeit nicht verwertet werden darf und ob dieses Verwertungsverbot zum Schutz der guten Sitten besteht.¹¹²⁰ Darf die Erfindung an sich in den Vertragsstaaten verwertet werden und trifft „nur“ die Patentierung auf eventuelle „moralische“ Bedenken, sind die Voraussetzungen des Art. 53 (a) EPÜ dadurch nicht erfüllt.¹¹²¹ Im Falle des Neem-Patents war die Verwertung des erfindungsgegenständlichen Verfahrens in den Vertragsstaaten nicht als verwerflich eingestuft worden. Für diese Feststellung war es irrelevant, dass die Erfindung auf genetische Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen basierte. Die gegebenenfalls konventionswidrige Verwendung als Basis für die Erfindung kann zwar moralisch bedenklich sein, für die Prüfung der zulässigen Verwertung ist diese Tatsache aber nach geltendem Recht irrelevant.

e. Offenbarung, Art. 83 EPÜ

Nach Art. 83 EPÜ ist die Erfindung in der europäischen Patentanmeldung so deutlich und vollständig zu offenbaren (bzw. zu beschreiben), dass ein Fachmann sie ausführen kann. Für den Bereich biotechnologischer Erfindungen gelten einige Besonderheiten, da diese klassischer Weise nicht adäquat allein durch Beschreibung und Zeichnung beschrieben werden können. Biologisches Material entzieht sich seinem Erfindungscharakter nach einer Erfassung allein durch diese klassischen Mittel, da hier neben der Frage der Verwendbarkeit auch die Frage der Reproduzierbarkeit maßgeblich ist. Daher wird als hinreichender Nachweis die Hinterlegung einer Probe verlangt.¹¹²² Die Offenbarung bezieht sich dabei nur auf Informationen, die sich auf die Erfindung selbst beziehen und die erforderlich sind, damit ein Fachmann in die Lage versetzt wird, diese nachzuarbeiten. Die Herkunft des genetischen Materials stellt dabei keine Tatsache dar, die der Fachmann benötigt, um die Erfindung nachzuarbeiten. Diese Information ist somit für die Ausführbarkeit der Erfindung irrelevant.¹¹²³ Die Offenbarungsverpflichtung gemäß Art. 83 EPÜ umfasst nicht die geographische und/oder personelle Herkunft des Ausgangsmaterials, in diesem Fall der (biologischen) Ressource.¹¹²⁴

¹¹²⁰ Siehe hierzu *Federle*, S. 78.

¹¹²¹ Zum Axiom der Einheit des europäischen Patents siehe ausführlich *Schatz/Stauder*, in: *Singer/Stauder*, a.a.O., Art. 53, Rn. 39–46.

¹¹²² Siehe Regel 31 ff. AOEPÜ. Siehe hierzu *Teschemacher*, in: *Singer/Stauder*, a.a.O., Art. 83, Rn. 62, 63, 64.

¹¹²³ Siehe im Übrigen zum Thema Offenbarung *v. Saint André*, Das Dilemma der einschränkenden Erweiterung nach dem deutschen, europäischen, englischen und US-amerikanischen Patentrecht, 122 ff.

¹¹²⁴ Zu der Frage der Erweiterung dieser Offenbarungspflicht im Kontext des TRIPs-Abkommens siehe 5. Teil, II., 2.

f. Zwischenergebnis

Der Abschluss einer Zugangs- und Teilhabevereinbarung hat für den Patentanmelder einer ressourcenbasierten Erfindung im EPÜ keine Bedeutung. Die Patenterteilungs-voraussetzungen des EPÜ sowie auch des Vertrages über die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Patentwesens (*Patent Cooperation Treaty*, PCT)¹¹²⁵ sind abschließend und lassen Fragen der Vorteilsbeteiligung und ihres Nachweises unerwähnt. Das Patenterteilungsverfahren besteht im Kern aus der Überprüfung, ob eine zum Patent angemeldete Erfindung die Patenterteilungsvoraussetzungen Neuheit, erfinderische Tätigkeit und gewerbliche Anwendbarkeit erfüllt. Ein wirksames Vorgehen gegen das (bereits erteilte) Patent kann sich insbesondere auf die Verletzung dieser Voraussetzungen stützen. Ferner sind verfahrensrechtliche Bestimmungen zu beachten. Diese formellen Bestimmungen des Anmeldeverfahrens beziehen sich ebenfalls nur auf die Art und Weise seines Ablaufs und stellen dabei, bis auf die Gebührenpflicht, keine neuen Voraussetzungen für eine Patenterteilung auf.¹¹²⁶ Im Ergebnis bedeutet dies, dass ein Patent für eine auf genetischen Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen basierende Erfindung nach dem EPÜ und dem PCT auch unabhängig von der Einholung einer Einwilligung in die Entnahme bzw. von der Befolgung von nationalen Zugangsregelungen und der Vereinbarung einer Vorteilsbeteiligung durch den Erfinder bzw. Patentinhaber wirksam erteilt werden kann.

IV. US-amerikanisches Patentrecht

Wie bereits oben¹¹²⁷ festgestellt, verfügen die Vereinigten Staaten von Amerika nicht über eine Zugangs- und Teilhabeverordnung nach den CBD-Grundsätzen, da sie die CBD zwar unterzeichnet haben, deren Ratifizierung durch den Kongress jedoch noch aussteht. Für die Regelung des Zugangs zu biologischem Material und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen und entsprechender Teilhabevereinbarung favorisieren die Vereinigten Staaten von Amerika bisher weiterhin den Abschluss privatrechtlicher Individualvereinbarungen. Ihrer Ansicht nach dient das Patentrecht nicht dazu, die rechtswidrige Aneignung von genetischem Material und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen zu ahnden.¹¹²⁸ Die Erörterung möglicher Rechtsschutzmöglichkeiten eines Berechtigten an genetischen Ressour-

¹¹²⁵ Vertrag über die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Patentwesens vom 19. Juni 1970, BGBl. II 1976, S. 664.

¹¹²⁶ Art. 92 ff. EPÜ; Sec. 131 ff. *Patent Act*.

¹¹²⁷ 3. Teil, E. III.

¹¹²⁸ Siehe hierzu bereits die Stellungnahme der USA, IP/C/W/434, para. 25 erneut bestätigt durch die Stellungnahme vom 13. März 2006: Article 27.3 (B) TRIPs, Relationship between the TRIPs Agreement and the CBD, and the Protection of Traditional Knowledge and Folklore, IP/C/W/469, para. 4.

cen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen konzentriert sich im Folgenden auf die maßgeblichen Vorschriften des US-amerikanischen Patentrechts.

Der *Patent Act* ist die wichtigste Quelle des U.S.-amerikanischen Patentrechts¹¹²⁹ und ist im 35. Titel des *United States Code* (U.S.C.) kodifiziert. Neben dem *Patent Act* sind der 37. Abschnitt des *Code of Federal Regulation* und das sog. *case-law*, die Einzelfallrechtsprechung der amerikanischen Gerichte, von entscheidender Bedeutung. Der *Patent Act* unterscheidet drei verschiedene Arten von Patenten: Erfindungspatente (*utility patents*), Pflanzenpatente (*plant patents*) und Designpatente (*design patents*). Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf Erfindungspatente und Pflanzenpatente.

Nach dem 35. Titel § 101 kann derjenige ein Patent beantragen, der ein Verfahren (*process*), eine Maschine (*machine*), ein Erzeugnis (*manufacture*), eine Verbindung (*composition of matter*) oder eine Verbesserung hiervon, die neu und nützlich sind, entweder erfindet oder entdeckt.¹¹³⁰ US-amerikanische Patente werden demnach wie deutsche oder europäische Patente für Erfindungen erteilt, die Neuheit (*novelty*) aufweisen, auf einer erfinderischen Tätigkeit (*non-obviousness*) beruhen und gewerblich anwendbar (*useful*) sind. Neben diesen Gemeinsamkeiten mit dem deutschen und europäischen Patentrecht weist das US-Patentrecht zahlreiche andersartige Vorschriften auf, die bei der Einreichung und Weiterverfolgung einer US-Patentanmeldung zu einem rechtsbeständigen US-Patent zu beachten sind. Werden diese US-spezifischen Vorschriften missachtet, so führt dies in der Regel zum Verfall der US-Patentanmeldung oder zur Ungültigkeit eines US-Patents. Nach dem US-amerikanischen Patentrecht stellen belebte Organismen und Zellen patentfähige Gegenstände dar.¹¹³¹ Zusammenfassend kann zum US-amerikanischen patentrechtlichen Verständnis im Hinblick auf die Frage der allgemeinen Patentfähigkeit die Äußerung des *U.S. Supreme Court* in der *Chakrabarty*-Entscheidung zitiert werden: "It might be possible to patent anything under the sun made by man." So ist eine

¹¹²⁹ In Art. I Sec. 8 cl. 8 *U.S. Constitution* ist die Ermächtigung des Kongresses verankert, ein Patentgesetz zu erlassen. Das erste gemeinsame Patentgesetz ist 1790 erlassen worden. Die Ermächtigungsgrundlage in der Verfassung lautet: „The Congress shall have the Power [...] to promote the progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to [...] Inventors the exclusive Right to their respective [...] discoveries.“ zu den Ursprüngen des US-amerikanischen Patentrechts siehe *Kleine/Klingelhöfer*, GRUR (2003), S. 1 (11).

¹¹³⁰ Sect 101 *Patent Act*: "Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title."

¹¹³¹ Im Jahre 1980 wurde mit der *Chakrabarty*-Entscheidung des *U.S. Supreme Court* die *product-of-nature-Doctrine* aufgegeben. Diese Doktrin besagte, dass lebende Materie weder als „Maschine“, noch als „Erzeugnis“ oder „Verbindung“ einzuordnen sei und damit wegen mangelnder Erfüllung der Patentierungsvoraussetzungen auf lebender Materie ein Patent nicht erteilt werden kann. Mit dieser Entscheidung stellte das *U.S. Supreme Court* klar, dass lebende Materie ein patentfähiger Gegenstand sei und damit gemäß Sec. 101 *Patent Act* patentiert werden könnte. Siehe zu der Entscheidung *U.S. Supreme Court*, GRUR Int. (1980), S. 627 ff. – *Diamond v. Chakrabarty*.

Pflanzensorte gemäß Sec. 161 *Patent Act* patentierbar, wenn sie asexuell reproduziert wurde, von anderen Pflanzensorten unterscheidbar ist und die allgemeinen Voraussetzungen der Neuheit und des Nichtnaheliegens erfüllt.¹¹³²

Während des Prüfungsverfahrens¹¹³³ einer US-Patentanmeldung können Dritte einen Stand der Technik in das Verfahren einreichen, sofern sie von diesem Prüfungsverfahren überhaupt Kenntnis erlangen.¹¹³⁴ Mittels des Protestverfahrens nach 37 C.F.R. Sec. 1.291 haben Dritte die Möglichkeit, gegen die Anmeldung zu protestieren bzw. vorzugehen. Hierfür müssen sie Material vorlegen, das der Erteilung eines Patents entgegensteht. Dieser Protest muss vor der Veröffentlichung der Anmeldung eingelegt werden. Der Protest wird der Akte beigelegt und gegebenenfalls auch bei der Entscheidung über die Erteilung des Patents berücksichtigt. In diesem Zusammenhang ist eine weitere Beteiligung des Dritten nicht mehr vorgesehen. Zudem haben Dritte die Möglichkeit, gemäß 37. C.F.R. Sec. 1.292 ein sog. *Public-Use Proceeding* einzuleiten. Durch dieses Verfahren können Dritte dem USPTO (*United States Patent and Trademark Office*) gegenüber Angaben über einen neuheitsschädlichen Gebrauch oder eine ebensolche Veräußerung des Erfindungsgegenstandes vortragen. Sollte dieser Vortrag von Relevanz sein, erfolgt die Anhörung des Dritten. Sofern die Information vor der Patenterteilung übermittelt worden ist, wird diese bei der Entscheidung über die Patenterteilung berücksichtigt.¹¹³⁵

Nach der Erteilung eines US-Patents haben Dritte erneut zwei Möglichkeiten, gegen das erteilte Patent vorzugehen. So kann jede Person jederzeit dem USPTO gegenüber eine sog. *Citation of prior art* nach Sec. 301 *Patent Act* schriftlich einreichen. Hierbei kann der Dritte auf Patente und/oder andere veröffentlichte Dokumente hinweisen, die seiner Ansicht nach zum Stand der Technik gehören und der Patentierbarkeit irgendeines Anspruchs des Patents entgegenstehen. Sollte sich aus dem Vortrag des Dritten die Sachdienlichkeit der Einwendung ergeben, wird die schriftliche Mitteilung zu den Akten genommen. Zudem kann nach Erteilung des

¹¹³² Demgegenüber sind Wildpflanzen und Pflanzen, die sich über ihre Knollen vermehren von der Patentierbarkeit ausgenommen.

¹¹³³ Im Rahmen des Patenterteilungsverfahrens werden die Anmeldung des Erfinders (Sec. 11 ff. *Patent Act*) und die aufgeführte Erfindung unter dem Blickwinkel ihrer Patentfähigkeit überprüft (Sec. 131 ff. *Patent Act*). Der Patentprüfer soll dabei eine umfassende Recherche des verfügbaren relevanten Standes der Technik durchführen (37 C.F.R. Sec. 1.104(a)(1)). Hierfür stehen ihm in der Regel ältere Patente oder sonstige Veröffentlichungen in der Fachliteratur (*non-patent literature*) für die Recherche über die Bibliothek oder sonstige andere eigene oder kommerzielle Datenbanken zur Verfügung. In der Regel sind dem Patentprüfer Informationen über die Bekanntheit oder eine eventuelle Vorbenutzung der Erfindung nicht zugänglich. Siehe hierzu Longarce, Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 2003, S. 963 (982 f.) sowie USPTO, Notice to Public Hearing Request for the Comments on Issues Related to the Identification of Prior Art During the Examination of a Patent Application, Federal Register, 27. Mai 1999.

¹¹³⁴ Dies könnte unter Umständen über die Priorität einer im Ausland veröffentlichten Patentanmeldung der Fall sein.

¹¹³⁵ Hierüber wird der Patentanmelder benachrichtigt und der Dritte von jeder weiteren Beteiligung ausgeschlossen.

Patents jeder Dritte eine erneute Prüfung (*reexamination*) des Patents beantragen. Dieses Nachprüfungsverfahren irgendeines Anspruchs des Patents kann ebenfalls nur auf neu bekannt gewordene Patente und/oder veröffentlichte Dokumente gestützt werden. Durch dieses Verfahren können vor allem Dritte das USPTO veranlassen, eine weitere, wenn auch nur auf bestimmte Referenzen der *prior art* beschränkte Prüfung eines Patents auf seine Patentfähigkeit vorzunehmen.¹¹³⁶ Die *Reexamination* endet mit der Herausgabe eines Zertifikats über die Ergebnisse des Verfahrens durch das USPTO. Mit dem Zertifikat werden alle (eventuell) nicht patentfähigen Ansprüche gelöscht und die anderen gegebenenfalls geänderten oder neuen Ansprüche bestätigt. In einem „*ex-parte reexamination*-Verfahren“ nach Sec. 302 ff. *Patent Act* ist der Antragsteller der Patentinhaber selbst (einseitiges Verfahren). Die Beteiligung des Dritten ist hier auf den begründeten Antrag beschränkt. In einem „*inter-partes reexamination*-Verfahren“, das für seit dem 29. November 1999 angemeldete und erteilte US-amerikanische Patente möglich ist, ist der Antragsteller ein Dritter, womit er eine Parteistellung erhält. Dieses Verfahren richtet sich nach Sec. 311 *Patent Act*. Der *Patent Act* kennt eine Nichtigkeitsklage wie im EPÜ nicht.

a. Neuheit

Aus den oben dargestellten Möglichkeiten eines Dritten, gegen die Anmeldung oder die Erteilung des Patents vorzugehen, wird deutlich, dass der Dritte hauptsächlich die Patenterteilungsvoraussetzung der Neuheit der Erfindung angreifen kann. Die Voraussetzungen der Patenterteilungsvoraussetzung der Neuheit sind in Sec. 102 *Patent Act* geregelt.¹¹³⁷ In Sec. 102 *Patent Act* sind zwei unterschiedliche Aspekte

¹¹³⁶ Siehe hierzu *Miller/Davis*, Intellectual Property – Patents, Trademarks, and Copyright, S. 124.

¹¹³⁷ Sect. 102 *Patent Act* lautet:

”Conditions for patentability: novelty and loss of right to patent

A person shall be entitled to a patent unless —

- (a) the invention was known or used by others in this country, or patented or described in a printed publication in this or a foreign country, before the invention thereof by the applicant for patent, or
- (b) the invention was patented or described in a printed publication in this or a foreign country or in public use or on sale in this country, more than one year prior to the date of the application for patent in the United States, or
- (c) he has abandoned the invention, or
- (d) the invention was first patented or caused to be patented, or was the subject of an inventor’s certificate, by the applicant or his legal representatives or assigns in a foreign country prior to the date of the application for patent in this country on an application for patent or inventor’s certificate filed more than twelve months before the filing of the application in the United States, or
- (e) the invention was described in — (1) an application for patent, published under section 122(b), by another filed in the United States before the invention by the applicant for patent or (2) a patent granted on an application for patent by another filed in the United States before the invention by the applicant for patent, except that an international application filed under the treaty defined in section 351(a) shall have the effects for the purposes of this

der Neuheit geregelt: die Neuheit im engeren Sinne, die sog. *novelty* (Sec. 102(a), (e) und (g) *Patent Act*) und die *Statutory Bars*, die sich auf die Vorschriften über den Rechtsverlust des Erfinders trotz vorhandener Neuheit (Sec. 102 (b), (c) und (d) *Patent Act*) beziehen. Die Vorschriften über *novelty* sollen verhindern, dass ein Patent demjenigen erteilt wird, der nicht als erster die Erfindung getätigt hat (Erfinderprinzip des US-amerikanischen Patentrechts). Durch die Regelungen der *Statutory Bars*¹¹³⁸ soll der Erfinder angehalten werden, seine Erfindung sofort anzumelden. Der Ersterfinder kann sein Recht auf das Patent verirken, wenn er mit der Anmeldung zu lange wartet und mehr als ein Jahr von dem Eintritt der in den Vorschriften aufgezählten Ereignisse an verstreichen lässt.¹¹³⁹ Die für diese Untersuchung relevanten Regelungen sind in Sec. 102(a) und (b) *Patent Act* zu finden.

b. Zwischenergebnis

Die obige Analyse hat gezeigt, dass ein effektiver Rechtsschutz nicht auf die fehlende Zustimmung des (ausländischen) Berechtigten an genetischen Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen zu deren Nutzung und Verwertung oder auf die Nichteinhaltung einer solchen Vereinbarung gestützt werden kann. Diese Aspekte, die fehlende Zugangs- und Teilhabevereinbarung gemäß der CBD, spielen bei der Prüfung, ob eine Erfindung nach dem US-amerikanischen Recht patentierbar ist, im Ergebnis keine Rolle. Die Frage der Herkunft des Ausgangsmaterials ist in der Regel nicht von Bedeutung. Auch im Falle der Patentierung von Pflanzen(-sorten) kommt es vielmehr auf die Pflanzen an sich und auf ihre Unterscheidbarkeit von anderen Pflanzen an, z.B. von der Wildpflanze, als auf die Frage, ob diese (neue) Pflanzensorte auf der Grundlage einer pflanzen genetischen Ressource eines Entwicklungslandes und/oder des dort vorhandenen und damit verbundenen traditionellen Wissens entwickelt wurde. Dieser Ansatz kam mit dem sog. Ayahuasca-Patent deutlich zum Ausdruck. In diesem Fall bestätigte das

subsection of an application filed in the United States only if the international application designated the United States and was published under Article 21(2) of such treaty in the English language; or

(f) he did not himself invent the subject matter sought to be patented, or

(g) (1) during the course of an interference conducted under section 135 or section 291, another inventor involved therein establishes, to the extent permitted in section 104, that before such person's invention thereof the invention was made by such other inventor and not abandoned, suppressed, or concealed, or (2) before such person's invention thereof, the invention was made in this country by another inventor who had not abandoned, suppressed, or concealed it. In determining priority of invention under this subsection, there shall be considered not only the respective dates of conception and reduction to practice of the invention, but also the reasonable diligence of one who was first to conceive and last to reduce to practice, from a time prior to conception by the other."

¹¹³⁸ Mit den *Statutory Bars* soll gezielt vermieden werden, dass die Schutzdauer durch Handlungen des Erfinders in unzulässiger Weise ausgedehnt wird.

¹¹³⁹ Siehe hierzu ausführlich *Merges*, Patent Law and Policy, S. 541 ff.

USPTO das ursprünglich angemeldete Patent in vollem Umfang nach erfolgreicher Beschwerde des Patentinhabers gegen die im Jahr 2000 zunächst erfolgte Rücknahme des Patents.¹¹⁴⁰ Das USPTO begründete die Aufrechterhaltung des Pflanzenpatents mit dem fehlenden Beweis seiner Patentunfähigkeit. Im Ergebnis gründete das USPTO seine Entscheidung damit, dass die zu patentierende Pflanzensorte im direkten Vergleich von der ursprünglichen Pflanze im Amazonasgebiet erheblich zu unterscheiden sei und damit die Neuheit nach Sec. 102(b) *Patent Act* gegeben sei. Von Relevanz für die Erfindung und die Frage ihrer Patentierbarkeit war und ist somit nicht der Ursprung der Pflanze im Amazonasgebiet, sondern die Pflanze an sich, d.h. ihr organisches Trägermaterial als Ausgangsmaterial für die asexuelle Reproduktion entsprechend den Voraussetzungen des Sec. 161 *Patent Act*. Dass unter Umständen indigene Gemeinschaften am Ursprungsort über besonderes traditionelles Wissen in Bezug auf die Wirkungs- und Nutzungsarten der Inhaltsstoffe der *Banisteriopsis caapi*-Pflanze verfügen, war für die Frage der Patentierbarkeit *an sich* ohne Bedeutung.¹¹⁴¹ Für die Patentierbarkeit der Pflanze ist es nach dem US-amerikanischen Patentrecht allein erforderlich, dass sie neu und unterscheidbar ist. Ferner bietet der *Patent Act* keine Grundlage gegen die Patentierung wegen moralischer oder ideeller Bedenken in Bezug auf die Nutzung und Bedeutung der Pflanzensorte am Ursprungsort für kulturelle und religiöse Zwecke. Auf diese Frage

¹¹⁴⁰ Das „Ayahuasca-Patent“ ist ein Pflanzenpatent, das das USPTO Loren S. Miller am 17. Juni 1986 (No. PP05, 751) für eine neue Pflanzensorte der Art *Banisteriopsis caapi* erteilt hat. Die Schutzdauer des Patents betrug 17 Jahre. Nach eigenen Angaben hat der Anmelder die Sorte, die er „Da Vine“ bezeichnet, in einem Garten im amazonischen Regenwald aufgefunden. Zur Begründung der Neuheit führte der Anmelder insbesondere auf, dass sich diese Pflanzensorte überwiegend durch die Farbe der Blütenblätter von den typischen Pflanzensorten der Art *Banisteriopsis caapi* unterscheide. Ein Antrag auf Nachprüfungsverfahren wurde am 30. März 1999 beim USPTO mit der Begründung eingereicht, die Neuheit bzw. die Unterscheidbarkeit der Pflanzensorte sei nicht gegeben. Zudem würde das Pflanzenpatent gegen die guten Sitten und die öffentliche Ordnung verstoßen (siehe hierzu die Reexamination Request No. 90/005307). Antragsteller waren die *Co-ordination Body for the Indigenous Organization of the Amazon Basin*, vertreten durch den *Center for International Environmental Law*. Der Antrag wurde hauptsächlich auf neu entdeckte und in der Patentschrift nicht zitierte wissenschaftliche Abhandlungen über die Pflanze *Banisteriopsis caapi* und andere Unterlagen aus US-amerikanischen Herbarien gestützt (siehe Antragsschrift vom 30. März 1999, S. 2, 2 ff.). Das USPTO nahm das Pflanzenpatent hierauf zurück und begründete seine Entscheidung damit, dass die Pflanze nicht patentfähig gewesen sei. Die Voraussetzungen der *Statutory Bar* zum Zeitpunkt der Anmeldung hätten vorgelegen, so dass die Erfindung nicht neu im Sinne des Sec. 102 (b) *Patent Act* gewesen sei. Das Merkmal der Unterscheidbarkeit sei nicht gegeben. Nicht maßgeblich für die Entscheidung war die Frage, ob das Wissen und die Nutzung einer Pflanze durch die indigene Bevölkerung über Generationen zum Stand der Technik gehört. Die Frage eines Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten wurde nicht behandelt. Gegen diese Entscheidung legte der Patentinhaber am 16. Oktober 2000 erfolgreich Beschwerde ein. Das USPTO bestätigte das Pflanzenpatent am 25. Januar 2001 und zwar in dem gleichen Umfang, wie es ursprünglich erteilt worden war.

¹¹⁴¹ Zudem basiert das umstrittene Pflanzenpatent im Ergebnis nicht auf genetischen und/oder kognitiven Ressourcen, womit bereits die Tatbestandsvoraussetzungen der „Biopiraterie“ nicht erfüllt sind.

ist das USPTO im Fall des „Ayahuasca-Patents“ nicht eingegangen, zumal die Erteilung des Patents in den USA die indigenen Gemeinschaften in ihrer Nutzung der Pflanzensorte in religiösen Zeremonien oder zu Heilungszwecken am Ursprungsort nicht einschränkt.¹¹⁴² Zudem kennt der *Patent Act* keine mit Art. 53 (a) EPÜ vergleichbare Vorschrift. Vielmehr soll nach dem US-amerikanischen Patentrecht durch die Erteilungsvoraussetzung der Nützlichkeit (*utility*) gewährleistet werden, dass Patente nicht für Erfindungen erteilt werden, die nur zu unmoralischen oder illegalen Zwecken genutzt werden können, indem Erfindungen ausschließlich zu diesen Zwecken für nicht nützlich und damit nicht patentierbar angesehen werden. Maßgeblich hierfür ist also allein der Verwendungszweck der zu patentierenden Erfindung.

Für die Frage der Bekanntheit und der Vorbenutzung ist nach dem US-amerikanischen Patentsystem maßgeblich, ob dies im Territorium der USA in dem maßgeblichen Zeitraum geschehen ist. Im US-amerikanischen Patentrecht gilt die relative Neuheit und damit ist eine eventuelle Vorbenutzung und Bekanntheit im Ausland – also außerhalb des Territoriums der USA und des Anwendungsgebiets des *Patent Act* – ohne Bedeutung.¹¹⁴³

c. Exkurs: weitere Regelungen

Die Vereinigten Staaten von Amerika (USA) verfügen zudem über zwei Regelungswerke, die den Besitz und den Import von unter anderem Wildpflanzen betreffen (*wildlife*). Im Rahmen zahlreicher Meetings und Stellungnahmen¹¹⁴⁴ sind diese Gesetze erwähnt und darauf hingewiesen worden, dass sie auf ABS-Verletzungen¹¹⁴⁵ Anwendung finden können bzw. zur Erfüllung der Ziele aus Art. 15 Abs. 7 CBD herangezogen werden können. Die Gesetze sind der *Lacey Amendments Act* von 1981¹¹⁴⁶ und der *Stolen Property Act*.¹¹⁴⁷ Es handelt sich dabei um Strafgesetze (*criminal statutes*), die den amerikanischen Behörden erlauben, gegen

¹¹⁴² Siehe für eine ausführliche Analyse der Frage der Patentierbarkeit im Fall des „Ayahuasca“-Patents *Federle*, S. 87 ff.

¹¹⁴³ Im Falle des „Ayahuasca-Patents“ handelte es sich nicht um eine vorbenutzte bzw. bekannte ressourcenbasierte Erfindung. Den Gemeinschaften war der Gegenstand der Erfindung nicht bekannt. Zu diesem Ergebnis siehe auch *Federle*, S. 93.

¹¹⁴⁴ Genannt wurden diese Dokumente insbesondere in Vorträgen im Rahmen von internationalen Expertenarbeitssitzungen zu ABS, z.B. von *Leonard Hirsch* (Smithsonian Institute), Mitglied der US-amerikanischen Delegation für die CBD mit dem Hinweis, dass sie geeignet wären, die Bestimmungen des Art. 15 Abs. 7 CBD zu erfüllen.

¹¹⁴⁵ Gemeint ist hier die rechtswidrige – also entgegen Zugangsregelungen oder ohne Zustimmung des Herkunftsstaates – Erlangung und Nutzung von genetischen Ressourcen.

¹¹⁴⁶ *Lacey Amendments Act of 1981*, erlassen als Pub. L. 97-79, Sec. 3, 16. November 1981, zuletzt geändert im Jahr 2003., kodifiziert im US Code at 16 USC §§ 3371–3378. Dieses Gesetz ersetzt den ursprüngliche *Lacey Act*.

¹¹⁴⁷ Der *Stolen Property Act* ist 1949 erlassen und bisher siebenmal geändert worden; United States Code (federal law), 18 U.S. Code § 2314 und § 2315.

Personen vorzugehen, die in Verletzung ausländischen Rechts Fische oder *Wildlife* entweder transportiert, weitergeleitet oder exportiert oder importiert, verkauft oder erhalten oder selbst gekauft haben. Grundsätzlich bieten nationale Regelungen dem Herkunftsstaat keine Möglichkeit, die Verletzung seiner Rechte in einer anderen Jurisdiktion zu verfolgen, es sei denn, das andere nationale Regelungswerk hat das betreffende Rechtsgut als schutzwürdiges Rechtsgut anerkannt, es erlaubt, die Verletzungshandlung zu verfolgen, und sieht hierfür Rechtsbehelfe (z.B. Schadensersatz) vor. Diese Voraussetzungen erfüllen diese Gesetze aber nicht. Diese Gesetze finden bisher nur auf biologische und nicht auf genetische Ressourcen Anwendung, d.h. sie sind nur anwendbar, wenn die betreffenden Spezies illegal erlangt worden ist. In vielen Rechtsordnungen werden Rechte an genetischen Ressourcen getrennt von den Rechten an der Nutzung biologischer Ressourcen behandelt. Zwar kann die illegale Verwendung biologischer Ressourcen, wie bei diesen Gesetzen, geahndet werden; dies umfasst aber nicht zugleich das Schicksal der darin vorhandenen genetischen Ressource. Zudem verlangt das *Stolen Property Act* für die Ahndung solcher Taten einen bestimmten Mindestmarktwert, der bei US\$ 5000 liegt. In der Regel ist schon bereits diese Voraussetzung nicht erfüllt, da Proben mit biologischem Material grundsätzlich diesen Wert nicht erreichen.

V. Beschluss 486 der Andengemeinschaft

Der Kommissionsbeschluss 486¹¹⁴⁸ ist vier Jahre nach dem Beschluss 391 in Kraft getreten und stellt eine Verbindung dar zwischen dem Recht des gewerblichen Rechtsschutzes¹¹⁴⁹ und den Grundsätzen zum Zugang zu genetischen Ressourcen und/oder traditionellem Wissen nach dem Beschluss 391 der Andengemeinschaft. Gemäß Art. 3 des Abs. 3 des Beschlusses 486 darf die Auslegung und Anwendung dieses Beschlusses nur in einer Weise erfolgen, die den Bestimmungen des Beschlusses 391 nicht widerspricht.¹¹⁵⁰ Dieser Grundsatz wird für den Bereich des Patentrechts in Art. 3 Abs. 1 Beschluss 486 näher konkretisiert. Nach dieser Bestimmung darf eine Erfindung, die auf der Grundlage genetischer Ressourcen eines Mitgliedstaates entwickelt wurde, nur dann patentiert werden, wenn die Erlangung

¹¹⁴⁸ *Decisión 486; Régimen común sobre Propiedad Industrial (Common Intellectual Property Regime)* vom 14. September 2000: Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XVII, Número 600, 19. September 2000, S. 2 ff.

¹¹⁴⁹ Durch den Kommissionsbeschluss 486 wurde der gewerbliche Rechtsschutz in der Andengemeinschaft grundlegend reformiert. Siehe zum gewerblichen Rechtsschutz in der Andengemeinschaft, *Markowski*, Der gewerbliche Rechtsschutz in den Ländern der Andengemeinschaft, 2003.

¹¹⁵⁰ Art. 3 Abs. 3 Beschluss 486: "Las disposiciones de la presente Decisión se aplicarán e interpretarán de manera que no contravengan a las establecidas por la Decisión 391, con sus modificaciones vigentes."

der genetischen Ressourcen der internationalen, gemeinschaftlichen¹¹⁵¹ und nationalen Rechtsordnung nicht widerspricht.¹¹⁵² Damit stellt der Beschluss 486 klar, dass die Verletzungen der Bestimmungen des Beschlusses 391 ein Patentierungshindernis begründen. Konkret verlangt der Beschluss 486 in Art. 26 lit. h. und i. von dem Erfinder, dass er bei der Patentanmeldung, sofern die Erfindung auf genetischen Ressourcen oder Derivaten aus den Mitgliedsländern basiert, eine Kopie des Zugangsvertrages¹¹⁵³ gemäß der nationalen Zugangsvorschriften vorlegt. Zudem ist der Patentanmelder verpflichtet, einen Nachweis zu erbringen, dass er das traditionelle Wissen nur mit dem Einverständnis¹¹⁵⁴ der betreffenden Gemeinschaften in Anspruch genommen hat. Dies geschieht in der Regel durch Vorlage einer Kopie des Annexvertrages gemäß dem Beschluss 391.¹¹⁵⁵

Im Rahmen des Prüfungsverfahrens durch die nationalen Patentämter wird die Anmeldung auf die Erfüllung der Formerfordernisse der Art. 26 und 27 Beschluss 486 hin geprüft.¹¹⁵⁶ Bei Feststellung von (formellen) Mängeln werden die Patentämter den Anmelder auffordern, diese innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach

¹¹⁵¹ Wie bereits oben dargestellt, wurde der Beschluss 391 im Anschluss an die CBD erlassen und konkretisiert die dort festgelegten Rahmenbestimmungen zum Zugang zu genetischen Ressourcen. Die CBD-Bestimmungen gehen somit in den Beschluss 391 auf, so dass sich die Rechtmäßigkeit des Zugangs zu genetischen Ressourcen im Ergebnis allein nach dem gemeinsamen Beschluss 391, gegebenenfalls in Verbindung mit den erlassenen nationalen Ausführungsbestimmungen, beurteilt. Bisher hat nur Bolivien den Beschluss 391 in nationales Recht umgesetzt.

¹¹⁵² Art. 3 Abs. 1 Beschluss 486: “Los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional.”

¹¹⁵³ Sollte die Erfindung auf Derivate beruhen, ist ebenfalls der Anmeldung eine Kopie des Zugangsvertrages beizufügen. Art. 26 lit. h Beschluss 486: “La solicitud para obtener una patente de invención se presentará ante la oficina nacional competente y deberá contener lo siguiente: [...] h) de ser el caso, la copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen;”

¹¹⁵⁴ Art. 26 lit. i. Beschluss 391: “La solicitud para obtener una patente de invención se presentará ante la oficina nacional competente y deberá contener lo siguiente: [] i) de ser el caso, la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen, de acuerdo a lo establecido en la Decisión 391 y sus modificaciones y reglamentaciones vigentes;”

¹¹⁵⁵ Siehe zum Annexvertrag 3. Teil, A. IV. 3. e. (5).

¹¹⁵⁶ Art. 38 Beschluss 486. Die formelle Prüfung muss gemäß dem Beschluss 486 innerhalb von 30 Tagen nach Einreichung der Anmeldung abgeschlossen sein, Art. 39 Abs. 1 S. 2 Beschluss 486.

Zustellung der Beanstandung zu beseitigen.¹¹⁵⁷ Kommt der Anmelder dieser Anforderung nicht nach, gilt die Anmeldung nach Art. 39 Abs. 2 Beschluss 486 als aufgegeben, und zwar mit gleichzeitigem Verlust des Zeitrangs.¹¹⁵⁸ Für den Fall, dass die Anmeldung den formellen Erfordernissen genügt, erfolgt nach Art. 40 Beschluss 486 nach Ablauf von achtzehn Monaten seit dem Anmelde- bzw. Prioritätstag eine Offenlegung der Akten durch das nationale Patentamt.¹¹⁵⁹ Mit Offenlegung der Akten erlangt die Anmeldung einen öffentlichen Charakter und kann somit von Jedermann eingesehen werden.¹¹⁶⁰ Jeder und somit auch der Berechtigte an genetischen Ressourcen und/oder traditionellem Wissen kann nun innerhalb von sechzig Tagen nach Veröffentlichung der Patentanmeldung Widerspruch gegen die Anmeldung einlegen. Dies ist aber nur ein einziges Mal möglich und zwar dann, wenn der Dritte ein berechtigtes Interesse vorweisen kann. Der Widerspruch ist zu begründen.¹¹⁶¹ Als Widerspruchsgrund ist allein der Einwand der fehlenden Patentfähigkeit der Erfindung zugelassen.

Zudem kann der Berechtigte an genetischen Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen im Rahmen eines Nichtigkeitsverfahrens gegen das Patent vorgehen. Im Zusammenhang mit Rechten an genetischen Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen können die absoluten Nichtigkeitsgründe der Art. 75 lit. g und h geltend gemacht werden. Diese absoluten Nichtigkeitsgründe dienen dazu, für Erfindungen, die auf genetischen Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen basieren, das Fehlen der nach Art. 26 lit. h und i Beschluss 486 erforderlichen Zugangs- und Teilhabe bzw. Know-how-Verträge zu sanktionieren. Die Nichtigkeitserklärung wirkt auf den Zeitpunkt der Erteilung zurück. Das Patent gilt als von Anfang an nicht entstanden.¹¹⁶²

¹¹⁵⁷ Art. 39 Beschluss 486, wobei die einmalige Verlängerung der Frist über den gleichen Zeitraum vorgesehen ist.

¹¹⁵⁸ Nach dem europäischen Recht wird in diesem Fall die Anmeldung zurückgewiesen, Art. 92 Abs. 3 EPÜ. Zudem ist eine Offensichtlichkeitskontrolle im Hinblick auf das Vorliegen der materiellen Patentierungsvoraussetzungen entsprechend dem Vorbild des § 42 PatG im Recht der Andengemeinschaft nicht vorgesehen.

¹¹⁵⁹ Für die Offenlegung der Anmeldung muss die Prüfung der Formerfordernisse abgeschlossen sein. Siehe hierzu AGH vom 19. Januar 2000, Prozess 45-IP-99.

¹¹⁶⁰ Siehe Art. 239 Beschluss 486 im Zusammenhang mit der Wahrung der Rechte des Patentanmelders in der Zeit zwischen Patentanmeldung und Erteilung des Patents bzw. der Entscheidung über seine Erteilung.

¹¹⁶¹ Art. 42 Abs. 1 Beschluss 486: "Dentro del plazo de sesenta días siguientes a la fecha de la publicación, quien tenga legítimo interés, podrá presentar por una sola vez, oposición fundamentada que pueda desvirtuar la patentabilidad de la invención." Die Fristverlängerung ist vorgesehen.

¹¹⁶² Art. 75 Abs. 3 Beschluss 486.

Damit stellt der Beschluss 486 als einziges regionales Patentregime eine Verknüpfung zwischen den Bestimmungen der CBD und den immaterialgüterrechtlichen Vorschriften¹¹⁶³ zum Schutz der Artenvielfalt her.¹¹⁶⁴

Die obige Analyse zeigt, dass Rechtsschutzmöglichkeiten für den Berechtigten an genetischen Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen zwar vorgesehen sind, aber klassischerweise die relevanten Patente nicht im Hoheitsgebiet des Beschlusses 486 angemeldet werden. Mangels fehlender Jurisdiktion können die eingeräumten Rechtspositionen nicht außerhalb der Andengemeinschaft durchgesetzt werden, so dass diese Bestimmungen im Ergebnis für die hier in Frage stehenden Konstellationen wirkungslos bleiben.

D. Ergebnis

Aus der vorangehenden Untersuchung geht hervor, dass die Probleme, die tatsächlich im Bereich des Patentrechts entstehen können, sich darauf beschränken, dass das aktuelle Patentsystem die Patentierung von Erfindungen zulässt, die auf konventionswidrig erworbenen Ressourcen beruhen. Die obige Untersuchung hat gezeigt, dass eine Anfechtung der Patenterteilung einer auf konventionswidrig erworbenen Ressourcen basierenden Erfindung aufgrund des derzeitigen Grundgedankens und der darauf beruhenden Prinzipien des aktuellen (internationalen) Patentsystems nicht erfolgversprechend ist. Auch die Fälle, in denen die Frage der Erfüllung der Patenterteilungsvoraussetzungen nicht problematisiert wird,¹¹⁶⁵ sondern in denen

¹¹⁶³ Hierbei wird die Vereinbarkeit mit dem TRIPs-Abkommen stark diskutiert, weil durch die Einführung der Art. 26 lit. h und i der Mindeststandard des TRIPs-Abkommens untergraben werde.

¹¹⁶⁴ Siehe zu den Synergieeffekten durch den Beschluss 486 zwischen den Bestimmungen der CBD und dem TRIPs-Abkommen *Ruiz Muller*, PUENTES Vol. 3/2 (2000), S. 4 (4).

¹¹⁶⁵ So zum Beispiel bei dem sog. Hoodia-Pflanzen-Fall. Das Volk der San hat seine Bestrebungen vielmehr an der Erzielung einer Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg der patentgeschützten Erfindung konzentriert als an der Anfechtung der Patenterteilung. Der appetitunterdrückende Effekt des Extraktes der kaktéenähnlichen *Hoodia gordonii* war dem Volk der San, die im südlichen Afrika angesiedelt sind, seit unvordenklicher Zeit bekannt. Auf ihren Jagdausflügen haben die San den Kaktus gekaut, um längere Zeit ohne Nahrung auskommen und somit einen größeren Anteil der Beute nach Hause mitbringen zu können. Der *Council for Scientific and Industrial Research in South Africa* (CSIR) traf im Juni 1997 mit dem britischen Unternehmen *Phytopharm plc.* eine Vereinbarung über die Entwicklung der Wirkstoffes P57 zu einem Medikament. *Phytopharm* erhielt die Lizenz zur Vermarktung des Produktes für andere Märkte außerhalb Südafrikas. Im Jahre 1998 wurde die Erteilung einer Unterlizenz für die Entwicklung und Vermarktung eines Schlankheitsmittels an das US-amerikanische Pharmaunternehmen *Pfizer Inc.* durch *Phytopharm* bekannt. *Pfizer Inc.* erhielt dadurch auch das ausschließliche Recht zur Vermarktung des Wirkstoffes P57. Mit Kenntniserlangung dieser Vorgänge im Jahre 2001 konzentrierten sich die Aktivitäten der San darauf, nicht die Patenterteilung anzufechten, sondern eine Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg der Erfindung zu erlangen, worauf sie sich u.a. auf einen Verstoß der CBD und auf die Verletzung ihrer Rechte beriefen. U.a. auch durch den

eine Beteiligung am kommerziellen Erfolg der patentgeschützten Erfindung erstrebt wird, haben in der Praxis keine Aussicht auf Erfolg.

Nach der derzeitigen Rechtslage existiert keine Rechtsgrundlage, die dem Grundgedanken Rechnung trägt, den Berechtigten im Falle der patentrechtlichen Verwertung seiner Ressourcen ohne seine (nachträgliche) Zustimmung am wirtschaftlichen Erfolg der daraus resultierenden Erfindung zu beteiligen. Eine Rechtsgrundlage für die Forderung nach einer Vorteilsbeteiligung entsprechend diesem Grundgedanken besteht nicht. Der Begriff der Berechtigung nach dem Recht des geistigen Eigentums bezieht sich allein auf die schutzgegenständliche erfinderische (oder züchterische) Leistung. Wie bereits oben dargestellt, können aber Verfügungsrechte über genetische Ressourcen als Ausgangsmaterial für sich allein eine solche schützenswerte Berechtigung nicht begründen.

Eine Pflicht der Patentinhaber zur Vorteilsbeteiligung des Berechtigten an den genetischen Ressourcen und/oder dem damit verbundenen traditionellen Wissen kann weder aus dem internationalen Patentrecht noch aus der CBD abgeleitet werden. Ebenso verhält es sich nach den bisher existierenden nationalen Regelungen zur Umsetzung der CBD. Aus dem allgemeinen Völkerrecht lässt sich eine solche Verpflichtung derzeit ebenfalls nicht ableiten. Ein effektiver Rechtsschutz für die Berechtigten an genetischen Ressourcen und dem damit verbundenen traditionellen Wissen besteht nach der aktuellen Rechtslage somit nicht.

Die obige Untersuchung hat zudem gezeigt, dass die nationalen Rechtsordnungen Rechte an genetischen Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen bisher nicht als schutzwürdiges Rechtsgut erkannt und als solches in ihren Rechtsordnungen mit den erforderlichen Rechtsbehelfen für deren Geltendmachung übernommen haben. Ohne die Anerkennung als schutzwürdiges Rechtsgut wird die Position des Berechtigten an diesen Rechten bereits von Anfang an erschwert, weil er seinen Rechten nicht direkt Geltung verschaffen kann. Die Untersuchung eventueller Rechtsschutzmöglichkeiten am Beispiel des Patentrechts hat gezeigt, dass diesen Rechten nur in den seltensten Fällen und nur, wenn ein unmittelbarer Sachzusammenhang mit den Patentierungserfordernissen besteht, Rechnung getragen werden kann. Im Übrigen sind sie dem Patentrecht sachfremd. Sollte also, wie in

internationalen Druck bedingt, erzielten die Vertreter der San (*South African San Council*) eine Vereinbarung zur Vorteilsbeteiligung mit dem CSIR im März 2003. Danach gewährt der CSIR den San 8% aller sog. *milestone payments*, die er von seinem Lizenznehmer *Phytopharm* erhalten sollte, sowie 6% aller Lizenzeinnahmen aus der kommerziellen Vermarktung des Medikaments. Diese Zahlungen sollten in einen Fonds eingehen, der von CSIR und den San gegründet wurde. *Pfizer* gab 2003 bekannt, dass aus betrieblichen Gründen die klinische Entwicklung des Wirkstoffes P57 zur Herstellung eines Schlankheitsmittels eingestellt werden sollte und demzufolge die Lizenzrechte an *Phytopharm* zurückgegeben werden sollen. Siehe ausführlich zum Gegenstand der Patentanmeldung in diesem konkreten Fall *Dolder*, Patente auf der Grundlage traditioneller Kenntnisse indigener Gemeinschaften, FS für König, S. 83 ff. Zum Patent siehe: *Pharmaceutical composition having appetite suppressant activity*, WI, 98/46234 = PCT/GB98/011900, Filed 15.4.98 (internationale Anmeldung nach dem PCT), Priority 15.4.97 ZA (Patentanmeldung in Südafrika). Siehe ausführlich zum Fall m. w. Nachw. auch *Federle*, a.a.O. S. 107 ff.

der hier untersuchten Konstellation, der Nutzer genetischer Ressourcen in einem anderen Staat als dem Herkunftsstaat diese ohne die erforderliche Genehmigung bzw. ohne Zugangsvertrag mit dem Berechtigten verwenden und verwerten, so hat der Berechtigte nur eine Chance, seinen Rechten Geltung zu verschaffen, wenn dieser Staat in seiner nationalen Rechtsordnung Rechtsbehelfe für die Geltendmachung von Rechten aus dem Herkunftsstaat geschaffen hat.

Gleiches gilt im Ergebnis auch für zivilrechtliche Verfolgungsansprüche sowie für strafrechtliche Sanktionen und weitere in Betracht kommende Bestimmungen. Die dargestellte Untersuchung anhand des Zivil- und Strafrechts sowie anderer in Frage kommender Eingriffsmöglichkeiten wie Einfuhrbestimmungen aus den unterschiedlichsten Regelungsbereichen hat ebenfalls gezeigt,¹¹⁶⁶ dass eine eventuelle Durchsetzung dieser möglichen Verfolgungsansprüche oder strafbewährten Vorschriften bereits praktisch kaum möglich sein dürfte. Erhebliche Schwierigkeiten ergeben sich bereits bei der Subsumtion der hier untersuchten Fallkonstellation unter die relevanten Bestimmungen und ihrer Schutzbereiche und Rechtsfolgen sowie dem Erfordernis der Kenntnis der Reichweite der ausländischen Rechtsordnung und des nationalen und internationalen Kollisionsrechts.

Die obige Untersuchung der Möglichkeiten, den konventionswidrigen Bezug und die weitere Nutzung von genetischem Material zu unterbinden und zu sanktionieren sowie die Verfügungs- und Teilhabeinteressen zu gewährleisten, macht somit auch deutlich, dass die Staaten auf unterschiedlichen Ebenen ansetzen müssten, um zum einen eine effektive Sanktionierung der unzulässigen Erlangung genetischer Ressourcen und der daraus resultierenden Vorteile zu erreichen sowie zum anderen die in der CBD angelegten Teilhabemöglichkeiten und die Wiederherstellung des übergangenen Rechts, über den Zugang zu verfügen, zu ermöglichen. Dies setzt ein gemeinsames Interesse der Staaten voraus, den Rechten und Interessen ausländischer Staaten im eigenen Hoheitsgebiet Rechnung zu tragen.

¹¹⁶⁶ Siehe hierzu die Untersuchung im 4. Teil B. und C.

5. Teil: Entwicklungen zur Schaffung internationaler Regelungen

Der im 3. Teil der Arbeit dargestellte aktuelle Stand der nationalen Umsetzungsbestrebungen der CBD-Vertragsparteien und deren divergierende Verhandlungspositionen bei den Verhandlungen der Vertragsstaatenkonferenzen zur CBD bringen die gegenläufigen Interessen der Vertragsstaaten klar zum Ausdruck.¹¹⁶⁷ Deutlich wird, dass es den Nutzerstaaten und zugleich i. d. R. Industriestaaten¹¹⁶⁸ vor allem um

¹¹⁶⁷ Zur kontroversen Debatte siehe UNEP, Dok. UNEP/CBD/COP/3/23 vom 5. Oktober 1996, S. 11.

¹¹⁶⁸ Es ist wichtig zu berücksichtigen, dass zwar alle Staaten versuchen, zugleich Nutzer wie auch Lieferanten von genetischen Ressourcen zu sein, die Zurverfügungstellung von Ressourcen zugleich aber historisch insbesondere ein notorischer und erwiesener Fluss von Ressourcen aus dem Süden in den Norden ist. Staaten aus dem Süden sind netto Exporteure von genetischen Ressourcen (abgesehen von Ressourcen, die in der Landwirtschaft verwendet werden). In dem speziellen Fall von Ressourcen für Ernährung und Landwirtschaft (im Unterschied zu genetischen Ressourcen für die Entwicklung von Medikamenten und Kosmetika) sind die meisten Staaten gleichermaßen Nutzer wie Lieferanten von solchen Ressourcen. Staaten sind zwar in unterschiedlichem Maße aber in der Regel nicht im Stande ihre Landwirtschaft sowie ihre langfristige Ernährungssicherheit gestützt allein auf ursprüngliche und lokale Ressourcen aufrechtzuerhalten. Für ein besseres Verständnis zum Thema der wechselseitigen Abhängigkeit bei genetischen Ressourcen für Landwirtschaft und Ernährung siehe *Biber-Klemm/Cottier* (Hrgs.),

die Sicherstellung eines effektiven Schutzes geistiger Eigentumsrechte¹¹⁶⁹ geht. Die Vergabe von Patenten und Schutzrechten an Unternehmen als Gegenleistung für deren Engagement bei der Erschließung und wirksamen sowie nachhaltigen Nutzung genetischer Ressourcen soll durch die (nationale) Umsetzung der CBD-Ziele in Bezug auf den Zugang zu genetischen Ressourcen und dem damit erwarteten Vorteilsausgleich nicht gefährdet werden; hier stehen die Förderung von Innovation und das wirtschaftliche Wachstum im Vordergrund.¹¹⁷⁰ Demgegenüber zeichnet sich die Position der Ressourcenstaaten (Entwicklungsländer) dadurch aus, dass es ihnen neben einer finanziellen Entschädigung für die wirtschaftliche Nutzung ihrer biologischen Ressourcen und des damit verbundenen traditionellen Wissens sowie der Bewahrung vor künftigen Beschränkungen ihrer eigenen Nutzungsaktivitäten auch um die effektive Durchsetzung von Teilhaberechten an den wirtschaftlichen Vorteilen geht, die sich aus der Nutzung ihrer Ressourcen ergeben. Hiermit stehen sich zwangsläufig zwei diametral entgegengesetzte Ziele gegenüber.

Die internationale Debatte um den Konflikt um die Nutzung genetischer Ressourcen und das damit verbundene traditionelle Wissen wird nicht ausschließlich im Rahmen der Vertragsstaatenkonferenzen zur Umsetzung der CBD geführt. Dieses Thema wird ebenso kontrovers diskutiert in den Foren¹¹⁷¹ der WTO und hier insbesondere im Rahmen der Umsetzung des institutionell in der WTO verankerten

Rights to Plant Genetic Resources and Traditional Knowledge. Basic Issues and Perspectives. UK: World Trade Institute 2006. Siehe ferner zum Thema Warenfluss und Dienstleistungen (Pflanzen, Tiere u.a.) Bernstein, A Splendid Exchange. How Trade Shaped the World.

¹¹⁶⁹ Vgl. hierzu auch Dhar, in: Bellmann/Dutfield/Meléndez-Ortiz (Hrsg.), Trading in Knowledge, S. 77 (85).

¹¹⁷⁰ *Drahos* in: *Drahos/Blackeney* (Hrsg.), IP in Biodiversity and Agriculture, 2001, S. 53 (59).

¹¹⁷¹ So wird in Paragraph 19 der Schlussklärung der Ministerkonferenz von Doha der TRIPS-Rat dazu aufgerufen, das Verhältnis zwischen dem TRIPS-Übereinkommen und der CBD sowie den Schutz traditionellen Wissens und der Folklore zu klären:

Doha Ministerial Declaration vom 20.11.2001, (WT/MIN(01)DEC/1): "Para. 19: We instruct the Council for TRIPS, in pursuing its work programme including under the review of Article 27.3 (b), the review of the implementation of the TRIPS Agreement under Article 71.1 and the work foreseen pursuant to paragraph 12 of this Declaration to examine, inter alia, the relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity, the protection of traditional knowledge and the folklore, and other relevant new developments raised by Members pursuant to Art. 71.1. In undertaking this work, the TRIPS Council shall be guided by the objectives and principles set out in Article 7 and 8 of the TRIPS Agreement and shall take fully into account the development dimension."

Über einen möglichen Konflikt zwischen dem TRIPS-Übereinkommen und der CBD wird intensiv diskutiert. Einen Konflikt sehen Indien, in IP/C/M/25, para. 89, IP/C/M/24, para. 81, IP/C/W/195, und Kenia, IP/C/M/28, para 144; IP/C/W/163. Diese Länder fordern deshalb eine Überprüfung des TRIPS-Übereinkommens. Die EU und Australien sehen keinen Konflikt aus rechtlicher Sicht zwischen der CBD und dem TRIPS-Übereinkommen: IP/C/W/383 vom 16. September 2002, IP/C/W/310 vom 20. September 2001, wohl aber auf der Ebene der Implementierung. Für einen Überblick über die verschiedenen Positionen und ihre Argumente siehe *Gervais*, TRIPS, S. 230 f.

TRIPs-Übereinkommens (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*),¹¹⁷² welches das Ziel verfolgt, geistige Eigentumsrechte zu schützen, um Verzerrungen im internationalen Handel zu verringern und den weltweiten Fortschritt zu fördern.¹¹⁷³

A. Durchsetzung von Rechten an genetischen Ressourcen und traditionellem Wissen mit Hilfe des Patentrechts

Der Konflikt um die Nutzung von genetischen Ressourcen spielt sich bei genauerer Betrachtung der internationalen Debatte schwerpunktmäßig auf dem Gebiet des internationalen Patentrechts ab. Hier wird nämlich der primäre Ansatzpunkt für eine effektive Bekämpfung der sog. Biopiraterie gesehen, wobei speziell das TRIPs-Übereinkommen als Anknüpfungspunkt für die Umsetzung möglicher Lösungen dienen soll. Eine große Rolle spielt dabei die Frage, ob und in welchem Umfang geistige Eigentumsrechte an dem erlangtem Material, seinen Bestandteilen oder Folgeprodukten erlangt werden können, wenn die Erlangung nicht im Einklang mit dem Zugangssystem der CBD stand. Abgesehen von dem Fall der Zugangsversagung befürchten die Entwicklungsländer, dass der einmal gewährte Zugang zu dem erlangten Material zu einer Monopolisierung durch starke geistige Eigentumsrechte westlicher Unternehmen führen könnte und als Folge einen Ausschluss des Herkunftslandes von der Nutzung des Materials oder zumindest von der Partizipation an eventuell anfallenden Gewinnen bewirken könnte.

Das internationale Patentrecht wird in seiner derzeitigen Gestalt vorwiegend durch das TRIPs-Übereinkommen geprägt, welches auf den Grundsätzen der bereits bestehenden internationalen Abkommen zum Schutz des geistigen Eigentums beruht¹¹⁷⁴ und zugleich aber auch neues Recht schafft.¹¹⁷⁵ Mitte der Achtziger Jahre ist vor allem auf Initiative der Vereinigten Staaten von Amerika beschlossen worden, den Schutz geistiger Eigentumsrechte in Gestalt des TRIPs-Übereinkommens in die GATT-Verhandlungen mit einzubeziehen. Ausschlaggebend hierfür war der Umstand, dass bis zu diesem Zeitpunkt viele Entwicklungsländer entweder keinen oder nur einen minimalen Schutz geistiger Eigentumsrechte in ihren nationalen Rechtsordnungen verankert hatten¹¹⁷⁶ und die Verletzung bestehender Schutzrechte durch

¹¹⁷² Abkommen über handelsrelevante Aspekte des geistigen Eigentums der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994, BGBl. 1994 II, 1730; ABl. EG Nr. L 336 v. 23. Dezember 1994, S. 213.

¹¹⁷³ Vgl. dazu die Präambel und Art. 7 TRIPs.

¹¹⁷⁴ Ausführlich zu der Entstehungsgeschichte des TRIPs-Übereinkommens siehe *Gervais*, TRIPs, insbes. para. 1.01 – 1.76; *Correa/Yusuf*, Intellectual Property and International Trade, The TRIPs Agreement, insbes. S. 3–29; *Senti*, WTO-System und Funktionsweise der Welthandelsorganisation, 2000; *Drexel*, GRUR Int. (1994), S. 777 ff.

¹¹⁷⁵ Siehe dazu *Senti*, a.a.O., Rn. 1301.

¹¹⁷⁶ Siehe dazu *Levy*, Implementing TRIPs, S. 789.

bestimmte Staaten der Dritten Welt gehäuft vorkam.¹¹⁷⁷ Dieses Vorhaben der USA stieß schon damals auf Seiten Lateinamerikas und anderer Entwicklungsländer auf Ablehnung,¹¹⁷⁸ da sie hierin ein Instrument zur Durchsetzung der Interessen von Industriestaaten sahen.¹¹⁷⁹ Bereits im Rahmen der Verhandlungen wandelte sich diese anfängliche Ablehnung aber dahingehend, dass die Annahme des TRIPs-Übereinkommens als notwendiges Übel angesehen wurde, um in den Genuss der mit dem Beitritt zur Welthandelsorganisation verbundenen Vorteile zu gelangen. Mit dem Eintritt in die WTO hatten zudem insbesondere die lateinamerikanischen Staaten die Hoffnung verbunden, die Androhung unilateraler Handelsaktionen der USA eindämmen zu können.¹¹⁸⁰ Kritisiert wurden aber die mit der Umsetzung des TRIPs-Übereinkommens verbundenen finanziellen und administrativen Belastungen und, dass eigene Bedürfnisse und Vorstellungen dieser Staaten trotz gewährter Übergangsfrist in Art. 65 Abs. 2 TRIPs keinen Weg in das TRIPs-Übereinkommen gefunden haben.¹¹⁸¹ Das TRIPs-Übereinkommen zielt im Grundsatz auf die Schaffung eines weltweiten, vergleichbaren, immaterialgüterrechtlichen Schutzniveaus durch die Festlegung eines gewissen Mindeststandards zum Schutz des geistigen Eigentums. Aufgrund der sehr unterschiedlichen Ausgangspositionen und divergierenden Standpunkte¹¹⁸² der WTO-Mitgliedstaaten erwies sich die Vorgabe von Mindeststandards als der einzig gangbare Weg, um einen Konsens zwischen den WTO-Mitgliedstaaten zu erreichen. Dies wurde dadurch unterstützt, dass es den WTO-Mitgliedstaaten freigestellt ist, über den TRIPs-Standard hinauszugehen, sofern dadurch die Ziele des TRIPs-Übereinkommens nicht beeinträchtigt werden (Art. 1 Abs. 1 S. 2 TRIPs). Ferner sind die WTO-Mitgliedstaaten in der Methode der Umsetzung der gesetzten Mindeststandards frei (Art. 1 Abs. 1 S. 3 TRIPs), wobei sie verpflichtet sind, die TRIPs-Vorgaben möglichst wirksam umzusetzen.¹¹⁸³

I. TRIPs-Mindeststandards im Bereich des Patentrechts

Die das Patentrecht betreffenden Regelungen sind im Abschnitt 5 des TRIPs-Übereinkommens enthalten und in den Art. 27 bis 34 TRIPs geregelt.¹¹⁸⁴ Bezeichnend ist, dass die Regelungen zum Patentrecht eindeutig auf die Festlegung eines hohen

¹¹⁷⁷ Vgl. dazu *Senti*, a.a.O., Rn. 1294.

¹¹⁷⁸ Siehe hierzu *Hilpert*, GRUR Int. (1998), S. 91 (92).

¹¹⁷⁹ Vgl. *Pacón*, GRUR Int. (1996), S. 875.

¹¹⁸⁰ Siehe hierzu *Correa*, 1994 EIPR, S. 435 (443).

¹¹⁸¹ Vgl. *Kresalja*, Thémis 36, S. 155, 163. Hingegen betont *Heath*, GRUR Int. (1996), S. 1169 ff. eher den positiven Einfluss des TRIPs-Übereinkommens auf die Entwicklungsländer.

¹¹⁸² Siehe insbesondere zu den unterschiedlichen Auffassungen in Entwicklungsländern *Heath*, GRUR Int. (1996), S. 1169 (1171 f.); *Gervais*, Int'l. Intell. Prop. L. & Pol. (2001), 76-1, 76-5 f.; *Blackeney*, EIPR (1997), S. 298 (299 f.).

¹¹⁸³ Siehe hierzu umfassend *Busche* in: *Busche/Stoll*, TRIPs – Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums, S. 15.

¹¹⁸⁴ Siehe für einen Überblick über die Mindeststandards im Bereich des Patentrechts *Busche* in: *Busche/Stoll*, TRIPs – Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums, S. 25–28.

Schutzniveaus abzielen. Dies wird auch dadurch deutlich, dass diese Regelungen weit über die gesetzten Standards hinausgehen, die die bis dahin bestehenden Konventionen, die sich auf universeller Ebene auf Patente bezogen, vor Inkrafttreten des TRIPs-Übereinkommens gesetzt haben.¹¹⁸⁵ Hauptziel des Patentschutzes nach dem TRIPs-Übereinkommen ist es, den technologischen Fortschritt zu fördern. Wesentlicher Gedanke ist nicht nur die individuelle Belohnung des Erfinders für die Offenbarung der Erfindung, sondern auch die Bereicherung der Allgemeinheit durch die Kenntnis der Erfindung.¹¹⁸⁶

Art. 27 Abs. 1 S. 1 TRIPs legt zunächst die patentfähigen Gegenstände fest. Insoweit haben die WTO-Mitglieder vereinbart, dass Patente auf allen Gebieten der Technik erhältlich sein müssen. Durch dieses Verständnis wird eine vor Inkrafttreten des TRIPs-Übereinkommens in einigen Mitgliedstaaten verbreitete Praxis untersagt, bestimmte Erfindungen von vornherein vom Patentschutz auszuschließen. Hierbei handelte es sich vornehmlich um den Ausschluss vom Patentschutz für Erfindungen aus den Bereichen der Landwirtschaft (z.B. für Pflanzenschutzmittel), der Ernährung und der Gesundheit (z.B. für Arzneimittel). Das TRIPs-Übereinkommen definiert dabei die Begriffe der „Technik“ oder der „Erfindung“ nicht und belässt insofern den WTO-Mitgliedstaaten einen weiten Interpretationsspielraum. Es legt zudem fest, welche Wirkungen Patente entfalten müssen (Art. 28 TRIPs) und wie lange die Schutzdauer sein muss (Art. 33 TRIPs). Das TRIPs-Übereinkommen regelt ferner auch, wen bei Verletzung von Verfahrenspatenten die Beweislast trifft (Art. 34 TRIPs). Es bestimmt verbindlich für die Mitgliedstaaten, unter welchen Voraussetzungen sie ausnahmsweise ohne Zustimmung des Patentinhabers die Benutzung einer patentierten Erfindung erlauben dürfen (Art. 30, 31 TRIPs).¹¹⁸⁷ Außerdem sieht das TRIPs-Übereinkommen vor, dass Verwaltungsentscheidungen über den Widerruf oder Verfall von Patenten der gerichtlichen Kontrolle unterliegen müssen (Art. 32 TRIPs). Damit soll insgesamt die Position des Patentinhabers gestärkt werden.

Besonders relevant im Hinblick auf die Frage des Schutzes genetischer Ressourcen und des damit verbunden traditionellen Wissens sind einerseits Art. 27 Abs. 3 lit. b und Art. 29 TRIPs. Das TRIPs-Übereinkommen sieht vor, dass Mitgliedstaaten

¹¹⁸⁵ Gemeint sind hier die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums von 1883 in der Stockholmer Fassung von 1967, die zum 1. Juli 1997 125 Vertragsstaaten aufwies, und der Vertrag über die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Patentwesens von 1970 (PCT), welcher 73 Vertragsstaaten aufwies (hierzu WIPO Doc. 423 vom 1. Juli 1994). Die TRIPs-Regelungen zum Patentrecht gehen weiter als die in Art. 4, 4^{bis}, 4^{ter}, 4^{quater}, 5 A, 5 D, 5^{ter}, 5^{quater}, 11 PVÜ. Anders als die PVÜ trifft das TRIPs-Übereinkommen allerdings keine explizite Regelungen für Gebrauchsmuster. Zu den einzelnen Bestimmungen der PVÜ im Vergleich zum TRIPs-Übereinkommen siehe *Straus*, GRUR Int. (1996), S. 179 (183 f. und 187 ff.).

¹¹⁸⁶ Siehe Art. 29 Abs. 1 TRIPs.

¹¹⁸⁷ Diese Regelungen gehen über die in Art. 5 A PVÜ festgelegten Beschränkungen bei der Gewährung von Zwangslizenzen hinaus.

gewisse Ausnahmen vom Patentschutz vorsehen können. Nach Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs können Pflanzen und Tiere und im Wesentlichen biologische Verfahren für die Züchtung von Pflanzen oder Tieren mit Ausnahme von nicht-biologischen und mikrobiologischen Verfahren von der Patentierbarkeit ausgenommen werden.¹¹⁸⁸ Aufgrund des in Art. 27 Abs. 1 TRIPs erklärten Grundsatzes eines Patentschutzes auf allen Gebieten der Technik sind diese Ausnahmeregelungen eng auszulegen.¹¹⁸⁹ Demnach werden die Mitgliedstaaten nach Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs ausdrücklich verpflichtet, Pflanzensorten entweder durch Patente, durch ein wirksames System *sui generis*¹¹⁹⁰ oder durch eine Kombination beider Möglichkeiten immaterialgüterrechtlich zu schützen. Somit bezieht sich die Ausnahmebestimmung in Art. 27 Abs. 3 lit. b S. 1 TRIPs im Ergebnis nur auf Pflanzen als solche.

Demgegenüber betrifft Art. 29 TRIPs das Anmeldeverfahren.¹¹⁹¹ Nach Art. 29 Abs. 1 erster Halbsatz TRIPs sehen die Mitgliedstaaten vor, dass der Patentanmelder die Erfindung so deutlich und vollständig zu offenbaren¹¹⁹² hat, dass ein Fachmann sie ausführen kann. Die Offenbarung der Erfindung ist dabei zwingende Voraussetzung für eine ordnungsgemäße Patentanmeldung und gibt eine allgemein anerkannte Bestimmung wieder, die in allen westlichen nationalen Patentgesetzen und in westlichen internationalen Vertragsinstrumenten zu finden ist, die sich mit der Erteilung von Erfindungspatenten befassen.¹¹⁹³ Die Offenbarung¹¹⁹⁴ ist damit

¹¹⁸⁸ Von dieser Befugnis haben die Mitgliedstaaten auch Gebrauch gemacht: siehe z.B. Art. 53 EPÜ; § 2 PatG.

¹¹⁸⁹ Vgl. dazu und zur Gewährleistung eines Schutzniveaus durch das TRIPs-Übereinkommens Busche in: Busche/Stoll, TRIPs – Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums, S. 27.

¹¹⁹⁰ Diese Möglichkeit greift die Praxis bei der Einführung von Sortenschutzgesetzen auf, mit denen bereits in mehreren Staaten Pflanzensorten als Ergebnisse von Pflanzenzüchtungen geschützt werden. Siehe zu der Praxis in den Vereinigten Staaten von Amerika zum Schutz von Pflanzensorten durch Patente sowie durch besondere Sortenschutzrechte Adler, Can Patents Coexist with Breeder's Rights? Developments in U.S. and International Biotechnology Law, IIC 17 (1986), S. 195 ff. Demgegenüber haben die EU-Länder den Schutz von Pflanzensorten ausschließlich dem besonderen Sortenschutz vorbehalten.

¹¹⁹¹ Diese Vorschrift ist im Zusammenhang mit Art. 62 TRIPs zu sehen, der den Erwerb und die Aufrechterhaltung von Rechten des geistigen Eigentums betrifft.

¹¹⁹² Vgl. dazu auch die identischen Bestimmungen der Art. 83 EPÜ, Art. 5 PCT, Art. 8 Abs. 2 des Straßburger Übereinkommens von 1963 und Art. 34 Abs. 4 PatG. Die Offenbarung auf dem Gebiet der Biotechnologie im Rahmen der EU regelt Art. 13 der Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen vom 6. 7. 1998, ABl. EG Nr. L 213 vom 30. 7. 1998, S. 13 ff., welche die Hinterlegung biologischen Materials bei einer anerkannten Hinterlegungsstelle vorsieht und dabei auch auf die internationalen Hinterlegungsstellen nach dem Budapest Vertrag verweist.

¹¹⁹³ Vgl. Schäfers, in: Benkard, EPÜ, Art. 83 EPÜ Rn. 1.

¹¹⁹⁴ Die Offenbarung ist von zentraler Bedeutung für das Patentwesen. Die Art und Weise der Offenbarung der Erfindung in der Form, dass ein Fachmann sie ausführen kann, bestimmt zugleich den Rahmen für den Umfang des Ausschließlichkeitsschutzes des Patents. Sie ist gleichfalls maßgeblich für die Prüfung, Bestimmung und Bewertung des Standes der Technik der betreffenden Erfindung sowie für die Prüfung ihrer Ausführbarkeit. Zudem ist das Erfordernis

eine formale Bedingung der Patentanmeldung, sie begründet somit keine neue Patentvoraussetzung im Sinne des Art. 27 Abs. 1 TRIPs. Wie die Offenbarung der Erfindung in der Anmeldung im Einzelnen erfolgen soll, regelt das TRIPs-Übereinkommen nicht. Es bleibt den Mitgliedstaaten überlassen, dies in ihren jeweiligen Rechtsordnungen zu bestimmen.¹¹⁹⁵ Die Nichterfüllung dieser Voraussetzung durch den Patentanmelder¹¹⁹⁶ kann zur Zurückweisung der Patentanmeldung,¹¹⁹⁷ zum Widerruf des Patents¹¹⁹⁸ und, wenn ein Patent trotz unzureichender Offenbarung erteilt oder aufrechterhalten worden ist, zur Nichtigkeitserklärung¹¹⁹⁹ nach Maßgabe des jeweiligen zur Verfügung stehenden Verfahrens vor den zuständigen nationalen Gerichtsinstanzen führen.¹²⁰⁰ An diese beiden Vorschriften knüpft die kontrovers diskutierte Frage an, ob der Patentanmelder bei der Antragsstellung die Herkunft des biologischen Material angeben muss und/oder er nachweisen muss, dass er die Zugangsregelungen des entsprechenden Herkunftslandes erfolgreich durchlaufen hat. Damit soll zum einen das Erkennen einer Erfindung, die nicht neu ist oder keinen erfinderischen Schritt aufweist, erleichtert werden, weil sie nur die traditionell bekannten Wirkungen bestimmter pflanzlicher oder tierische Substanzen wiedergibt. Zum anderen würde eine derartige Bestimmung helfen, die Einhaltung der *Benefit-Sharing*-Bestimmung der CBD zu unterstützen und das Vorgehen gegen die unrechtmäßige Aneignung von biologischem Material, genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen (die sog. Biopiraterie) zu erleichtern. Dabei wird insbesondere die Vereinbarkeit einer solchen Bestimmung

einer deutlichen und vollständigen Offenbarung des Gegenstück und der Beitrag des Erfinders für die Gewährung eines zeitlich begrenzten Monopolrechts. Sie stellt also das *quid pro quo* für die Gewährung eines Patentschutzes und somit die rechtspolitisch motivierte Belohnung an den Erfinder oder Patentanmelder dar, seine Erfindung der Öffentlichkeit zugänglich zu machen und nicht geheim zu halten. Siehe zu alledem u.a. *Chisum/Nard/Schwartz/Newman/Kieff*, Principles of Patent Law, S. 162; *Schäfers*, in: *Benkard*, EPÜ, Art. 83 EPÜ Rn. 4; Background Reading Material on Intellectual Property, WIPO, Geneva, 1988, S. 19 zu der wirtschaftlichen Begründung für die Gewährung des „Patents“ bekannt als „Clothworkers of Ipswich“ aus dem Jahre 1615; *Grubb*, Patents, S. 14.; *Phillips/Firth*, Introduction to Intellectual Property Law, S. 109; zum Begriff „*consideration*“ siehe *Treitel*, Law of contract, Kapitel 3. Zu der Einführung des legalen Begriffes „*consideration*“ in England siehe auch *Grubb*, Patents, S. 8, und *Darcy v. Allein* (1602) 1 WPC 1 (Court of Queen’s Bench); *Penrose*, The Economics of the International Patent System, S. 32.

¹¹⁹⁵ Nach dem EPÜ z.B. muss die Offenbarung der Erfindung nicht vollständig in der Beschreibung erfolgen. Sie kann sich aus anderen Bestandteilen der Patentanmeldung wie aus den Patentansprüchen (Art. 84 EPÜ) und den Zeichnungen (Art. 78 Abs. 1 EPÜ) ergeben (Vgl. hierzu *Teschemacher*, in: *Singer/Stauder*, a.a.O., Art. 83 Rn. 9, 10). Nach Art. 5 PCT muss dagegen die Offenbarung in der Beschreibung erfolgen.

¹¹⁹⁶ Siehe dazu *De Carvalho*, TRIPS, S. 217.

¹¹⁹⁷ So z.B. die Zurückweisung der Patentanmeldung nach Art. 97 EPÜ, wenn die Offenbarung mit einem nicht behebbaren Mangel belastet ist.

¹¹⁹⁸ So z.B. im europäischen Einspruchsverfahren nach Art. 99 EPÜ, Art. 102 EPÜ.

¹¹⁹⁹ So z.B. nach Art. 138 Abs. 1 lit. b EPÜ.

¹²⁰⁰ Vgl. dazu *Schäfers*, in: *Benkard*, EPÜ, Art. 83 EPÜ Rn. 4.

mit dem TRIPs-Übereinkommen unter dem Gesichtspunkt sehr kontrovers diskutiert, ob die Nichterfüllung einer solchen Bedingung zur Ablehnung des Patentantrages oder sogar zum Widerruf eines erteilten Patents führen könnte.¹²⁰¹

Diese Problematik und die unterschiedlichen Vorschläge dazu werden im Folgenden untersucht.

II. Verankerung der CBD-Zugangsregelungen in das TRIPs-Übereinkommen

Zur Verankerung der CBD-Zugangsregelungen in das TRIPs-Übereinkommen werden zahlreiche Vorschläge unterbreitet. Im Folgenden werden die Kernvorschläge dargestellt und daraufhin untersucht, inwieweit sie dazu beitragen können, eine Lösung zu entwickeln, die die Zielsetzung¹²⁰² beider Übereinkommen berücksichtigt.

Gefordert wird – mit unterschiedlicher Begründung und Ausgestaltung – eine Anpassung des TRIPs-Übereinkommens an die Ziele der CBD.

Einige Vertragsstaaten, überwiegend Entwicklungsländer, haben die Revision des TRIPs-Übereinkommens nach Art. 27.3 (b) und Art. 71.1 zum Anlass genommen, um zu überprüfen und zu erreichen, dass das TRIPs-Übereinkommen die Umsetzung der Grundsätze der CBD unterstützt und nicht etwa gefährdet.¹²⁰³

Basierend auf den vorstehenden Ausführungen zum Verhältnis des TRIPs-Übereinkommens und der CBD und als Reaktion auf die aufgezeigte mangelnde Schutzfähigkeit genetischer Ressourcen und dem damit verbundenen traditionellen Wissen werden verschiedene Vorschläge unterbreitet, die allerdings stark in Umfang und Inhalt auseinandergehen. Vertreten wird:

¹²⁰¹ Siehe zu dieser Problematik *De Carvalho*, Requiring disclosure of origin of genetic resources and prior informed consent in patent applications without infringing the TRIPS Agreement: The problem and the solution, Washington University Journal of Law and Policy Vol. 2 (2000), S. 371 ff.

¹²⁰² Werden beide Übereinkommen gegenübergestellt, kommt man zu dem Ergebnis, dass sie unterschiedliche Ziele verfolgen. Die CBD versucht den Schutz der biologischen Vielfalt, die nachhaltige Nutzung der genetischen Ressourcen und die gerechte Aufteilung der Erträge aus der wirtschaftlichen Verwertung dieser Ressourcen zu erreichen (Präambel und Art. 1 CBD). Außerdem zielt die CBD auf die weitere Verwendung traditionellen Wissens mit Zustimmung und gerechter Vorteilsbeteiligung der lokalen und indigenen Bevölkerungsgruppen ab. Das TRIPs-Übereinkommen verfolgt demgegenüber das Ziel, geistige Eigentumsrechte zu schützen, um Verzerrungen im internationalen Handel zu verringern und den weltweiten Fortschritt zu fördern (s. Art. 7 TRIPs).

¹²⁰³ Vgl. Brasilien, IP/C/M/29, para. 146, 148 und 234; IP/C/M/28, para 135, IP/C/M/29/, para 122; Ecuador, IP/C/M/25, para 87; Indien, IP/C/M/30, para 169, IP/C/W/198; Indonesien, IP/C/M/32, para 135; Kenia, IP/C/M/28, para. 144, Kenia on behalf of the African Group, IP/C/W/163; Mauritius on behalf of the African Group, IP/C/W/206; Norwegen, IP/C/M/32, para. 125, IP/C/W/293; Thailand, IP/C/M/25, para. 78; Türkei, IP/C/M/27, para. 132; Venezuela, IP/C/M/32, para. 132, IP/C/M/28, para. 165.

- (1) ein Verbot der Patentierung von ressourcenbasierten Erfindungen,¹²⁰⁴
- (2) die Änderung bzw. Anpassung des internationalen Patentrechts (TRIPs- Übereinkommen) durch die in unterschiedlicher Weise begründete Einführung einer neuen Voraussetzung in den Vertragstext

oder

- (3) durch die Anpassung der nationalen Patentgesetze.¹²⁰⁵

1. Verbot der Patentierung ressourcenbasierter Erfindungen

Einige Vertreter von Entwicklungsländern und indigenen Gemeinschaften sprechen sich für eine generelle Abschaffung von Patenten aus, die lebende Materie zur Grundlage haben.¹²⁰⁶ Ihrer Ansicht nach würde bei einem generellen Patentierungsverbot ressourcenbasierter Erfindungen das wirtschaftliche Interesse von Konzernen an biologischem Material und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen als Ausgangsmaterial für patentierungswürdige Erfindungen wegfallen, da die hohen Recherche- und Entwicklungskosten nicht durch den Vorteil eines ausschließlichen Verwertungsrechts kompensiert würden. Diese Haltung dürfte dadurch motiviert sein, eine gerechte Regulierung der Ausnutzung und Verwertung der genetischen Ressourcen und des damit verbundenen traditionellen Wissens zu erreichen, und zwar unter Beteiligung an den aus der Nutzung resultierenden Vorteilen.¹²⁰⁷ Diese Ansicht lässt dabei allerdings außer Acht, dass die Versagung des Patents nur zur Folge hat, dass dem Erfinder kein ausschließliches Verwertungsrecht gewährt wird. Ein Nutzungsverbot der Erfindung folgt daraus nicht. Zu bemerken ist, dass die erfinderische Lehre gemeinfrei wäre und somit von jedem frei verwendet werden könnte. Diese Situation würde sich zum Beispiel für die Kosmetik- oder Naturmedizinbranche¹²⁰⁸ weiterhin als interessant erweisen, da hier im Gegensatz zur Pharmabranche die Entwicklungskosten relativ niedrig sind.¹²⁰⁹

Der Ansatz eines Patentierungsverbotes für ressourcenbasierte Erfindungen ist aber schon deshalb abzulehnen, weil er keinen konstruktiven Versuch darstellt, um die sich gegenüberstehenden Interessen auf Erfinderseite und auf Seiten der

¹²⁰⁴ Dieser Ansatz wird erörtert unter II. 2. a.

¹²⁰⁵ Die Ansätze (2) und (3) werden unter II. 2. b. erörtert.

¹²⁰⁶ Siehe dazu Woods, Alb. L. J. Sci. & Tech. (2002), S. 123 (125). Siehe dazu auch z.B. Art. 8 ff. des *Statements des Coordinating Body of the Indigenous Peoples of the Amazonas Basin* aus dem Jahre 1994, zitiert in Blackeney, EIPR (1997), S. 298 (302) mit weiteren Hinweisen.

¹²⁰⁷ Siehe dazu Woods, Alb. L. J. Sci. & Tech. (2002), S. 123 (125).

¹²⁰⁸ Siehe ausführlich zur Naturmedizin auf der Basis von Heilkräutern Bodeker, Cardozo J. Intell. & Comp. L. (2003), S. 785 (795).

¹²⁰⁹ Siehe zu diesem Ergebnis auch Federle, a.a.O., S. 144.

Ressourcegeber zum Wohle beider Seiten und der Allgemeinheit in Einklang zu bringen. Ohne rechtlich gewährleistetes Nachahmungsverbot würde kein technischer Fortschritt stattfinden oder wenn nur im Geheimen.¹²¹⁰ Ein radikales Patentierungsverbot liefe den Interessen der Allgemeinheit an fortschrittlichen, intensiven Forschungsaktivitäten gerade im medizinischen Bereich zur Entwicklung von Medikamenten, um die Heilungschancen lebensbedrohender Krankheiten konstant zu verbessern, zuwider. Auch die Interessen der Vertreter dieses radikalen Lösungsvorschlages können kaum effektiv durchgesetzt werden, da wie bereits erläutert, die Erfindung zwar nicht patentiert, aber es ohne Patentschutz auch keinen Vorteilsausgleich zugunsten der traditionellen Wissensträger geben würde. Dieser Ansatz gestaltet auch keine effektive Bekämpfung oder gar Kontrolle der beanstandenden sog. Biopirateriefälle.

2. Offenlegung der Herkunft als Voraussetzung für die Patentanmeldung oder -erteilung

Besonders intensiv werden die Vorschläge diskutiert, die die Einführung entsprechender Vorschriften in das TRIPs-Übereinkommen oder in das nationale Patentrecht zum Gegenstand haben. Das gilt insbesondere für die Einführung einer Bestimmung zur Offenlegung der Herkunft genetischer Ressourcen bei der Patentanmeldung. Auf diese Weise soll erreicht werden, dass die Zugangs- und Teilhabeordnung der CBD von Privaten beachtet wird. Die Aufnahme einer solchen Regelung in das TRIPs-Übereinkommen wird damit begründet, dass zum einen das Erkennen einer Erfindung, die nicht neu ist oder keinen erfinderischen Schritt aufweist, weil sie nur die traditionell bekannten Wirkungen bestimmter pflanzlicher oder tierischer Substanzen wiedergibt, erleichtert wird. Zum anderen würde eine Bestimmung über die Offenlegung der Herkunft helfen, die Einhaltung der *Benefit-Sharing*-Bestimmung der CBD zu unterstützen, und das Vorgehen gegen die unrechtmäßige Aneignung von biologischem Material, genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen (die sog. Biopiraterie)¹²¹¹ erleichtern. In Bezug auf den Schutz traditionellen Wissens würde eine Vorschrift über die Offenlegung der Herkunft die Prüfung des Standes der Technik (*prior art*) erleichtern, da den Anmelder eine Offenbarungspflicht über die Herkunft des für den Patentschutz vorgesehenen Materials treffen würde und eine Überprüfung bestehender Datenbanken insofern nicht erforderlich wäre.¹²¹²

Im Hinblick auf die Vereinbarkeit einer Erweiterung der Offenbarungspflichten des TRIPs-Übereinkommens um eine Offenlegung der Herkunft von genetischen Ressourcen wird zudem kontrovers diskutiert, ob die Nichterfüllung einer solchen

¹²¹⁰ Von Renesse/Tanner/von Renesse, Mitt. (2001), 1 f.

¹²¹¹ 1. Teil, A. III.

¹²¹² Siehe hierzu die Stellungnahme der Schweiz, „Art. 27.3 (b), The Relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity, and the Protection of Traditional Knowledge“ vom 28. Mai 2003, IP/C/W/400, para. 9.

Bedingung zur Ablehnung der Patentanmeldung oder sogar zum Widerruf eines erteilten Patents führen könnte und dürfte.¹²¹³ Gegen die Einführung einer solchen Regelung im TRIPs-Übereinkommen und gegen eine Umsetzungspflicht für die Mitgliedstaaten wird insbesondere eingewandt, dass dieser Weg die Kosten für die Patentanmeldung sehr stark anheben würde und dies eine zu starke Belastung für private Erfinder sowie kleinere und mittlere Unternehmen insbesondere in Entwicklungsländern bedeuten würde.¹²¹⁴

Zur Einführung von Offenbarungsverpflichtungen werden unterschiedliche Vorschläge über deren Inhalt und Reichweite vorgebracht, wobei die unterschiedlichen Ansätze miteinander vermischt werden. Zusammengefasst könnte demnach eine Ergänzung des TRIPs-Übereinkommens konkret folgende Anforderung an den Patentanmelder¹²¹⁵ stellen:

- die (obligatorische) Offenlegung der Quelle und/oder der Herkunft der genetischen Ressourcen und des damit verbundenen traditionellen Wissens;
- die Erbringung des Nachweises über die Zustimmung der Ressourcengeberstaaten und gegebenenfalls auch der indigenen Gemeinschaften als ursprünglich (Verfügungs-) Berechtigte zur Entnahme und Nutzung der genetischen Ressourcen respektive des traditionellen Wissens.¹²¹⁶
- Die Erbringung des Nachweises über eine Vereinbarung einer Vorteilsbeteiligung mit den Berechtigten.¹²¹⁷

Regelungen mit diesen Anforderungen sind bereits in zahlreichen nationalen Patentgesetzen implementiert worden.¹²¹⁸ Die in Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs vorgesehene Überprüfungsklausel sowie das in Paragraph 19 der Schlusserklärung der Ministerkonferenz von Doha¹²¹⁹ aufgeführte Mandat an den TRIPs-Rat, das Verhältnis zwischen dem TRIPs-Übereinkommen und der CBD zu überprüfen,

¹²¹³ Siehe zu dieser Problematik *De Carvalho*, Requiring disclosure of origin of genetic resources and prior informed consent in patent applications without infringing the TRIPS Agreement: The problem and the solution, Washington University Journal of Law and Policy Vol. 2 (2000), S. 371–400, S. 371 ff.

¹²¹⁴ Siehe dazu die Stellungnahme der Vereinigten Staaten von Amerika, WTO DOC. IP/C/W/162 vom 29. 10. 1999.

¹²¹⁵ Im Ergebnis richtet sich diese Regelung mit ihren Anforderungen vielmehr an den Patentanmelder als an den Erfinder, da letzterer nicht immer zugleich derjenige ist, der die Erfindung zum Patent anmeldet.

¹²¹⁶ Dieser Nachweis ist in der Regelung durch Vorlage des Zugangsvertrages entsprechend den nationalen Zugangsregelungen des Ursprungsstaates und unter Berücksichtigung der nationalen Bestimmungen zum Schutz und Weitergabe von traditionellem Wissen zu erbringen.

¹²¹⁷ Als Berechtigte sind in der Regel die Parteien der Zugangs- und Teilhabevereinbarung entsprechend den nationalen Zugangsregelungen gemeint.

¹²¹⁸ So sind diese Bestimmungen zum Beispiel bereits von den Mitgliedstaaten der Andengemeinschaft in Erfüllung der Bestimmungen des Beschlusses 486 eingefügt worden. Derartige Bestimmungen haben auch Brasilien und Costa Rica eingeführt.

¹²¹⁹ Siehe Fn. 1171.

dienten bisher als Plattform für den Beginn der internationalen Diskussion über die Einführung einer solchen Bestimmung in das TRIPs-Übereinkommen.

Die Vorschläge variieren allerdings sehr stark im Hinblick auf (1) die Definition des Begriffes „Offenbarung der Herkunft“ (*disclosure of origin*) der genetischen Ressourcen und des damit verbundenen traditionellen Wissens, (2) die Intensität und Reichweite der Bestimmung (Nachweis von PIC und MATs) und (3) Rechtsnatur und Rechtsverbindlichkeit der Bestimmung. So wird vorgeschlagen, die oben genannten Anforderungen an den Patentanmelder (im Folgenden: Regelung) als zusätzliche Erteilungsvoraussetzung oder als Wirksamkeitsvoraussetzung im TRIPs-Übereinkommen auszugestalten.

Als Patenterteilungsvoraussetzung würde eine Offenbarungspflicht im Hinblick auf die Herkunft, Quelle und/oder den rechtmäßigen Erwerb von genetischen Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen die Erteilung des Patents von der Erfüllung ihrer inhaltlichen Anforderungen abhängig machen. Dies würde die Erteilung von Patenten von vornherein erheblich erschweren, die zu Unrecht bzw. trotz Bekanntheit bei den indigenen Gemeinschaften erfolgt sind. Da das Patent ein geprüftes Schutzrecht ist, muss das Patentamt die materiellen Schutzvoraussetzungen, also Neuheit und erfinderische Tätigkeit in Bezug auf den Stand der Technik, für die Erfindung überprüfen. Der Umfang der Recherche des relevanten Standes der Technik ist aber aus Kosten- und Zeitgründen begrenzt auf die dem Prüfer der Patentanmeldung zugänglichen schriftlichen und systematischen Dokumente. Das traditionelle Wissen wird in der Regel mündlich überliefert. Damit ist es nicht in der für die Patentämter üblichen Form (z.B. in Zeitschriften, Datenbanken etc.) zugänglich. Das traditionelle Wissen wird daher mangels Zugänglichkeit für den Prüfer der Anmeldung als Stand der Technik bisher grundsätzlich nicht berücksichtigt. Zudem würden dadurch Patente auf ressourcenbasierte Erfindungen ohne Beteiligung der Berechtigten an den wirtschaftlichen Erfolgen der Erfindungsverwertung nicht mehr erteilt werden können.¹²²⁰

Durch die Ausgestaltung als Wirksamkeitsvoraussetzung würde eine falsche oder unterlassene Angabe der durch die Regelung geforderten Informationen bei der Patentanmeldung zum Widerruf des Patents führen. Eine mangelnde Erfüllung der Anforderungen dieser Regelung könnte in einem späteren Nichtigkeitsprozess durch einen Dritten vorgebracht werden. Die so erzielte Abhängigkeit der Wirksamkeit eines Patents von einem rechtmäßigen Erwerb würde dazu führen, dass die potentiellen Nutzer pflanzengenetischer Ressourcen ein gesteigertes Interesse an dem Abschluss von wirksamen Zugangs- und Teilhabevereinbarungen haben würden.¹²²¹

¹²²⁰ Siehe hierzu die Stellungnahmen von Brasilien in WTO Dok. IP/C/W/356 vom 24. Juni 2002, S. 5 ff.

¹²²¹ Siehe hierzu *De Carvalho*, Washington University Journal of Law and Policy (2000), S. 371 (394 ff.).

Den vorgenannten Vorschlägen über die Erweiterung der Offenbarungspflichten gemein ist die Frage der Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des TRIPs-Übereinkommens. Im Folgenden wird auf die wichtigsten Vorschläge eingegangen, und zwar unter dem Blickwinkel der Vereinbarkeit mit dem TRIPs-Übereinkommen.

a. Berechtigte Nutzung von genetischen Ressourcen und/oder traditionellem Wissen als Patenterteilungsvoraussetzung – Art. 27 Abs. 1 TRIPs

Die Patenterteilungsvoraussetzungen sind in Art. 27 Abs. 1 S. 1 TRIPs geregelt. Die Vorschrift legt zunächst fest, dass Patente für Erfindungen auf allen Gebieten der Technik erhältlich sein müssen, sowohl für Erzeugnisse als auch für Verfahren, vorausgesetzt, dass sie neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind.¹²²² Die Patenterteilungsvoraussetzungen sind in Art. 27 Abs. 1 TRIPs abschließend geregelt. Die Anforderungen an den Patentanmelder gemäß der vorgeschlagenen Regelung werden von den in Art. 27 Abs. 1 TRIPs festgelegten Patenterteilungsvoraussetzungen nicht erfasst. Eine Aufnahme dieser Bestimmung ist auch nicht über den den Mitgliedstaaten eröffneten Ausfüllungsspielraum im Hinblick auf die Definition der genannten Patenterteilungsvoraussetzungen zu begründen.¹²²³ Die eingeräumte Definitionsfreiheit berechtigt die Mitgliedstaaten nicht zu einer Auslegung der Begriffe, die nicht mehr vom Sinn und Zweck der Vorschrift gedeckt ist. Art. 27 Abs. 1 S. 1 TRIPs bestimmt, dass Patente für Erfindungen zu erteilen sind, die die drei materiellen Patenterteilungsvoraussetzungen erfüllen. Die Begriffe der Neuheit, der erfinderischen Tätigkeit und der gewerblichen Anwendbarkeit sind Begriffe, die sich direkt auf die Erfindung als solche beziehen und diese bestimmen, weil sie aus dem technischen Charakter der Erfindung selbst resultieren.¹²²⁴ Sowohl die Art und Weise der Erlangung genetischer Ressourcen für die Entwicklung der Erfindung als auch die Verpflichtung zur Beteiligung am kommerziellen Erlös der Erfindung sind Umstände, die mit der Einordnung des Gegenstandes als Erfindung in keinem Zusammenhang stehen. Diese Vorgänge können gegebenenfalls nationales Zivil- oder Strafrecht verletzen, aber nicht das Patentrecht.¹²²⁵ Die Aufnahme der vorgenannten Offenbarungspflicht mit einem der genannten Inhalte (Herkunft/Quelle/rechtmäßiger

¹²²² Gewisse sachlich zulässige Ausnahmen vom Patentschutz sind in den Abs. 2 und 3 des Art. 27 TRIPs geregelt. Die Ausnahmen in zeitlicher Hinsicht sind in den Art. 65 Abs. 4 und in Art. 70 Abs. 8 sowie Art. 27 Abs. 3 TRIPs geregelt. Siehe hierzu ausführlich *Neef*, in: *Busche/Stoll*, TRIPs – Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums, S 439 ff.

¹²²³ Das TRIPs-Übereinkommen bietet keine Definition für die Begriffe der Neuheit, der erfinderischen Tätigkeit und der gewerblichen Anwendbarkeit. Das Übereinkommen überlässt es den Mitgliedstaaten, den Inhalt dieser Begriffe in ihren Rechtsordnungen festzulegen. Siehe zu diesem Definitionsspielraum auch *Rott*, GRUR Int. (2003), S. 103 (111 f.); siehe auch *Straus*, GRUR Int. (1996), S. 179 (195).

¹²²⁴ *De Calvalho*, Wash. U. J.L. & Policy (2000), S. 371 (374 f.).

¹²²⁵ Siehe hierzu auch *De Calvalho*, Wash. U. J.L. & Policy (2000), S. 371 (380).

Erwerb des genetischen Materials) für den Patentanmelder in Art. 27 Abs. 1 TRIPs würde den eingeräumten Definitionsspielraum unzulässig erweitern, weil sie eine neue materielle Patenterteilungsvoraussetzung schaffen würde. Bereits aus gesetzsystematischen Gründen ist damit die Aufnahme einer Offenbarungspflicht in Art. 27 Abs. 1 TRIPs abzulehnen.¹²²⁶

b. Ausschluss vom Patentschutz – Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs

Aus dieser Vorschrift geht hervor, dass nach dem TRIPs-Übereinkommen weite Bereiche der Biotechnologie dem Patentschutz zugänglich sein müssen.¹²²⁷ Somit betreffen die Regelungen des Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs insbesondere die Verpflichtungen und Befugnisse der Mitgliedstaaten im biotechnologischen Bereich.¹²²⁸ Die Vorschrift erlaubt den Ausschluss von Erzeugnispatenten auf Pflanzen und Tiere¹²²⁹ mit ausdrücklicher Ausnahme von Mikroorganismen.¹²³⁰ Zudem regelt

¹²²⁶ Die Verpflichtungen aus der Bestimmung werden auch nicht von der Ausnahmeregelung des Art. 27 Abs. 2 TRIPs erfasst. Gemäß Art. 27 Abs. 2 TRIPs können die Mitgliedstaaten die Patentierbarkeit nicht näher spezifizierter Erfindungen aus Gründen des öffentlichen Interesses, wie dem Schutz der öffentlichen Ordnung (*ordre public*), dem Schutz der guten Sitten, dem Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Tieren und Menschen oder zur Vermeidung einer schweren Schädigung der Umwelt ausschließen. Dabei greift das Verbot der Patentierung nur dann ein, wenn gerade die Benutzung der Erfindung einen solchen Verstoß begründet. Auch Art. 27 Abs. 2 TRIPs bezieht sich auf das Wesen der Erfindung als solche und die möglichen Konsequenzen ihrer kommerziellen Verwertung. Die Verpflichtungen aus einer Offenbarungspflicht haben aber mit der Erfindung als solche nichts zu tun, sie betreffen einen Sachverhalt außerhalb der Erfindung.

¹²²⁷ Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs ist schließlich Ausdruck eines fehlenden Konsens der Vertragsstaaten hinsichtlich der Patentierung von Lebensformen, vgl. dazu z.B. *Reichman*, *The International Lawyer* 29 (1995), S. 345 (358 ff.).

¹²²⁸ Die Ausnahmeregelungen des Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs sind von zahlreichen Ländern in ihre nationale Gesetzgebung aufgenommen worden, siehe die Antworten zu dem Fragebogen des WTO-Sekretariats, IP/C/W/122, IP/C/W/126; OMPI/BIOT/WG/99/1 vom 29. 10. 1999 und OECD (1999), *Intellectual Property practices in the field of biotechnology*, Working Party of the Trade Committee, TD/TC/WP(98) 15/Final, Paris. Siehe hierzu auch mit weiteren Nachweisen *Reyes-Knoche*, in: *Busche/Stoll*, TRIPs, S. 465, Rn. 85.

¹²²⁹ Dabei ist diese Vorschrift eng auszulegen, und zwar in dem Sinne, dass sie nur den Patentausschluss von Pflanzen und Tieren als solche meint. Siehe hierzu auch *Correa*, *EIPR* (1994), S. 327 (328). Die Vorschrift betrifft auch Tierrassen, Tierarten und Pflanzensorten. Dem Ausnahmetatbestand sollen auch transgene Pflanzen und Tiere unterfallen (vgl. *Straus*, *GRUR Int.* (1996), 179 (190, FN 104)). Erfindungen, die sich auf Pflanzen und Tiere beziehen, sollen dadurch vom Patentschutz nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden. Die Vorschrift ist insbesondere auch nicht so zu verstehen, als dass sie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet, grundsätzlich den Patentschutz für Erfindungen, die sich auf Gene, Gensequenzen oder auf Körperteile oder Körpersubstanzen sowie auf entsprechende Verfahren beziehen, auszuschließen. Siehe hierzu auch *Stoll/Raible* in: *Prieß/Berrisch* (Hrsg.), *WTO-Handbuch*, Rn. 79, S. 591.

¹²³⁰ Siehe zu der Pflicht zur Gewährung von Patentschutz für Mikroorganismen mit weiteren Nachweisen *Reyes-Knoche*, in: *Busche/Stoll*, TRIPs – Internationales und europäisches Recht des geis-

Art. 27 Abs. 3 lit. b S. 1 TRIPs Ausnahmen für bestimmte Verfahrenspatente.¹²³¹ Danach können vom Patentschutz „im Wesentlichen biologische Verfahren für die Züchtung von Pflanzen und Tieren“ ausgenommen werden.¹²³² Art. 27 Abs. 3 lit. b S. 2 TRIPs trifft ferner eine Sonderregelung für den rechtlichen Schutz von Pflanzensorten, ohne jedoch den Begriff zu definieren.¹²³³ Die Vorschrift bestimmt lediglich, dass Pflanzensorten geschützt werden müssen. Die Mitgliedstaaten haben aber die Möglichkeit, diesen Schutz durch Patente oder durch ein anderes wirksames System *sui generis* oder durch eine Kombination beider Möglichkeiten zu gewährleisten. Anders als die anderen Ausnahmeregelungen in Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs ist dieser Ausnahmetatbestand als ein positives Schutzgebot formuliert, wonach den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen drei Rechtsschutzmöglichkeiten gewährt wird. Die Vorschrift legt aber nicht fest, was unter einem „wirksamen“ System zu verstehen ist. Damit können die Mitgliedstaaten die Reichweite und den Inhalt der zu gewährenden Schutzrechte bestimmen.¹²³⁴ Aufgrund der großen Bedeutung und der Tragweite des Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs ist in dessen Satz 3 eine eigene Überprüfungsklausel eingefügt worden. Die vier Jahre nach Inkrafttreten des WTO-Übereinkommens vorgesehene Überprüfung wurde fristgerecht im Jahre 1999 eröffnet, dann aber vertagt. Das Überprüfungsverfahren hat bisher keine neuen Erkenntnisse gebracht.¹²³⁵ Schon hinsichtlich der Reichweite der Überprüfungsklausel als solche besteht Uneinigkeit.¹²³⁶ Die Entwicklungsländer vertreten aus taktischen

tigen Eigentums, S. 468, Rn. 89 f.

¹²³¹ Verfahrenspatente betreffen Züchtungs- und Herstellungsmethoden und können dadurch eine viel größere Wirkung entfalten, weil sie zugleich auf mehrere unterschiedliche Pflanzensorten und Tierarten Anwendung finden können.

¹²³² Der Grundgedanke dieser Vorschrift zielt darauf ab, traditionelle Züchtungsmethoden wie die Verfahren zur Kreuzung von Arten, zur Rassenmischung oder die Selektivzuchtverfahren von dem Patentschutz auszuschließen. Vgl. dazu etwa *Armitage*, GRUR Int. (1990), S. 662 (664). Für weitere Einzelheiten zu biologischen Verfahren für die Züchtung von Pflanzen und Tieren siehe mit weiteren Nachweisen *Reyes-Knoche*, in: *Busche/Stoll*, TRIPs – Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums, S. 469, Rn. 91–94.

¹²³³ Für die Heranziehung des Begriffes der Pflanzensorten aus dem UPOV-Übereinkommen siehe mit weiteren Nachweisen *Reyes-Knoche*, in: *Busche/Stoll*, TRIPs – Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums, S. 470, Rn. 95.

¹²³⁴ Siehe hierzu ausführlich und mit weiteren Nachweisen *Reyes-Knoche*, in: *Busche/Stoll*, TRIPs – Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums, S. 470, Rn. 96 f.

¹²³⁵ Vgl. *Stoll/Raible* in: Prieß/ Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, Rn. 82, S. 592; für einen Überblick der Debatte und der unterschiedlichen dargestellten Auffassungen während der Verhandlungen über die Überprüfung des Art. 27 Abs. 3 lit. b siehe *Notes by the Secretariat*, Review of the Provision of Article 27.3(b), IP/C/W/369 und die letzte aktualisierte Fassung dieses Dokuments IP/C/W/369/Rev. 1 vom 9. März 2006; „The Protection of Traditional Knowledge“, IP/C/W/370/Rev. 1 vom 9. März 2006 und „The Relationship between the TRIPs Agreement and the Convention on Biological Diversity“, IP/C/W/368, sowie *Gervais*, TRIPs, insbesondere S. 227–230 für einen Überblick über die wichtigsten Themen im Rahmen der Diskussion über die Überprüfungsklausel dieser Vorschrift.

¹²³⁶ Siehe hierzu *UNCTAD/ICTSD*, Resource Book, S. 395.

Gründen überwiegend die Position, dass die Überprüfungsklausel den Weg für eine Überprüfung der Vorschrift an sich zulässt, und zwar mit der Möglichkeit einer Inhaltsänderung.¹²³⁷ Dagegen vertreten zahlreiche Industriestaaten die Ansicht, dass die Überprüfungsklausel nur Fragen der wirksamen Implementierung der Vorschrift meint;¹²³⁸ ein Zurückfallen hinter die vereinbarten Standards solle dadurch gerade nicht ermöglicht werden. Auch aufgrund des Mandats von Doha ist diese Vorschrift weit über die WTO hinaus Ausgangspunkt für Konflikt Diskussionen zwischen Industriestaaten und Entwicklungsländern. Im Rahmen der aktuellen Debatte um die Überprüfung des Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs¹²³⁹ und die Umsetzung des Mandates von Doha werden insbesondere folgende Themen kontrovers diskutiert:

- (1) das Verhältnis zwischen dem TRIPs-Übereinkommen und der Konvention über die Biologische Vielfalt (CBD)¹²⁴⁰ und eng damit verbunden
- (2) der Schutz des traditionellen Wissens und der Folklore,¹²⁴¹
- (3) das Erfordernis der Einführung von Herkunftsangaben für genetische Ressourcen (und traditionelles Wissen) bei der Patentanmeldung,
- (4) die Einführung eines Zertifikats zum Nachweis der Beachtung der nationalen Gesetzgebung über die Durchführung von PIC (*prior informed consent*) und MATs (*mutually agreed terms*) für den Zugang zu genetischen Ressourcen und das damit verbundene traditionelle Wissen¹²⁴²

¹²³⁷ Siehe z.B. Mitteilung der *African Group*, WT/GC/W/202 und IP/C/W/404 vom 26. 6. 2003, zum Text der Mitteilung IP/C/W/404 siehe *UNCTAD/ICTSD*, Resource Book, S. 396.

¹²³⁸ Siehe z.B. die Mitteilungen von USA, IP/C/W209, und Australien, IP/C/W310.

¹²³⁹ Der TRIPs-Rat hat für diese Debatte um Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs ein eigenes Portal eingerichtet, auf dem auch die relevanten Stellungnahmen der Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellt werden: http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art27_3b_e.htm.

¹²⁴⁰ Im Wesentlichen werden drei Positionen vertreten: (1) Zwischen dem TRIPs-Übereinkommen und der CBD bestehe ein inhärenter Konflikt. Dieser Konflikt könne nur durch eine Änderung des TRIPs-Übereinkommens beseitigt werden. (2) Es bestehe kein Konflikt zwischen den beiden Regelungswerken; sie könnten und sollten vielmehr in einer sich gegenseitig unterstützenden Weise implementiert werden. (3) Möglicherweise bestehe ein Konflikt zwischen den beiden Regelungswerken. Dies müsste geklärt werden, so dass das TRIPs-Übereinkommen und die CBD in einer sich gegenseitig unterstützenden Weise umgesetzt werden können. Für einen Überblick über die verschiedenen Positionen und ihre Argumente siehe *Gervais*, TRIPs, S. 230 f. und "The Relationship between the TRIPs Agreement and the Convention on Biological Diversity: Summary of Issues Raised and Points made: Note by the Secretariat", WTO-Dokument IP/C/W/368 vom 8. August 2002, paras. 20 ff., IP/C/W/368/Rev. 1 vom 9. 2.2006 und IP/C/W/369/Rev. 1 vom 9. 3. 2006.

¹²⁴¹ Siehe dazu *Gervais*, TRIPs, S. 231 f.; siehe auch die WTO-Dokumente WTO/AIR/2322 vom 27. 5. 2004; WTO/AIR/2246 vom 5. 2. 2004 und WTO/AIR/2104 vom 20. 5.2003. Siehe auch *UNCTAD/ICTSD*, Resource Book, S. 399 zu der Diskussion über das adäquate Diskussionsforum zum Thema traditionelles Wissen und Folklore.

¹²⁴² Siehe dazu *Gervais*, TRIPs, S. 232 und "The Relationship between the TRIPs Agreement and the Convention on Biological Diversity: Summary of Issues Raised and Points made: Note by the Secretariat", WTO-Dokument IP/C/W/368 vom 8. 8. 2002, paras. 20 ff.

und

(5) die dadurch erhoffte Bekämpfung der sog. Biopiraterie.¹²⁴³

Im Hinblick auf die Einführung einer Regelung, mit der der Patentanmelder verpflichtet werden soll, im Anmeldeverfahren unter anderem einen Nachweis über die Zugangs- und Teilhabevereinbarung nach nationalem Recht zu erbringen, ist vorgeschlagen worden, diese Bestimmung in Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs aufzunehmen. Auch die in Art. 27 Abs. 3 aufgenommenen Ausnahmen beziehen sich allein auf den Gegenstand der Erfindung, seien es diagnostische, therapeutische und chirurgische Verfahren für die Behandlung von Menschen, Tieren sowie Pflanzen. Die Ausnahmevoraussetzungen des Art. 27 Abs. 3 TRIPs sind abschließend geregelt und erfassen damit die Anforderungen aus der vorgeschlagenen Regelung nicht. Der Vorschlag, eine solche Bedingung in Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs aufzunehmen, ist zwar taktisch gesehen bemerkenswert – einerseits wegen der Überprüfungsklausel des Art. 27 Abs. 3 lit. b HS 2 TRIPs und andererseits, weil es die Diskussion über diese Thematik auf eine internationale Ebene hebt. Die Regelungen des Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs betreffen aber insbesondere die Verpflichtungen und Befugnisse der Mitgliedstaaten im biotechnologischen Bereich, u.a. die Befugnis der Mitgliedstaaten, Pflanzen und Tiere von der Patentierbarkeit auszuschließen. Auch wenn die Revision des Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs zum Anlass genommen wurde, um die Aufnahme solcher Regelungen in dieser Bestimmung zu erreichen, eröffnet der Wortlaut und der Anwendungsbereich des Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs gesetzessystematisch keine passende Grundlage dafür. Die Vorschrift schließt bestimmte Gegenstände von der Patentierbarkeit aus ohne formelle Anforderungen dafür zu stellen, wie sie von der vorgestellten Offenbarungspflicht gestellt werden. Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs regelt einen komplett anderen Bereich. Der Wortlaut sowie der Anwendungsbereich dieser Vorschrift betreffen somit einen ganz anderen Regelungsgegenstand.

c. Formelle Patentierungsvoraussetzung – Art. 29 TRIPs

Die Offenlegungspflichten entsprechend der vorgeschlagenen Regelung können aber statt als materielle Patenterteilungsvoraussetzungen als formelle Patentierungsvoraussetzungen ausgestaltet werden.¹²⁴⁴ Demnach ist vorgeschlagen worden, die Pflicht zur Offenbarung der Herkunft/Quelle/des rechtmäßigen Erwerbs in Art. 29 TRIPs zu verankern.

¹²⁴³ Siehe für einen Überblick über die verschiedenen vertretenen Auffassungen zu diesen Themen: *Gervais*, TRIPs, S. 228 bis 230.

¹²⁴⁴ Siehe hierfür *Correa*, The Politics and Practicalities of a Disclosure of Origin Obligation, S. 5; *ders.*, Establishing a disclosure of origin Obligation in the TRIPs Agreement, S. 9; siehe auch *Ruiz Muller*, Policy and Environmental Law Series, No. 16 (2004), S. 1 (4).

Nach Art. 29 Abs. 1 erster Halbsatz TRIPs sehen die Mitgliedstaaten vor, dass der Patentanmelder die Erfindung so deutlich und vollständig zu offenbaren¹²⁴⁵ hat, dass ein Fachmann sie ausführen kann. Die Offenbarung der Erfindung ist dabei zwingende Voraussetzung für eine ordnungsgemäße Patentanmeldung und gibt eine allgemein anerkannte Bestimmung wieder, die in allen westlichen nationalen Patentgesetzen und in westlichen internationalen Vertragsinstrumenten zu finden ist, die sich mit der Erteilung von Erfindungspatenten befassen.¹²⁴⁶ Die Offenbarung setzt das Vorliegen einer Erfindung im Sinne des Art. 27 TRIPs voraus. Sie ist damit eine formale Bedingung der Patentanmeldung, begründet aber keine neue materielle Patentierungsvoraussetzung im Sinne des Art. 27 Abs. 1 TRIPs. Die Offenbarung ist von zentraler Bedeutung für das Patentwesen. Die Art und Weise der Offenbarung der Erfindung in der Form, dass ein Fachmann sie nachahmen kann, bestimmt zugleich den Rahmen für den Umfang des Ausschließlichkeitsschutzes des Patents.¹²⁴⁷ Sie ist gleichfalls maßgeblich für die Prüfung, Bestimmung und Bewertung des Standes der Technik der betreffenden Erfindung sowie für die Prüfung ihrer Ausführbarkeit.¹²⁴⁸ Zudem ist das Erfordernis einer deutlichen und vollständigen Offenbarung das Gegenstück und der Beitrag des Erfinders für die Gewährung eines zeitlich begrenzten Monopolrechts. Sie stellt also das *quid pro quo*¹²⁴⁹ für die Gewährung eines Patentschutzes, der rechtspolitisch motivierten Belohnung¹²⁵⁰ an den Erfinder oder Patentanmelder dar, der seine Erfindung der Öffentlichkeit¹²⁵¹ zugänglich macht anstatt sie geheim zu halten.

¹²⁴⁵ Vgl. dazu auch die identischen Bestimmungen der Art. 83 EPÜ, Art. 5 PCT, Art. 8 Abs. 2 des Straßburger Übereinkommens von 1963 und Art. 34 Abs. 4 PatG. Die Offenbarung auf dem Gebiet der Biotechnologie im Rahmen der EU regelt Art. 13 der Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen vom 6.7.1998, ABl. EG Nr. L 213 vom 30.7.1998, S. 13 ff., welche die Hinterlegung biologischen Materials bei einer anerkannten Hinterlegungsstelle vorsieht und dabei auch auf die internationalen Hinterlegungsstellen nach dem Budapester Vertrag verweist.

¹²⁴⁶ Vgl. *Schäfers*, in: *Benkard*, EPÜ, Art. 83 EPÜ Rn. 1.

¹²⁴⁷ Vgl. dazu auch *Chisum/Nard/Schwartz/Newman/Kieff*, Principles of Patent Law, S. 161.

¹²⁴⁸ *De Carvalho*, TRIPS, S. 217.

¹²⁴⁹ Vgl. dazu *Chisum/Nard/Schwartz/Newman/Kieff*, Principles of Patent Law, S. 162; *Schäfers*, in: *Benkard*, EPÜ, Art. 83 EPÜ Rn. 4; Background Reading Material on Intellectual Property, WIPO, Geneva, 1988, S. 19 zu der wirtschaftlichen Begründung für die Gewährung des „Patents“ bekannt als „Clothworkers of Ipswich“ aus dem Jahre 1615; *Grubb*, Patents, S. 14.

¹²⁵⁰ Siehe dazu auch *Phillips/Firth*, Introduction, S. 109; zum Begriff „consideration“ siehe *Treitel*, Law of Contract, Kapitel 3. Zu der Einführung des legalen Begriffes „consideration“ in England siehe auch *Grubb*, Patents, S. 8, und *Darcy v. Allein* (1602) 1 WPC 1 (Court of Queen’s Bench); *Penrose*, The economics of the international patent system, S. 32.

¹²⁵¹ Vgl. dazu auch die identischen Bestimmungen der Art. 83 EPÜ, Art. 5 PCT, Art. 8 Abs. 2 des Straßburger Übereinkommens von 1963 und Art. 34 Abs. 4 PatG. Die Offenbarung auf dem Gebiet der Biotechnologie im Rahmen der EU regelt Art. 13 der Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen vom 6.7.1998, ABl. EG Nr. L 213 vom 30. 7.1998, S. 13 ff., welche die Hinterlegung

Wie die Offenbarung der Erfindung in der Anmeldung im Einzelnen erfolgen soll, regelt das TRIPs-Übereinkommen nicht. Es bleibt den Mitgliedstaaten überlassen, dies in ihren jeweiligen Rechtsordnungen zu bestimmen.¹²⁵² Auch in diesem Fall kann die Nichterfüllung dieser Voraussetzung durch den Patentanmelder¹²⁵³ zur Zurückweisung der Patentanmeldung,¹²⁵⁴ zum Widerruf des Patents¹²⁵⁵ und, wenn ein Patent trotz unzureichender Offenbarung erteilt oder aufrechterhalten worden ist, zur Nichtigkeitserklärung¹²⁵⁶ nach Maßgabe des jeweiligen zur Verfügung stehenden Verfahrens vor den zuständigen nationalen Gerichtsinstanzen führen.

Es wird kontrovers diskutiert, ob in Art. 29 TRIPs die Verpflichtung des Patentanmelders verankert werden kann, bei der Patentanmeldung die Herkunft des biologischen Materials anzugeben und den Nachweis zu erbringen, dass er die Zugangsvorschriften des entsprechenden Herkunftslandes erfolgreich durchlaufen hat. Da Art. 29 Abs. 1 TRIPs eine solche Angabe nicht zur Bedingung macht, haben einige Entwicklungsländer eine Änderung dieser Vorschrift¹²⁵⁷ vorgeschlagen.¹²⁵⁸

Anders als Art. 27 Abs. 1 und Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs bietet Art. 29 TRIPs von einer gesetzessystematischen Betrachtungsweise her eine bessere Grundlage für derartige Änderungsvorschläge. So gehen die Befürworter dieses Ansatzes von der Prämisse aus, dass es sich bei der einzuführenden Regelung mit den Offenbarungsverpflichtungen nicht um eine materielle, sondern um eine formelle Patentierungsvoraussetzung¹²⁵⁹ handelt und daher Art. 29 TRIPs die richtige Norm für entsprechende Vorschläge darstellt. Wie bereits oben dargelegt, betrifft Art. 29 TRIPs Fragen der Patentanmeldung und insbesondere Fragen der Offenbarung der Erfindung, und zwar in der Weise, dass ein Fachmann in die Lage versetzt wird, die Erfindung ohne weiteres auszuführen. Gegen die Einführung einer solchen Regelung in der aktuellen Fassung des Art. 29 TRIPs wird in diesem Zusammenhang vorgebracht, dass für die Erfüllung der Offenbarungsverpflichtung aus Art. 29 TRIPs eine vorangegangene Zustimmung der Berechtigten zur Entnahme und Verwertung der genetischen Ressourcen und des damit verbundenen traditionel-

biologischen Materials bei einer anerkannten Hinterlegungsstelle vorsieht und dabei auch auf die internationalen Hinterlegungsstellen nach dem Budapest Vertrag verweist.

¹²⁵² Vgl. dazu *Reyes-Knoche*, in: *Busche/Stoll*, TRIPs – Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums, S. 487, Rn. 10.

¹²⁵³ Siehe *De Carvalho*, TRIPS, S. 217.

¹²⁵⁴ So z.B. die Zurückweisung der Patentanmeldung nach Art. 97 EPÜ, wenn die Offenbarung mit einem nichtbehebenden Mangel belastet ist.

¹²⁵⁵ So z.B. im europäischen Einspruchsverfahren nach Art. 99 EPÜ, Art. 102 EPÜ.

¹²⁵⁶ So z.B. Art. 138 Abs. 1 lit. b EPÜ.

¹²⁵⁷ Vgl. dazu ausführlich *De Carvalho*, *Washington University Journal of Law and Policy* Vol. 2 (2000), S. 371 (372).

¹²⁵⁸ So z.B. Indien, WTO Dok. IP/C/W/195 und IP/C/W/403 (unter anderem auch von Indien eingereicht); siehe auch *De Carvalho*, TRIPS, S. 218.

¹²⁵⁹ So *Correa*, *The Politics and Practicalities of a Disclosure of Origin Obligation*, S. 5: *ders.*, *Establishing a Disclosure of Origin Obligation in the TRIPS Agreement*, S. 9; siehe hierzu auch *Ruiz Muller*, *Policy and Environmental Law Series*, No. 16 (2004), S. 1 (4).

len Wissens sowie der Nachweis einer Vereinbarung über einen Vorteilsausgleich irrelevant sei. Diese Faktoren stellten keine Information dar, die für den Fachmann im Hinblick auf die Ausführung der Erfindung von unerlässlicher Bedeutung sein könnten.¹²⁶⁰ Die Offenbarungsverpflichtung des Art. 29 TRIPs gehe somit nicht weiter als die Verpflichtung zur Angabe aller Informationen, die für die Ausführung der Erfindung erforderlich sind. Die Offenbarung der Quelle oder der Herkunft der genetischen Ressourcen sei nur dann notwendig, wenn sie unabdingbar für die Ausführung der Erfindung sein sollte.¹²⁶¹ Weiterhin wird argumentiert, dass diesem Vorschlag auch Art. 62 TRIPs entgegenstünde. Die Verpflichtungen aus der Regelung stünden nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit den im TRIPs-Übereinkommen abschließenden aufgezählten Patenterteilungsvoraussetzungen. Damit sei die Implementierung als eine weitere formelle Voraussetzung ausgeschlossen, von deren Beachtung die Erteilung eines Patents abhängig gemacht werden könnte. Angemessene Verfahren im Sinne der Art. 62 TRIPs in Verbindung mit den Zielen des Art. 29 TRIPs seien nur solche, die die Patentbehörden bei der Prüfung, ob eine patentierbare Erfindung vorliegt, unterstützen.¹²⁶² Die Verpflichtungen aus der vorgenannten Offenbarungspflicht würden keinen Beitrag zu den Zielen des Art. 29 TRIPs (die Ausführbarkeit der Erfindung) beitragen.

Dieser Ansicht ist nicht uneingeschränkt zuzustimmen. Für eine Änderung des Art. 29 TRIPs spricht zunächst, dass das TRIPs-Übereinkommen kein ausdrückliches Verbot enthält, im Rahmen der Offenbarung der Erfindung Angaben über die Herkunft und über die CBD-konforme Erlangung der verwendeten genetischen Ressourcen zu verlangen. In vielen Staaten wird die Zuerkennung oder Durchsetzung von geistigen Eigentumsrechten von der Einhaltung bestimmter Förmlichkeiten abhängig gemacht.¹²⁶³ Art. 62 TRIPs trägt dieser Tatsache Rechnung und legitimiert derartige Förmlichkeiten und/oder Verfahrensvorschriften, sofern sie die Antragsteller oder Immaterialgüterrechtsinhaber nicht unangemessen belasten.¹²⁶⁴ Zwar definiert Art. 62 TRIPs nicht, welche Förmlichkeiten und Verfahren als an-

¹²⁶⁰ Siehe *De Carvalho*, Requiring disclosure of origin of genetic resources and prior informed consent in patent applications without infringing the TRIPS Agreement: The problem and the solution, in: Washington University Journal of Law and Policy Vol. 2 (2000), S. 371 (380).

¹²⁶¹ *De Carvalho*, Requiring disclosure of origin of genetic resources and prior informed consent in patent applications without infringing the TRIPS Agreement: The problem and the solution, Washington University Journal of Law and Policy Vol. 2 (2000), S. 371 (380). Siehe hierzu auch die Stellungnahme der USA. im Rahmen des WTO Committee on Trade and Environmental im Jahre 1997, wonach die Angabe der Quelle der Ressourcen gemacht werden muss, wenn die Quelle einzigartig ist. WTO Dok. IP/C/W/162 vom 29. Oktober 1999.

¹²⁶² Siehe *De Carvalho*, Requiring disclosure of origin of genetic resources and prior informed consent in patent applications without infringing the TRIPS Agreement: The problem and the solution, Washington University Journal of Law and Policy Vol. 2 (2000), S. 371 (381 ff.).

¹²⁶³ Siehe *Höhne*, in: *Busche/Stoll*, TRIPs – Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums, S. 694, Rn. 2.

¹²⁶⁴ Siehe *Höhne*, in: *Busche/Stoll*, TRIPs – Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums, S. 694, Rn. 2.

gemessen zu betrachten sind. Art. 62 Abs. 1 S. 2 TRIPs setzt aber eine absolute Grenze, wonach Formalitäten und Verfahren nicht gegen die Bestimmungen des TRIPs-Übereinkommens verstoßen dürfen. Sinn und Zweck des Art. 62 TRIPs ist es, den Erwerb oder die Aufrechterhaltung geistiger Eigentumsrechte nicht unnötig zu erschweren.

Angemessene Vorschriften sind somit solche, deren Einhaltung von gewöhnlichen Antragstellern verlangt werden können. Sie dürfen also weder zu kompliziert noch so kostspielig sein, dass der Antrag in der Mehrzahl der Fälle als wirtschaftlich unsinnig zu bewerten ist.¹²⁶⁵ Den Mitgliedstaaten verbleibt vielmehr bei der Ausgestaltung dieser Formalitäten und Verfahren ein Ermessensspielraum im Hinblick auf die Angemessenheit. Demnach würde eine solche Interpretation nicht gegen Art. 62 Abs. 1 TRIPs verstoßen,¹²⁶⁶ da die Offenlegung der Herkunft nicht als unnötig kompliziert oder kostenträchtig angesehen werden kann. Aus einer bereits vorliegenden Studie von mehr als 500 Patentanmeldungen, die biologisches Material als Grundlage hatten, ist zu entnehmen, dass in den meisten Fällen das Ursprungsland der entsprechenden Pflanzen genannt worden ist.¹²⁶⁷ Die Offenbarung der Herkunft der Ressource kann in bestimmten Fällen notwendig sein, um die zum Patent angemeldete Erfindung auf Neuheit und Erfindungshöhe hin zu überprüfen. Die (obligatorische) Offenbarung der Herkunft oder Quelle der Ressource würde keine unangemessene Belastung für den Patentanmelder darstellen.

Eine differenzierte Betrachtung könnte allerdings im Hinblick auf das Erfordernis des Nachweises der Zugangs- und Teilhabevereinbarung angebracht sein, da dieses Erfordernis in keinem Zusammenhang mit der Frage der Patentierbarkeit der Erfindung steht. Dieser Nachweis stellt keine Information dar, die der Fachmann im Sinne des Art. 29 TRIPs benötigen könnte, um die Erfindung auszurichten. Das Konzept einer Zustimmung vergleichbar der vorherigen informierten Zustimmung (PIC) ist aber dem Patentrecht nicht fremd. So finden sich Beispiele für eine Zustimmung als Patentierungsvoraussetzung bei Miterfindern oder Arbeitnehmererfindungen.¹²⁶⁸

Da im TRIPs-Übereinkommen die vorstehend diskutierten Regelungen der CBD fehlen, schlägt *De Carvalho* demgegenüber vor, die Offenlegung der Herkunft und den Nachweis von PIC und MATs (bzw. der Zugangs- und Teilhabevereinbarung) nicht als Patentvoraussetzung zu konzipieren, sondern erst auf der Ebene der Durchsetzbarkeit zu berücksichtigen.¹²⁶⁹ Denn das TRIPs-Übereinkommen trifft keine Regelung über die Ausgestaltung der Verletzungsverfahren und der Ver-

¹²⁶⁵ Siehe *Höhne*, in: *Busche/Stoll*, TRIPs – Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums, S. 694, Rn. 2.

¹²⁶⁶ Siehe zu dieser Ansicht auch *Correa*, Establishing a Disclosure of Origin Obligation in the TRIPs Agreement, S. 9.

¹²⁶⁷ Vgl. *Downes*, Columbia Journal of Environmental Law 25 (2000), 253 (274).

¹²⁶⁸ Siehe hierzu *Heath-Weidlich*, IPQ 2003, S. 69 (82). Zur Arbeitnehmererfindung nach deutschem Recht, siehe *Kraßer*, Patentrecht, § 21, S. 389–422.

¹²⁶⁹ *De Carvalho*, Washington University Journal of Law and Policy Vol. 2 (2000), S. 371 (394 ff.).

teidigungsmöglichkeiten des vermeintlichen Verletzers. Dies bleibt den Mitgliedstaaten vorbehalten. Zur Begründung zieht *De Carvalho* die Grundsätze der von US-amerikanischen Gerichten entwickelten „*fraudulent procurement doctrine*“¹²⁷⁰ heran. Nach dieser Doktrin hat eine Falschdarstellung bei der Patenterteilung keine Nichtigerklärung des Patents zur Folge, sondern hemmt lediglich die Durchsetzbarkeit des Patents.¹²⁷¹ Bei Nichterfüllung der Anforderungen aus der Regelung könnte dem Patentinhaber im Verletzungsprozess die Möglichkeit versagt werden, sein Recht aus dem Patent gegen vermeintliche Verletzer durchzusetzen. Dadurch soll erreicht werden, dass eine Durchsetzung seiner Ansprüche bis zum Abschluss einer Teilhabevereinbarung gehemmt ist.¹²⁷²

d. Einführung eines neuen Art. 29bis TRIPs

In Anbetracht der Argumente, die gegen die Einführung einer vorstehend diskutierten Regelung in Art. 29 TRIPs sprechen sowie gegen die Auslegung des Art. 29 TRIPs dahingehend, dass unter dem Begriff der Offenbarung die Anforderungen der diskutierten Regelungen hineingelesen werden können, haben eine Gruppe biodiversitätsreicher Staaten¹²⁷³ nunmehr vorgeschlagen, einen neuen Artikel 29bis in das TRIPs-Übereinkommen einzuführen.¹²⁷⁴ Nach dieser Bestimmung sollen die

¹²⁷⁰ Ins Deutsche kann diese Doktrin etwa mit der Formulierung „betrügerische Erschleichung“ übersetzt werden.

¹²⁷¹ Siehe hierzu das Urteil des US Supreme Court im Fall *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.* 382 U.S. 172 (1965).

¹²⁷² *De Carvalho*, Requiring disclosure of origin of genetic resources and prior informed consent in patent applications without infringing the TRIPS Agreement: The problem and the solution, *Washington University Journal of Law and Policy* Vol. 2 (2000), S. 371 (394 ff.); siehe auch *Dolder*, Mitt. (2003), S. 349, 386 ff.; *Commission on Intellectual Property Rights*, Report, S. 87.

¹²⁷³ Hierunter befinden sich nun auch Staaten, die ursprünglich die Einführung der Regelung über Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs oder Art. 29 TRIPs bevorzugt hatten, wie zum Beispiel Brasilien und Indien.

¹²⁷⁴ Der Text der Bestimmung lautet:

“Art. 29bis TRIPS:

Disclosure of Origin of Biological Resources and/or Associated Traditional Knowledge

1. For the purposes of establishing a mutually supportive relationship between this Agreement and the Convention on Biological Diversity, in implementing their obligations, Members shall have regard to the objectives and principles of this Agreement and the objectives of the Convention on Biological Diversity.
2. Where the subject matter of a patent application concerns, is derived from or developed with biological resources and/or associated traditional knowledge, Members shall require applicants to disclose the country providing the resources and/or associated traditional knowledge, from whom in the providing country they were obtained, and, as known after reasonable inquiry, the country of origin. Members shall also require that applicants provide information including evidence of compliance with the applicable legal requirements in the providing country for prior informed consent for access and fair and equitable benefit-sharing arising from the commercial or other utilization of such resources and/or associated traditional knowledge.

Mitgliedstaaten die Patentanmelder verpflichten, das Land zu offenbaren, das die betreffenden biologischen Ressourcen und/oder das auf diesen Ressourcen bezogene traditionelle Wissen zur Verfügung gestellt hat (*providing country*), sowie soweit möglich auch das Herkunftsland (*country of origin*), sollte dieses nicht mit dem *providing country* identisch sein. Als weitere Anforderung bei der Patentanmeldung sollen die Anmelder Informationen zur Verfügung stellen, die nachweisen, dass sie die rechtlichen Zugangs- und Teilhabebestimmungen (PIC, MATs) des Anbieterlandes erfüllt haben.¹²⁷⁵ Dem Patentanmelder wird zudem die Verpflichtung auferlegt, alle ihm zur Kenntnis gelangten Informationen mit Bezug auf seine Verpflichtung aus Art. 29bis TRIPs zu aktualisieren. Zudem ergeht an die Mitgliedstaaten der Auftrag, die relevanten Informationen zu veröffentlichen und eventuell mit den vom Patentanmelder nachträglich gelieferten Informationen zu aktualisieren sowie geeignete Durchsetzungsverfahren im Hinblick auf die Erfüllung der Anforderung des Art. 29bis TRIPs vorzusehen. In den Fällen, in denen der Patentanmelder den Offenbarungspflichten vorsätzlich oder fahrlässig nicht nachkommt oder falsche Informationen beigebracht hat, sollen die Behörden und die Gerichte die Patenterteilung aussetzen, das Patent widerrufen oder es für nicht durchsetzbar erklären können.

e. Ergebnis

Die CBD verlangt, vor der Entnahme genetischer Ressourcen bestimmte Grundsätze (MATs und PIC, Art. 15.4 CBD und Art. 15.5 CBD) einzuhalten. Das TRIPs-Übereinkommen enthält hierzu keine Regelung und ermöglicht demnach

3. Members shall require applicants or patentees to supplement and to correct the information including evidence provided under paragraph 2 of this Article in light of new information of which they become aware.
4. Members shall publish the information disclosed in accordance with paragraphs 2 and 3 of this Article jointly with the application or grant, whichever is made first. Where an applicant or patentee provides further information required under paragraph 3 after publication, the additional information shall also be published without undue delay.
5. Members shall put in place effective enforcement procedures so as to ensure compliance with the obligations set out in paragraphs 2 and 3 of this Article. In particular, Members shall ensure that administrative and/or judicial authorities have the authority to prevent the further processing of an application or the grant of a patent and to revoke, subject to the provisions of Article 32 of this Agreement, or render unenforceable a patent when the applicant has, knowingly or with reasonable grounds to know, failed to comply with the obligations in paragraphs 2 and 3 of this Article or provided false or fraudulent information.”

Siehe hierzu Brasilien, Indien, Pakistan, Thailand, Peru und Tansania, Doha Work Programme – The outstanding Implementation Issue on the Relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity, WT/GC/W/564/rev. 2 (im Umlauf auch unter der Dokumentennummer TN/C/W/41/Rev.2 oder IP/C/W/474). Durch Add. 1 bis 8 zu IP/C/W/474 haben sich Südafrika, Mauritius, die Dominikanische Republik, Lesotho, Paraguay, Venezuela, Ecuador und Uganda diesem Vorschlag angeschlossen.

¹²⁷⁵ Siehe Abs. 2 des vorgeschlagenen Art. 29bis TRIPs.

die Patentierung auch in Fällen der nicht CBD-konformen Verwendung traditionellen Wissens und genetischer Ressourcen.

Zu Konflikten kann es also kommen, wenn mit Patenten Erfindungen geschützt werden, die auf genetischen Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen beruhen, ohne dass die damit verbundenen Rechte und Teilhabeansprüche beachtet werden. Dabei verlangt die CBD ausdrücklich,¹²⁷⁶ dass Patente und sonstige geistige Eigentumsrechte die Ziele der Konvention unterstützen¹²⁷⁷ und ihnen nicht zuwiderlaufen.¹²⁷⁸ In dieser Hinsicht trifft das TRIPs-Übereinkommen aber keinerlei Regelung. Damit kann zusammengefasst gesagt werden, dass zwar ein Konfliktpotential, aber kein offener Widerspruch zwischen beiden Abkommen besteht. Vielmehr treten die Konflikte erst bei der Umsetzung durch die Vertragsstaaten in nationales Recht auf, insbesondere, wenn auf nationaler Ebene im Hinblick auf die Umsetzung der Zugangsregelung des *prior informed consent* dieser zur Patenterteilungsvoraussetzung erhoben wird. Ein Konflikt zwischen beiden Übereinkommen folgt damit nicht direkt aus normativen Widersprüchen, sondern stellt vielmehr einen Ziel- bzw. Interessenskonflikt zwischen den Vertragsstaaten dar.¹²⁷⁹ Beide Übereinkommen können und sollten in einer sich gegenseitig unterstützen Art und Weise umgesetzt werden.¹²⁸⁰ Dafür bedürfte es allerdings der Anpassung des TRIPs-Übereinkommens, wobei keine Einigkeit besteht, ob dies auf der Implementierungsebene, d.h. in der Umsetzung in nationales Recht, oder bereits auf der Ebene des Vertragstextes erfolgen soll.

Die obige Analyse der unterschiedlichen Ansätze zeigt, dass die Staaten im Wesentlichen den Zielen hinter der Begründung für die Einführung einer Regelung mit den genannten Anforderungen (Offenlegung der Herkunft) grundsätzlich zustimmen und deren Umsetzung auch unterstützen wollen. Es besteht Einigkeit darüber, dass Fälle der sog. Biopiraterie bekämpft werden sollen, dass somit die Ziele der CBD im Hinblick auf den Zugang zu genetischen Ressourcen und des damit verbundenen traditionellen Wissens zu fördern und durch Maßnahmen auch im nationalen Recht zu unterstützen sind.¹²⁸¹ Uneinigkeit besteht weiterhin im Hinblick

¹²⁷⁶ Art. 16.3 und Art. 16.5 CBD.

¹²⁷⁷ So respektiert die CBD grundsätzlich den Schutz geistiger Eigentumsrechte. Siehe *Helfer*, Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking, 29 Yale Journal of International Law (2004), 1 (28ff).

¹²⁷⁸ Siehe dazu Art. 16 Abs. 5 CBD. Siehe *Jain*, der hier auf eine kritische Haltung zur Ausübung geistiger Eigentumsrechte hindeutet, in: Global Trade and the New Millennium: Defining the Scope of Intellectual Property Protection of Plant Genetic Resources and Traditional Knowledge in India, Hastings International and comparative Law Review 22 (1999), 777 (785).

¹²⁷⁹ Siehe dazu *Helfer*, Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking, Yale Journal of International Law 29 (2004), 1 (29 f.).

¹²⁸⁰ Siehe dazu auch Statement der Europäischen Union im „Concept Paper“, IP/C/W/383.

¹²⁸¹ Siehe hierzu zum Beispiel die Stellungnahme von Brasilien, China, Kuba, der Dominikanischen Republik, Ecuador, Indien, Pakistan, Thailand, Venezuela, Zambia und Zimbabwe, in: „The Relationship Between the TRIPs Agreement and the convention on Biological Diversity and the Protection of Traditional Knowledge“, IP/C/W/356 vom 24. Juni 2002, para. 10.

auf die Heranziehung des TRIPs-Übereinkommens und somit des internationalen Patentrechts als Einfallstor zur Unterstützung der Umsetzung der Ziele der CBD. Auch ein gemäßigter Vorschlag, eine solche Regelung als formale Patentvoraussetzung (Verfahrenserfordernis) einzuführen, scheitert bisher im Ergebnis nicht an der Dogmatik und Systematik des TRIPs-Übereinkommens, sondern vielmehr an dem politischen Willen der Mehrheit der Vertragsstaaten sowohl des TRIPs-Übereinkommens als auch der CBD, diese tatsächlich umzusetzen.

Auch die 5. WTO-Ministerkonferenz, die vom 10. bis zum 14. September 2003 in Cancún, Mexiko, stattgefunden hat, hat keinen substantiellen Beitrag zu dieser Debatte geliefert, da kein weitergehendes Ergebnis erzielt wurde. Im Rahmen der 6. WTO-Ministerkonferenz, die vom 13. bis zum 18. Dezember 2005 in Hong Kong stattfand, wurde dieses Thema kurz aufgegriffen. Die *Ministerial Declaration* bezieht sich auf Paragraph 19 der *Doha Declaration*, wobei das damalige Mandat bestätigt und erneuert wird.¹²⁸² Damit kann man davon ausgehen, dass das kontrovers diskutierte Thema weiterhin auf der Agenda ist.¹²⁸³ Die 7. WTO-Ministerkonferenz Ende 2009 in Genf¹²⁸⁴ hat keinen Beitrag zu dieser Debatte geleistet. Eine *Ministerial Declaration* blieb, wie vor dem Meeting beschlossen, aus und als offizielles Do-

¹²⁸² *Hong Kong Ministerial Declaration* vom 22. 12. 2005, (WT/Min (05)/DEC): "Paragraph 44. We take note of the work undertaken by the Council for TRIPS pursuant to paragraph 19 of the Doha Ministerial Declaration and agree that this work shall continue on the basis of paragraph 19 of the Doha Ministerial Declaration and the progress made in the Council for TRIPS to date. The General Council shall report on its work in this regard to our next Session." Zum Text siehe http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min05_e/final_text_e.htm.

¹²⁸³ Bislang sind u.a. folgende offizielle Dokumente zur Diskussion um Art. 27 Abs. 3 lit. b TRIPs eingereicht worden: *Brasilien*, Response to questions raised on the draft amendment to TRIPS. Article 29bis, IP/C/W/475 vom 26. 7. 2006, wobei hier auf die Änderungsvorschläge zu Art. 29 TRIPs besonders eingegangen wird; *Brasilien, Indien, Pakistan, Thailand, Peru und Tansania*, Doha Work Programme – The outstanding Implementation Issue on the Relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity, WT/GC/W/564/rev. 2 (im Umlauf auch unter der Dokumentennummer TN/C/W/41/Rev.2 oder IP/C/W/474 (Add. 1 – 8)) oder *Norwegen*, The Relationship between the TRIPS Agreement, the Convention on Biological Diversity and the protection of traditional knowledge – Amending the TRIPS Agreement to Introduce an Obligation to Disclose the Origin of Genetic Resources and Traditional Knowledge in Patent Applications, IP/C/W/473 vom 14. 6. 2006, wobei hier insbesondere auf die Kriterien eingegangen wird, die für eine gegenseitige und unterstützende Umsetzung von TRIPs und CBD erforderlich sind; *Japan*, IP/C/W/472; *Bolivien, Kuba, Ecuador, Indien, Sri Lanka und Thailand*, Submission in Response to the Communication from Switzerland, (IP/C/W/446), IP/C/W/470 vom 21. 3. 2006; *Vereinigte Staaten von Amerika*, Relationship between the TRIPS Agreement and the CBD, and the Protection of Traditional Knowledge and Folklore, IP/C/W/469 vom 13.3.2006 und die *Mitteilungen des Sekretariats*, IP/C/W/370 Rev. 1 vom 9.3.2006 und IP/C/W/368/Rev. 1 vom 8.2.2006.

¹²⁸⁴ 30. November bis 02. Dezember 2009. Das Thema der Ministerkonferenz war „The WTO, the Multilateral Trading System and the Current Global Economic Environment“. Die Konferenz hatte zum Ziel, Bilanz über vergangene Aktivitäten der WTO zu ziehen und gleichzeitig Perspektiven über die künftige Rolle der WTO bei der Bewältigung der Wirtschaftskrise und sonstiger relevanter Themen des Welthandels zu diskutieren.

kument entstand nur das zweiseitige Protokoll des Chairmans über die wesentlichen Aussagen der Mitgliedstaaten während der Konferenz.¹²⁸⁵ Offen ist damit, wie nunmehr der konkrete Vorschlag im Hinblick auf die Einführung eines neuen Artikels 29bis TRIPs in den weiteren internationalen Diskussionsrunden behandelt werden wird. Grundsätzlich wäre die Einführung einer solchen Bestimmung zu begrüßen. Es bleibt allerdings abzuwarten, wie die Vertragsstaaten entscheiden werden, zumal durch konkrete Formulierungsvorschläge, die nunmehr in allen relevanten internationalen Foren zirkulieren, der (politische) Entscheidungs-Druck mit der Zeit weiter steigen wird.

3. Regionale Vorläufermodelle zum Thema Offenlegung der Herkunft

Auf regionaler Ebene gibt es zwei Regelwerke im Bereich des (internationalen) Patentrechts, die die Thematik der Offenlegung der Herkunft von verwendetem biologischen Material aufgreifen und damit als „Vorläufermodelle“ für die noch laufende Diskussion in den CBD- und WTO-(TRIPs)Foren Bedeutung haben.

a. EU-Biopatentrichtlinie

Der Erwägungsgrund 27 der europäischen Richtlinie über den Schutz biotechnologischer Erfindungen (im Folgenden „EU-Biopatentrichtlinie“)¹²⁸⁶ betrifft eine Regelung hinsichtlich der Offenbarung der Herkunft von verwendetem biologischen Material. Danach sollte die Patentanmeldung gegebenenfalls Angaben über die geographische Herkunft von biologischem Material enthalten, wenn die Erfindung auf biologischem Material basiert und dem Patentanmelder die Herkunft auch bekannt ist. Die Angabe der geographischen Herkunft soll ferner auf freiwilliger Basis beruhen und keinen Einfluss auf die Patenterteilung haben.¹²⁸⁷ Damit stellt sich die Frage nach der Durchsetzbarkeit eines solchen Erfordernisses. Der Systematik dieser Bestimmung nach hat ihre Nichteinhaltung keine rechtlichen Konsequenzen, so sind insbesondere keine Sanktionen bei Nichtangabe vorgesehen. Die Vorschrift dient vielmehr nur der Schaffung von Transparenz, sollten die Angaben über die Herkunft bei der Patentanmeldung freiwillig gemacht werden. Zudem besteht für die Mitgliedstaaten keine Verpflichtung, den Erwägungsgrund 27 in ihrer nationalen Gesetzgebungen umzusetzen.¹²⁸⁸ Zwar steht diese Regelung

¹²⁸⁵ Zu bemerken ist, dass im Rahmen dieser Ministerkonferenz die nochmalige Verlängerung der Moratorien zu elektronischem Handel sowie TRIPs/Nichtverletzungsbeschwerden beschlossen worden ist.

¹²⁸⁶ EU-Biopatentrichtlinie vom 6. Juli 1998, AblEG Nr. L 213 vom 30. Juli 1998.

¹²⁸⁷ Siehe hierzu *Dolder*, Mitt (2003), S. 349 (362); *Götting*, GRUR Int. (2004), S. 731 (735); *Straus*, GRUR Int. (2004), S. 792 (795).

¹²⁸⁸ Das deutsche Patentgesetz erfuhr im Wege der Umsetzung der EU-Biopatentrichtlinie zahlreiche Änderungen. So ist der § 34a PatG durch Art. 1 Nr. 10 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über den Schutz biotechnologischer Erfindungen vom 21. Januar 2005 eingeführt

nicht im Widerspruch zum TRIPs-Übereinkommen, schon weil sie als freiwillige Bestimmung formuliert worden ist und auch keine weitere Voraussetzung für die Patentierung einer Erfindung bedeutet. Aufgrund ihres Charakters als freiwillige Regelung ist eine effektive Durchsetzbarkeit allerdings fraglich.

b. Der Beschluss 486 der Andengemeinschaft

Nach dem *Common Intellectual Property System* der Andengemeinschaft, das durch den Beschluss 486¹²⁸⁹ angenommen wurde, muss der Patentanmeldung beigefügt werden: (1) eine Kopie “[...] of the contract of access, if the products or processes for which a patent application is being filed were obtained or developed from genetic resources or by-products originating in one of the Member Countries”¹²⁹⁰ und (2) “[...] if applicable, a copy of the document that certifies the license or authorization to use the traditional knowledge of indigenous, African American, or local communities in the Member Countries where the products or process whose protection is being requested was obtained or developed on the basis of the knowledge originating in any one of the Member Countries, pursuant to the provision of Decision 391¹²⁹¹ and its effective amendments and regulations.”¹²⁹² Ähnlich wie das 2002 geänderte indische Patentgesetz erkennt der Beschluss 486 der Andengemeinschaft explizit die Rechte der indigenen Bevölkerung auf ihr traditionelles Know-how sowie ihre Innovationen und Praktiken mit Bezug auf genetische Ressourcen und deren *by-products* (Derivate) an.¹²⁹³ Patentanmeldungen ohne eine Kopie des erforderlichen Zugangsvertrages zu den für die Erfindung verwendeten genetischen Ressourcen oder ohne den Nachweis des *prior informed consent* gemäß dem Beschluss 391 werden zunächst an den Patentanmelder zur Vervollständigung des Gesamtantrages zurückgeleitet. Bei endgültiger Nichterfüllung dieser Bedingungen ist die

worden. Diese Vorschrift besagt, dass soweit eine Erfindung biologisches Material pflanzlichen oder tierischen Ursprungs zum Gegenstand hat oder dabei derartiges Material verwendet wird, die Anmeldung Angaben zum geographischen Herkunftsort dieses Materials umfassen soll, soweit dieser bekannt ist. Nach § 34a S. 2 PatG bleiben die Prüfung der Anmeldung und die Gültigkeit der Rechte auf Grund der erteilten Patente hiervon unberührt. Diese inhaltlich sehr vage formulierte Bestimmung verfolgt das Ziel, die Nutzung biologischen Materials transparenter zu gestalten, wobei dem laufenden internationalen Diskussionsprozess nicht vorgegriffen werden soll. Siehe dazu Begr. RegE BioPatRL, BT-Drucksache 15/1709, S. 15 re. Sp.

¹²⁸⁹ *Decisión 486 sobre el Régimen Común Andino sobre Propiedad Industrial* vom 14. September 2000, Text abrufbar unter http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/10/par/leg_norsupra/decis486comcomand.pdf, deutsche Übersetzung in GRUR Int. (2003), 138.

¹²⁹⁰ Siehe Beschluss 486, Kapitel III, Art. 26 h).

¹²⁹¹ Der *Common Regime on Access to Genetic Resources* ist durch den Beschluss 391 vom 2. Juli 1996 angenommen worden und verfolgt das Ziel, den fairen und gerechten Vorteilsausgleich der Mitgliedstaaten der Andengemeinschaft, der sich aus der nachhaltigen Nutzung der genetischen Ressourcen ergeben könnte, zu gewährleisten.

¹²⁹² Siehe Beschluss 486, Kapitel III, Art. 26 i).

¹²⁹³ Siehe dazu *inter alia* Art. 3 des Beschlusses 486 der Andengemeinschaft.

zuständige Patentbehörde jederzeit berechtigt, den Anmeldeantrag *ex officio* oder auf Antrag einer Partei für null und nichtig zu erklären.¹²⁹⁴ Zwar liegt hiermit auf regionaler Ebene ein Regelungswerk vor, das wegen Nichteinreichen des Nachweises der Einhaltung der ABS-Regelungen eine Patentanmeldung verhindern kann. Die relevanten Patentanmeldungen werden aber nicht im Hoheitsgebiet der Andengemeinschaft gemacht. In der Konsequenz läuft der Beschluss in der Regel leer. Zudem hat ein solches System nur dann Aussicht auf effektive Umsetzung, wenn die Mitgliedstaaten ihrer Verpflichtung nachkommen, den Beschluss 391 zur Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen in nationales Recht umzusetzen und die notwendigen rechtlichen und administrativen Rahmenbedingungen aufzustellen. Hier stellt sich auch die Frage des Prüfungsumfanges und der Prüfungstiefe, zu der die Andengemeinschaft in ihrem Beschluss 486 keine Aussage trifft. Um den Beschluss 486 der CAN praktisch umzusetzen, könnten die Vertragsstaaten der CAN einerseits erwägen, ihre Patentämter die Richtigkeit der vorgelegten Unterlagen (z.B. Vertrag über Zugang oder sonstige Zertifikate über den rechtmäßigen Erwerb der Ressourcen, Art. 26 Beschluss 486 CAN) prüfen zu lassen. Hierbei ist andererseits zu berücksichtigen, dass die Patentämter hierbei eine sachfremde Aufgabe übertragen bekämen, die vom Aufwand nicht unangemessen sein sollte. Zudem wäre eine solche Verpflichtung im Hinblick auf ihren Verwaltungs- und Kostenaufwand zu prüfen.

B. Das internationale Regime zum Zugang zu genetischen Ressourcen und zum gerechten Vorteilsausgleich

Eines der drei wesentlichen Ziele der CBD ist die gerechte Aufteilung der Vorteile, die sich aus der Nutzung genetischer Ressourcen ergeben (Art. 1 CBD). Demnach regelt Art. 15 CBD den Zugang (*access*) und den gerechten Vorteilsausgleich (*Benefit-Sharing*) hinsichtlich der Nutzung von genetischen Ressourcen. Die in Art. 15 CBD festgelegten Prinzipien zum Zugang zu genetischen Ressourcen sind von den Vertragsstaaten in nationales Recht umzusetzen. Zu diesen Prinzipien gehören auch das Erfordernis der vorherigen informierten Zustimmung (PIC) und der Grundsatz der allseits akzeptierten Bedingungen (MATs). Diese Vorschriften stehen im engen Zusammenhang mit Art. 16 Abs. 3, 19 Abs. 1 und 19 Abs. 2 CBD und bilden zusammen mit Art. 15 CBD die wesentlichen Rahmenbestimmungen für das ABS¹²⁹⁵-System der CBD.

Da im Übrigen keine weiteren Vorgaben an die Vertragsstaaten enthalten sind, ist die Umsetzung, insbesondere durch die Länder der südlichen Hemisphäre mit unterschiedlichen Schwerpunkten und Auswirkungen erfolgt. Die im 3. Teil der Ar-

¹²⁹⁴ So z.B. Indien, WTO-Dokument IP/C/W/195 und IP/C/W/403 (*inter alia* auch von Indien eingereicht); so auch *De Carvalho*, TRIPS, S. 218.

¹²⁹⁵ *Access and Benefit-Sharing*, im folgenden ABS.

beit dargestellte Umsetzung der CBD-Prinzipien zum Zugang zu genetischen Ressourcen und der aus ihrer Nutzung resultierenden Vorteilsteilhabe durch die Herkunftstaaten und die ersten Ansätze in den Nachfragestaaten sind Ausdruck davon, dass dieses Thema aufgrund wirtschaftlicher, entwicklungspolitischer-, agrarpolitischer und patentrechtlicher Interessen zu den umstrittensten Regelungsbereichen der CBD gehört. Es besteht weiterhin Bedarf nach einer Lösung auf internationaler Ebene, da insbesondere auch die wirtschaftlich relevanten Zielmärkte einbezogen werden sollen. So ist das ABS-Thema seit Inkrafttreten der CBD in jedem Zusammentreffen der Vertragsstaaten kontrovers diskutiert worden.¹²⁹⁶

Ein wesentliches Problem, das sich mit Inkrafttreten der CBD und in den Umsetzungsbestrebungen der Vertragsstaaten perpetuiert hat, ist die Tatsache, dass sich die Parteien bei der Ausverhandlung des Vertragstextes zur CBD nicht auf allgemein verbindliche Definitionen für die Begriffe „genetische Ressourcen“ und „Zugang“ sowie die Festlegung, wie genetische Ressourcen erlangt, erworben und transferiert werden können, einigen konnten.¹²⁹⁷ Diese Aufgabe ist den Vertragsstaaten und ihren nationalen Gesetzen überlassen worden. Viele Vertragsstaaten haben ebenfalls keine Definitionen in ihre nationalen Gesetze aufgenommen, sondern lediglich die CBD-Begriffe übernommen und deren Anwendungsbereich durch die Aufnahme von Zusätzen sogar erweitert.¹²⁹⁸ Durch die fehlende Klarstellung wesentlicher Definitionen auf internationaler Ebene wurde aber Tür und Tor für unterschiedliche Begriffsverständnisse geöffnet, welche nicht dazu beigetragen haben, das ABS-System der CBD transparent und effektiv umzusetzen. Fragen der Rechtsdurchsetzungen in Jurisdiktionen anderer Staaten sind ebenfalls nicht angegangen worden.

Um diesen identifizierten Mängeln und dem Implementierungsdefizit¹²⁹⁹ entgegenzutreten sowie den Vertragsstaaten bei der Umsetzung der CBD-Prinzipien zu ABS eine Orientierung zu geben, hat die 6. Vertragsstaatenkonferenz (COP 6) im April 2002¹³⁰⁰ durch die *Decision VI/24 A* die Bonner Leitlinien (*Bonn Guidelines*)¹³⁰¹ über den Zugang zu genetischen Ressourcen und die gerechte und ausgewogene Beteiligung an den Vorteilen aus ihrer Nutzung angenommen. Die Bonner Leitlinien¹³⁰² sollen insbesondere den Vertragsparteien und anderen betroffenen Kreisen

¹²⁹⁶ Siehe dazu *Decisions* II/11; III/15; IV/8; V/26; sowie III/5; III/14; IV/13.

¹²⁹⁷ Siehe dazu *Glowka et al.*, Guide to the Convention on Biological Diversity (1994).

¹²⁹⁸ Siehe dazu z.B. die Diskussion um die Behandlung der Derivate, die von dem Anwendungsbereich der CBD nicht umfasst werden.

¹²⁹⁹ Zur schleppenden Implementierung der CBD v. *Hahn*, ZaöR (2003), S. 295 (295).

¹³⁰⁰ COP 6 – Sixth Ordinary Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, The Hague, Netherlands, 7–19 April 2002.

¹³⁰¹ *Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of Their Utilization*, (UNEP/CBD/COP/6/20 vom 24. Mai 2002, *Decision VI/24/A*, S. 262 mit Annex auf S. 263 ff.) (Bonn Guidelines). Der Text der Bonner Leitlinien ist im Annex der *Decision IV/24* enthalten, Text abrufbar unter <http://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=7198>.

¹³⁰² Zu einer aktuellen Darstellung der Ziele und des Aufbaus der Bonner Guidelines siehe *Lochen*, Die völkerrechtlichen Regelungen über den Zugang zu genetischen Ressourcen, S. 134–167.

einen transparenten Rahmen zur Verfügung stellen, um den Zugang zu genetischen Ressourcen zu erleichtern und eine ausgewogene und gerechte Vorteilsbeteiligung zu gewährleisten.¹³⁰³ Zudem sollen sie den Vertragsstaaten bei der Entwicklung von Systemen für die Regelung des Zugangs und eines gerechten Vorteilsausgleichs als Orientierungshilfe dienen.¹³⁰⁴ Zugleich legte die COP 6 in Absatz 6 der *Decision VI/24 A* fest, dass es sich bei den Leitlinien um einen ersten Schritt auf dem Weg zur Umsetzung der CBD-Prinzipien zu ABS handelt. Erstmals ist bei den internationalen Bestrebungen zur Umsetzung der CBD mit den Bonner Leitlinien anerkannt worden, dass der Erlass nationaler oder regionaler ABS-Regelungswerke allein für die Gewährleistung der CBD-Prinzipien nicht ausreichend ist, sondern dass auch der Erlass ergänzender Regelungen in den Nachfrage- bzw. Nutzerstaaten, sog. *user measures*, ebenfalls notwendig sind.

Zahlreiche Entwicklungsländer vertreten aber die Ansicht, dass die Bonner Leitlinien aufgrund ihrer nicht verbindlichen Rechtsnatur nicht ausreichend seien, um das Thema mit hinreichender Klarheit zu regeln.¹³⁰⁵ Zudem würden die Bonner Leitlinien die Frage der Aufteilung der aus der Nutzung genetischer Ressourcen entstehenden Gewinne nicht zufriedenstellend lösen. Mit dem Ziel, auf den relevanten internationalen Foren mit einer Stimme zu sprechen, bildete sich im Februar 2002 eine Gruppe von zunächst 12 Staaten unter dem Namen „*Like-minded Megadiverse Countries*“ im Rahmen einer Ministerkonferenz der Umweltminister dieser Staaten in Cancún, Mexico.¹³⁰⁶ Die gemeinsamen Ziele sind in der sog. „Ministererklärung von Cancún“ niedergelegt. Entscheidend in diesem Zusammenhang ist Punkt h. der Ministererklärung, in dem die Schaffung eines internationalen Regimes zur Förderung und Gewährleistung des fairen und gerechten Vorteilsausgleichs resultierend

¹³⁰³ Bonner Leitlinien, E Ziele Nr. 11 lit. b.

¹³⁰⁴ Bonner Leitlinien, E Ziele Nr. 11 lit. c. Vier Jahre nach Einführung der Bonner Leitlinien konnten nur Japan und China bei der 4. *ABS-Working-Group*-Sitzung (30. Januar – 3. Februar 2006, Granada, Spanien) über nationale Maßnahmen berichten, *Earth Negotiations Bulletin* Vol 9 No. 340, 31. Januar 2006, S. 6. Siehe im Übrigen zum Stand der Umsetzung in anderen wenigen Staaten, die nur über Entwürfe oder laufende Gesetzgebungsverfahren berichten konnten, den *Report of the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-Sharing on the Work of its Forth Meeting*, UN-Doc. UNEP/CBD/COP/8/6, S. 10, paras. 37–39.

¹³⁰⁵ Zu der geäußerten Kritik z.B. über den Zeitpunkt des Entstehens, die Unvollständigkeit und Umständlichkeit der Darstellung oder über den zu hohen Detaillierungsgrad siehe u.a. *Morin*, Les accords de bioprospection répondent-ils aux objectifs de la Convention sur la diversité biologique ?, *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 34 (2003), S. 307 (323) ; *Tully*, The Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing, *RECIEL* 12, 1 (2003), S. 84 (84, 97) ; *Chambers*, Emerging international Rules on the Commercialization of Genetic Resources. The FAO International Plant Genetic Treaty and CBD Bonn Guidelines, *The Journal of World Intellectual Property* 6, 2 (2003), S. 311 (314).

¹³⁰⁶ *Group of Like-Minded Megadiverse Countries*: Brasilien, China, Kolumbien, Costa Rica, Ecuador, Indien, Indonesien, Kenia, Mexico, Peru, Südafrika und Venezuela. Auf dem Gebiet dieser Staaten befindet sich ca. 70% der biologischen Vielfalt der Erde.

aus der Nutzung der biologischen Vielfalt und ihrer Bestandteile gefordert wird.¹³⁰⁷ Als Elemente eines solchen Regimes werden unter anderem die Zertifizierung der rechtmäßigen Herkunft des biologischen Materials, die vorherige informierte Zustimmung (PIC) und die auf einvernehmlich vereinbarten Bestimmungen (MATs) beruhenden Transfers der genetischen Ressourcen genannt.

Auch aufgrund des Einflusses dieser Gruppe wurde das ABS-Thema unter dem Blickwinkel der Armutsbekämpfung auf dem Weltgipfel für nachhaltige Entwicklung (WSSD) in Johannesburg im September 2002 aufgegriffen. So wird in Paragraph 44 (o)¹³⁰⁸ des *Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development* aufgerufen, innerhalb des Rahmens der CBD und unter Berücksichtigung der Bonner Leitlinien ein internationales Regime zur Förderung und Gewährleistung einer gerechten und ausgewogenen Verteilung der Vorteile aus der Nutzung genetischer Ressourcen auszuhandeln.¹³⁰⁹

I. Die ABS Working Group

Der Auftrag zur Aushandlung eines internationalen Regimes wurde im Rahmen des *Inter-sessional Meeting on the Multi-Year Programme of Work of the Conference of the Parties up to 2010*¹³¹⁰ der Vertragsstaatenkonferenz zur CBD im März 2003 aufgegriffen, wobei die Empfehlung ausgesprochen wurde, die im Jahr 2000 auf

¹³⁰⁷ Punkt h. der Ministererklärung von Cancún lautet: "Seek the creation of an international regime to effectively promote and safeguard the fair and equitable sharing of the benefits arising from the use of biodiversity and its components. This regime should contemplate, inter alia, the following elements: certification of the legal provenance of biological materials, prior informed consent and mutually agreed terms for the transfer of genetic material, as requirements for the application and granting of patents, strictly in accordance with the conditions of access agreed by the countries of origin;"

¹³⁰⁸ WSSD Johannesburg Plan of Implementation, IV. Protecting and managing the natural resource base of economic and social development. Para. 44 (o): "(o) Negotiate within the framework of the Convention on Biological Diversity, bearing in mind the Bonn Guidelines, an international regime to promote and safeguard the fair and equitable sharing of benefits arising out of the utilization of genetic resources;" (*Report of the World Summit on Sustainable Development*, UN-Doc. A/CONF.199/20, Resolution 2, Annex).

¹³⁰⁹ Dieser Appell wird zudem durch Paragraph 44 (n) unterstützt, nach dem „the wide implementation of and continued work by the Parties to the Convention on the Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of Benefits arising out of their Utilization, as an input to assist the Parties when developing and drafting legislative, administrative or policy measures on access and benefit-sharing as well as contract and other arrangements under mutually agreed terms for access and benefit-sharing“ gefördert werden sollen. Die Generalversammlung der VN hat auf ihrer 57. Sitzung am 20. Dezember 2002 zudem die Vertragsstaatenkonferenz der CBD gebeten, adäquate Schritte einzuleiten, um diesem Auftrag nachzukommen, UN GA Res. 57/260, para. 8.

¹³¹⁰ Zum Internetportal des *Open-Ended Inter-sessional meeting on the Multi-Year Programme of Work of the Conference of the Parties up to 2010* siehe <http://www.cbd.int/doc/default.shtml?mtg=MYPOW-01>.

der 5. Vertragsstaatenkonferenz (COP 5) eingesetzte *Ad Hoc Open-Ended Access and Benefit-Sharing Working Group* (im folgenden *ABS Working Group*) der CBD¹³¹¹ mit dem Thema zu beauftragen.

Die *ABS Working Group* sollte die Frage des internationalen Regimes auf mögliche Elemente, Rechtsnatur, Reichweite und Gestaltungsmöglichkeiten hin analysieren und die Ergebnisse der Untersuchung an die 7. Vertragsstaatenkonferenz (COP 7) übermitteln.¹³¹² Zudem lud das *Inter-sessional Meeting* die Vertragsstaaten ein, dem *Executive Secretary* ihre Erfahrungen mit der Umsetzung der Bonner Leitlinien mitzuteilen. Ferner lud das *Inter-sessional Meeting* die Vertragsstaaten, andere Regierungen, indigene und lokale Gemeinschaften sowie andere Institutionen dazu ein, eine Stellungnahme hinsichtlich möglicher Elemente, Rechtsnatur, Reichweite und Gestaltungsmöglichkeiten eines internationalen ABS-Regimes vor der zweiten Einberufung der *ABS Working Group* zu erarbeiten. Hierfür ist der *Executive Secretary* beauftragt worden, diese Informationen zusammenzustellen und sie der *ABS Working Group* an ihrem zweiten Treffen zur Verfügung zu stellen.¹³¹³

Insgesamt hat die *ABS Working Group* neunmal getagt. Die zweite Sitzung¹³¹⁴ der *ABS Working Group* fand vom 1. bis zum 5. Dezember 2003 in Montreal, Kanada statt. Die *Working Group* bereitete Empfehlungen beruhend auf den genannten Richtlinien betreffend Elemente, Rechtsnatur, Reichweite und Gestaltungsmöglichkeiten des internationalen ABS-Regimes vor, welche an die COP 7 weitergeleitet worden sind.¹³¹⁵

Im Rahmen der 7. Vertragsstaatenkonferenz im Jahre 2004 nahm die Vertragsstaatenkonferenz die *Decision VII/19* an, die das Thema des *International Regime on Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing* (im folgenden internationalen ABS-Regimes) in ihrem Abschnitt D behandelt.¹³¹⁶ Die Vertragsstaatenkonferenz beauftragte die *ABS Working Group* in Zusammenarbeit mit der *Ad Hoc Open-ended Inter-sessional Working Group on Art. 8 (j)* mit der Erarbeitung und Verhandlung eines internationalen ABS-Regimes unter Berücksichtigung der in dem Annex zu dieser Entscheidung enthaltenen Richtlinien. Ziel sollte dabei die Annahme einer Regelung

¹³¹¹ *Decision V/26* lit. A: „Access to genetic Resources“, UN-Doc. UNEP/CBD/COP/5/23, S. 196, para. 11.

¹³¹² Siehe dazu *Report of the Open-ended Inter-Sessional Meeting of the Multi-Year Programme of Work of the Conference of the Parties up to 2010* vom 23. März 2003 an die COP 7, UNEP/CBD/COP/7/5, S. 29.

¹³¹³ Siehe zu den genannten Aufträgen und Empfehlungen, *Report of the Open-ended Inter-Sessional Meeting of the Multi-Year Programme of Work of the Conference of the Parties up to 2010* vom 23. März 2003 an die COP 7, UNEP/CBD/COP/7/5, S. 29.

¹³¹⁴ Internetportal des *Second meeting of the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-Sharing*: <http://www.cbd.int/doc/default.shtml?mtg=ABSWG-02>.

¹³¹⁵ *Report of the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-sharing on the work of its second meeting* an die COP 7 vom 10. Dezember 2003, UNEP/CBD/COP/7/6.

¹³¹⁶ *Decision VII/19* „Access and benefit-sharing as related to genetic resources (Art. 15)“, abgedruckt im Annex zu UNEP/CBD/COP/7/21 ab S. 297. Text abrufbar unter: <http://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=7756>.

oder von Regelungen für die effektive Umsetzung der Art. 15 und Art. 8 lit. j CBD sowie der drei wesentlichen Ziele der CBD sein.¹³¹⁷ Im Rahmen der Erarbeitung und Verhandlung des internationalen ABS-Regimes sollte dabei die Beteiligung indigener und lokaler Gemeinschaften sowie von Nichtregierungsorganisationen, Vertretern der Wirtschaft, Forschungseinrichtungen und Regierungsorganisationen gewährleistet sein.¹³¹⁸ Dabei wurden auch die Richtlinien für die Verhandlungen festgelegt, und zwar betreffend Verfahren, Rechtsnatur, Reichweite und Elementen, welche bei der Erarbeitung des internationalen ABS-Regimes zu berücksichtigen sind. Diese Richtlinien sind im Annex der *Decision VII/19* aufgeführt.¹³¹⁹

Mit der dritten¹³²⁰ und der vierten¹³²¹ Sitzung der *ABS Working Group* begannen die Verhandlung über das internationale ABS-Regime entsprechend den Bestimmungen der *Decision VI/19 D*. Wie schon aus den Ergebnissen¹³²² der dritten Sitzung¹³²³ der *ABS Working Group* ersichtlich ist, sind Verfahren, Anwendungsbereich, Reichweite, Rechtsnatur sowie weitere mögliche Bestandteile des internationalen ABS-Regimes von Anfang an zwischen Ressourcengeberstaaten und Nachfragestaaten sehr kontrovers diskutiert worden.

Die Verhandlungen der vierten Sitzung¹³²⁴ der *ABS Working Group* endeten mit einem ersten Entwurf zum internationalen ABS-Regime, der einen fast vollständig „geklammerten“, also mit Vorbehalten versehenen Text, darstellt. Der Text ist Ausdruck der nach wie vor sehr unterschiedlichen Positionen der Vertragsstaaten, insbesondere hinsichtlich der Verwendung wesentlicher Begriffe (z.B. Zugang, Deri-

¹³¹⁷ *Decision VII/19*, Abschnitt D 1. lautet: “Decides to mandate the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-sharing with the collaboration of the Ad Hoc Open ended Inter-Sessional Working Group on Article 8(j) and Related Provisions, ensuring the participation of indigenous and local communities, non-governmental organizations, industry and scientific and academic institutions, as well as intergovernmental organizations, to elaborate and negotiate an international regime on access to genetic resources and benefit-sharing with the aim of adopting an instrument\instruments to effectively implement the provisions in Article 15 and Article 8(j) of the Convention and the three objectives of the Convention;”, a.a.O. S. 300.

¹³¹⁸ *Decision VI/19* Abschnitt D 1., a.a.O. S. 300.

¹³¹⁹ Des Weiteren traf die Vertragsstaatenkonferenz Vorkehrungen, damit die *ABS Working Group* zweimal vor der 8. Vertragsstaatenkonferenz tagen konnte.

¹³²⁰ Die dritte Sitzung der *ABS Working Group* fand vom 14. bis zum 18. Februar 2005 in Bangkok, Thailand, statt. *Report of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing on the Work of its Third Meeting*, 3. März 2005, UNEP/CBD/WG-ABS/3/7.

¹³²¹ Die vierte Sitzung fand ein Jahr später vom 30. Januar bis zum 3. Februar 2006 in Granada, Spanien, statt. *Report of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing on the Work of Its Fourth Meeting*, UNEP/CBD/COP/8/6, Item 7 ab S. 14.

¹³²² Die erarbeiteten Empfehlungen an die COP 8 sind im Abschlussbericht der dritten Sitzung der *ABS Working Group* “Report of the Ad Hoc Open-Ended Working Group On Access And Benefit-Sharing on the Work of its Third Meeting”, UNEP/CBD/COP/8/5, enthalten.

¹³²³ Zum Internetportal des *Third meeting of the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-Sharing*: <http://www.cbd.int/doc/default.shtml?mtg=ABSwg-03>.

¹³²⁴ Zum Internetprotal des *Fourth meeting of the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-sharing*: <http://www.cbd.int/doc/default.shtml?mtg=ABSwg-04>.

vate, Produkt, *Benefit* u.a.), der Reichweite sowie der rechtlichen Verbindlichkeit des Regelungswerkes. Zudem blieb die Art und Weise der Beteiligung von indigenen und lokalen Gemeinschaften im ABS-Verhandlungsprozess umstritten. Ein wichtiger Diskussionspunkt war die Einsetzung einer Expertengruppe zum Thema Einführung von Herkunftsangaben (international anerkannte Angabe der Herkunft/Quelle/des rechtlichen Erwerbs: *internationally recognized certificate of origin/source/legal provenance*) von genetischen Ressourcen (und eventuell auch damit verbundenum traditionellen Wissen) als unterstützende Maßnahmen zur Durchsetzung und Gewährleistung von PIC und MATs.¹³²⁵

Die Verhandlungen über das internationale ABS-Regime wurden im Rahmen der 8. Vertragsstaatenkonferenz,¹³²⁶ die vom 20. bis zum 31. März 2006 in Curitiba, Brasilien stattfand, fortgesetzt.¹³²⁷ Die Ergebnisse betreffend das internationale ABS-Regime sind in der *Decision VIII/4* – insbesondere Abschnitt A – niedergelegt. Wie bereits als Folge der Sitzung in Granada erwartet, ist zwar insbesondere von den Entwicklungsländern der Versuch einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit dem in Granada entwickelten Text unternommen worden, der aber fruchtlos blieb. Die Verhandlungen und Beratungen konzentrierten sich vielmehr darauf, den Verhandlungsprozess für den Zeitraum bis zur COP 9 zu strukturieren.¹³²⁸ Folgende Themen standen im Mittelpunkt: Bestimmung des Verfahrensablaufs für die Entwicklung eines internationalen ABS-Regimes, Art der Verwendung des Textes aus Granada für den weiteren Verhandlungsprozess, die Einsetzung einer Expertengruppe zum Thema Herkunftsangaben, Bestimmung/Erarbeitung von Maßnahmen zur Unterstützung der Durchsetzung und Gewährleistung von PIC und MATs.

Als Grundlage für die weitere Arbeit der nächsten *ABS Working Group* sind bestimmt worden:

¹³²⁵ Siehe dazu ausführlich den Abschlussbericht der vierten Sitzung der *ABS Working Group: Report of the Ad Hoc Open-Ended Working Group On Access And Benefit-Sharing on the Work of its Fourth Meeting*, UNEP/CBD/COP/8/6. Siehe auch die in Annex I des Abschlussberichtes unter 4/2 aufgeführte Empfehlung zur Einsetzung einer Expertengruppe zu diesem Thema, UNEP/CBD/COP/8/6, S. 29.

¹³²⁶ Eine Zusammenstellung aller Entscheidungen der 8. Vertragsstaatenkonferenz befindet sich im Annex I des Abschlussberichtes vom 15. Juni 2006 der COP 8, UNEP/COP/8/31 ab S. 77.

¹³²⁷ Siehe auch Summary of the Eighth Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity: 20–31 March 2006, *Earth Negotiations Bulletin* Vol. 9 No. 363, 3. April 2006, S. 1 ff.

¹³²⁸ Diese sollte bis zur COP 9 noch zweimal tagen, wobei die Arbeiten der *ABS Working Group* noch vor der COP 10 (2010) abgeschlossen werden sollten. Damit wurde schon damals mit einer endgültigen Entscheidung zum internationalen ABS-Regime die COP 10 anvisiert. Der ursprüngliche Vorschlag, die 5. *ABS Working Group* noch im Oktober/November 2006 und die 6. *ABS Working Group* voraussichtlich im März/April 2007 tagen zu lassen, ließ sich nicht einhalten. Die 5. *ABS Working Group* fand vom 8. bis zum 12. Oktober 2007 in Montreal und die 6. *ABS Working Group* vom 21. bis 25. Januar 2008 in Genf statt. Als permanente Co-Chairs für die *ABS Working Group* sind *Timothy Hodges* (Kanada) und *Fernando Casas* (Kolumbien) gewählt worden. Sie werden somit die weiteren Sitzungen der *ABS Working Group* leiten. Beide Länder vertreten zum Teil sehr unterschiedliche Positionen in der ABS-Debatte.

- Der geklammerte Text zum internationalen ABS-Regime aus Granada. Dieser ist nach mehrfachen Verhandlungsrunden als Annex beibehalten und im Entscheidungspapier aufgenommen worden.
- Die Ergebnisse der Expertengruppe zu der Frage der Herkunftsangaben.
- Der Bericht über den Stand der *Gap Analysis* und die dazugehörige Matrix.
- Andere von den Vertragsparteien eingereichte Stellungnahmen zu ABS.

Die Expertengruppe (*Expert Group on Certificate*)¹³²⁹ tagte im Januar 2007 in Lima, Peru, und befasste sich insbesondere mit der Machbarkeit, den Herausforderungen einer Einführung einer solchen Anforderung, den möglichen Kosten sowie Vorteilen verschiedener Optionen einer (zertifizierten) Angabe der Herkunft/Quelle/ des rechtlichen Erwerbs.

Auch nach der 5.¹³³⁰ und der 6. *ABS Working Group*¹³³¹ hatte sich der Stand der Diskussionen im Wesentlichen nicht verändert; insbesondere standen weiterhin dieselben Themen auf der Agenda. Besonders kontrovers wurden weiterhin die Forderungen zahlreicher Entwicklungsländer diskutiert, die Derivate in das vorgeschlagene internationale ABS-Regime einzubinden sowie das internationale ABS-Regime rechtlich verbindlich auszugestalten. Im Rahmen der COP 9 sollten mögliche Elemente des internationalen ABS-Regimes vorgestellt und das weitere Mandat der *ABS Working Group* festgelegt werden mit dem Ziel, die Arbeiten am Regime bis

¹³²⁹ Zur Analyse der Fragen zu Herkunftsangaben (Kosten/Umsetzbarkeit/Optionen/Form u.a.) wurde beschlossen, eine (technische) Expertengruppe einzuberufen, die sich aus 25 Experten und 7 Beobachtern zusammensetzen sollte. Die Experten sollten von den Vertragsparteien bestimmt werden, wobei alle Regionen gleichermaßen berücksichtigt werden sollten. Die Beobachter sollten aus den relevanten Sektoren kommen, unter anderem auch aus der Forschung und Wissenschaft. Die Sitzung der Expertengruppe fand vom 22. bis zum 26. Januar 2007 in Lima, Peru, statt. Siehe *Report of the Meeting of the Group of Technical Experts on an Internationally Recognized Certificate of Origin/Source/Legal Provenance* vom 20. Februar 2007, UNEP/CBD/WG-ABS/5/7,

¹³³⁰ Auch im Rahmen der 5. Sitzung der *ABS Working Group* kamen die weit auseinanderreichenden und polarisierten Vorstellungen der Vertragsstaaten deutlich zum Ausdruck. Siehe dazu Abschlussbericht der 5. *ABS Working Group* in Montreal vom 8. bis zum 12. Oktober 2007: *Report of the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-Sharing on the Work of its Fifth Meeting*, UNEP/CBD/WG-ABS/5/8 vom 15. Oktober 2007. Gegenstand dieser Sitzung waren auch die Stellungnahmen der Co-Chairs der *ABS Working Group*, *Fernando Casas* (Colombia) und *Timothy Hodges* (Canada) zum Stand der bis dahin geführten Verhandlungen und gemachten Vorschlägen zum Thema Internationale Regime.

¹³³¹ Auf der 6. Sitzung der *ABS Working Group* wurden die Schwerpunkte der 5. *ABS Working Group* aufgegriffen und fortgeführt, wobei etwas konkreter auf die wesentlichen Elemente/Bestandteile des internationalen ABS-Regimes zur Vorbereitung für die neunte Vertragsstaatenkonferenz (COP 9) im Mai 2008 in Bonn eingegangen wurde. Siehe dazu Abschlussbericht der 6. *ABS Working Group* in Genf vom 21. bis zum 25. Januar 2008: *Report of the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-Sharing on the Work of its Sixth Meeting*, UNEP/CBD/COP/9/6 vom 31. Januar 2008.

zur 10. Vertragsstaatenkonferenz 2010 in Japan abzuschließen.¹³³² Die COP 9¹³³³ bestätigte das Mandat der *ABS Working Group* und legte einen straffen Fahrplan für die weitere Verhandlung des internationalen Regimes mit dem Ziel fest, die Erarbeitungs- und Verhandlungsarbeiten zum internationalen Regime rechtzeitig zur COP 10 im Oktober 2010 abzuschließen.¹³³⁴ Der sog. Genfer Anhang (Elementepapier der sechsten *ABS Working Group*) wurde als Arbeitsgrundlage für die weiteren Verhandlungen der *ABS Working Group* bis zur COP 10 festgelegt, wobei abgestimmt worden ist, dass die *ABS Working Group* dreimal¹³³⁵ bis zur COP 10 tagen sollte. Weiterhin umstritten blieb die Frage der Rechtsnatur des internationalen ABS-Regimes, das aus rechtsverbindlichen, rechtlich unverbindlichen Elementen oder einer Mischung aus diesen genannten Elementen bestehen kann. Wie der *Decision IX/12* Nr. 3 der COP deutlich zu entnehmen ist, sollte die Arbeit der *ABS Working Group* die Frage der Rechtsnatur nicht entscheiden, sondern der COP 10, ohne der

¹³³² Im Anhang des offiziellen Sitzungsberichts der 6. *ABS Working Group* sind die Beschlussempfehlung an die COP 9 sowie ein Papier, das die möglichen inhaltlichen Komponenten eines internationalen ABS-Regimes umreißt, aufgeführt. Im Wesentlichen nimmt die Beschlussempfehlung an die COP 9 zu folgenden Punkten, die zum Teil noch in geklammerter Form als Ausdruck der noch vorhandenen unterschiedlichen Positionen der Vertragsstaaten aufgeführt sind, Stellung:

- Hauptkomponenten/Elemente des ABS-Regimes, die in den nächsten Sitzungen der ABS WG zu verhandeln sind,
- Rechtsnatur des Regimes (Fragen der Rechtsverbindlichkeiten des gesamten oder nur von Teilen des Regimes),
- Fragen der Unterstützung des Kapazitätenaufbaus für das Thema ABS (*capacity building*) durch UNEP und den Finanzierungsmechanismus GEF,
- Einberufung einer Expertenarbeitsgruppe zur Erörterung der Möglichkeiten, wie Belange indigener Gemeinschaften in das ABS-Regime integriert werden können.

Siehe hierzu Abschlussbericht der 6. *ABS Working Group* in Genf vom 21. bis zum 25. Januar 2008: *Report of the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-Sharing on the Work of its Sixth Meeting*, UNEP/CBD/COP/9/6 vom 31. Januar 2008, S. 11–14. Zudem ist festgehalten worden, dass auf der COP 9 im Mai 2008 ein Verhandlungsmandat für weitere Sitzungen der *ABS Working Group* bis zur COP 10 beschlossen werden muss, um das ehrgeizige Ziel, ein internationales ABS-Regime im Rahmen des festgesteckten Zeitfensters zu erarbeiten, erreichen zu können.

¹³³³ Die COP 9 fand vom 19. – 30. Mai in Bonn statt. Siehe *Report of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity on the Work of its Ninth Meeting* vom 9. Oktober 2008, UNEP/CBD/COP/9/29. Die Dokumente der COP 9 können unter <http://www.cbd.int/doc/?meeting=cop-09> abgerufen werden. Abgestimmt werden konnten das Mandat der *ABS Working Group*, ein regionaler/interregionaler Konsultationsprozess, die *Terms of Reference* drei einzurichtenden Expertengruppen sowie die Tagesordnung für die drei folgenden Sitzungen der *ABS Working Group*. Siehe hierzu *Decision IX/12* (veröffentlicht am 9. Oktober 2008), UNEP/COP/COP/DEC/IX/12. access and benefit-sharing.

¹³³⁴ *Decision IX/12* (veröffentlicht am 9. Oktober 2008), UNEP/COP/COP/DEC/IX/12. access and benefit-sharing, Nr. 3, S. 3.

¹³³⁵ Siehe *Decision IX/12* (veröffentlicht am 9. Oktober 2008), UNEP/COP/COP/DEC/IX/12. access and benefit-sharing, Nr. 5 und Nr. 6., S. 2.

Frage der Rechtsnatur vorzugreifen, Vorschläge eines Instruments oder mehrerer Instrumente zur effektiven Umsetzung der Art. 15 und Art. 8 lit. j CBD und ihrer drei Ziele zur Prüfung und Entscheidung vorlegen.¹³³⁶ Zudem sind drei weitere Expertengruppen eingerichtet worden: Kontrolle und Durchsetzung (*compliance*),¹³³⁷ Begriffe und Definitionen sowie sektorale/bereichsspezifische/komponentenspezifische Ansätze¹³³⁸ und traditionelles Wissen in Bezug auf genetische Ressourcen.¹³³⁹ Aufgabe der Expertengruppen es, die *ABS Working Group* mit rechtlichem und fachlichem Sachverstand beratend zu unterstützen. Deren Ergebnisse waren der weiteren Sitzung der *ABS Working Group* und der COP 10 vorzulegen.

Die Beratungen der 7. Sitzung der *ABS Working Group*, die im April 2009 in Paris stattfand, konzentrierten sich den Angaben des Beschlusses IX/12 der COP 9 folgend auf die im Textentwurf für das internationale ABS-Regime genannten Ziele, die Reichweite, Einhaltungsvorschläge sowie die Begriffe des gerechten Vorteilsausgleichs und des Zugangs.¹³⁴⁰ Die 8. Sitzung der *ABS Working Group* fand im November 2009 in Montreal, Kanada, statt.¹³⁴¹ Wesentliches Ergebnis dieser Arbeitsgruppe ist der sog. Montrealer Anhang, der erstmalig aus Sicht der Vertragsstaaten trotz Verwendung von geklammerten Textpassagen zur Kennzeichnung der verschiedenen Vorschläge¹³⁴² einen verhandlungsfähigen Text für das internationale ABS-Regime darstellen soll.¹³⁴³ So enthält der sog. Montrealer Annex Klauselvor-

¹³³⁶ Siehe zum Wortlaut *Decision IX/12* (veröffentlicht am 9. Oktober 2008), UNEP/COP/COP/DEC/IX/12. access and benefit-sharing, Nr. 3, S. 2: "Further instructs the Working Group to finalize the international regime and to submit for consideration and adoption by the Conference of the Parties at its tenth meeting an instrument/instruments to effectively implement the provisions in Article 15 and Article 8(j) of the Convention and its three objectives, without in any way prejudging or precluding any outcome regarding the nature of such instrument/instruments;"

¹³³⁷ Das Treffen dieser Expertengruppe fand vom 27. bis zum 20. Januar 2009 in Tokyo, Japan, statt: *Report of the Group of Legal and Technical Experts on Compliance in the Context of the International Regime on Access And Benefit-Sharing*, UNEP/CBD/WG-ABS/7/3.

¹³³⁸ Das Treffen dieser Expertengruppe fand vom 2. bis zum 5. Dezember 2008 in Windhoek, Namibia, statt: *Report of the Group of Legal and Technical Experts on Concepts, Terms, Working Definitions and Sectoral Approaches*, UNEP/CBD/WG-ABS/7/2.

¹³³⁹ Das Treffen dieser Expertengruppe fand vom 16. bis zum 19. Juni 2009 in Hyderabad, Indien, statt: *Report of the Group of Legal and Technical Experts on traditional knowledge associated with genetic resources in the context of the international regime on access and benefit-sharing*, UNEP/CBD/WG-ABS/8/2 und UNEP/CBD/WG-ABS/8/2/CORR1.

¹³⁴⁰ Die 7. *ABS Working Group* tagte vom 2. bis zum 8. April 2009 in Paris, Frankreich. *Report of the Seventh Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing*, UNEP/CBD/WG-ABS/7/8.

¹³⁴¹ Die 8. *ABS Working Group* tagte vom 9. bis zum 15. November 2009 in Montreal, Kanada, statt. Zum Gegenstand der Beratungen siehe *Report of the Eighth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing*, UNEP/CBD/WG-ABS/8/8.

¹³⁴² Durch die Verwendung der Klammern werden die unterschiedlichen Standpunkte und Positionen der Vertragsparteien zum Ausdruck gebracht.

¹³⁴³ Annex I des *Report of the Eighth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing*, UNEP/CBD/WG-ABS/8/8, ab S. 21.

schläge zu den Themen: Zielsetzung (*objective*), Anwendungsbereich (*scope*), fairer und gerechter Vorteilsausgleich (*fair and equitable benefit-sharing*), Zugang zu genetischen Ressourcen (*access*), Kontrolle und Durchsetzung (*compliance*), traditionelles Wissen sowie Aufbau von (fachlichen) Kapazitäten (*capacity building*). Auch der sog. Montrealer Anhang weist deutlich darauf hin, dass zwar die mögliche Rechtsnatur eines zukünftigen internationalen ABS-Regimes kontrovers diskutiert wurde, aber eine Entscheidung hierzu durch den im wesentlichen geklammerten Textentwurf nicht vorweggenommen werden soll. Die *ABS Working Group* tagte zum neunten Mal im März 2010 in Santiago de Cali, Kolumbien.¹³⁴⁴ Co-Chair *Timothy Hodges* berichtete bereits nach Annahme der provisorischen Agenda,¹³⁴⁵ dass die nach der 8. *ABS Working Group* laufenden Konsultationen der Co-Chairs während der *Informal Inter-regional Consultation (CIIC)* ergeben haben,¹³⁴⁶ dass der sog. Montrealer Anhang zwar ein wichtiger Schritt vorwärts für die Verhandlungen bedeuten würde, aber letztendlich nicht geeignet sei, die Verhandlungen positiv zum Abschluss zu bringen.¹³⁴⁷ Aus diesem Grund sind die Vertragsstaaten gebeten worden, die im Vorfeld zu der *ABS Working Group* von den Co-Chairs zirkulierten *Non-papers* eines Entwurfsprotokolls und eines Entwurfsbeschlusses für die COP 10 zur Arbeitsgrundlage für die 9. *ABS Working Group* zu machen, wobei der Montrealer Anhang als „*safety net*“ fungieren sollte.¹³⁴⁸ So einigten sich die Vertragsstaaten darauf, dass

¹³⁴⁴ Die Sitzungen der 9. *ABS Working Group* ist suspendiert worden, siehe den Abschlussbericht zum ersten Teil Verhandlungen: *Final Report of the First Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended working Group on Access and Benefit-Sharing* vom 26. Juli 2010, UNEP/CBD/WG-ABS/9/3. Die Dokumente der 9. *ABS Working Group* können unter <http://www.cbd.int/wgabs9/doc/> abgerufen werden.

¹³⁴⁵ Siehe UNEP/CBD/WG-ABS/9/1 und Add. 1.

¹³⁴⁶ Das Meeting der *Informal Inter-regional Consultation (CIIC)*, fand vor der 9. Sitzung der *ABS Working Group* vom 16. bis zum 18. März in Cali, Kolumbien statt. Dort haben Vertreter von Vertragsstaaten die Co-Chairs gebeten, einen gestrafften Protokollentwurf der *ABS Working Group* vorzulegen, und zwar als Möglichkeit, um die Verhandlungen der 9. *ABS Working Group* zu beschleunigen ohne eine Entscheidung über den Montrealer Anhang oder Prärogativen der *ABS Working Group* vorwegzunehmen. Die Co-Chairs stimmten diesem Vorschlag zu und als Antwort auf diese Anfrage ist das Dokument „Non Paper by the Co-Chairs of the Working Group on ABS: Draft Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to the Convention on Biological Diversity“ zirkuliert worden. Text abrufbar unter <https://www.cbd.int/wgabs9/doc/>. Siehe dazu auch die Stellungnahme vom 21. März 2010 (*Scenario note*) der Co-Chairs *Casas* und *Hodges* an die 9. Sitzung der *ABS Working Group*, *Scenario Note from the Co-Chairs for the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing (WGABS-9)*, E. Informal Documentation, S. 2. Text abrufbar unter <https://www.cbd.int/wgabs9/doc/>.

¹³⁴⁷ Siehe dazu auch die Stellungnahme vom 21. März 2010 (*Scenario note*) der Co-Chairs *Casas* und *Hodges* an die 9. Sitzung der *ABS Working Group*: *Scenario Note from the Co-Chairs for the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing (WGABS-9)*, D. Considerations, S. 1. Text abrufbar unter <https://www.cbd.int/wgabs9/doc/>.

¹³⁴⁸ Siehe hierzu Abschlussbericht des *Earth Negotiations Bulletin* Vol. 9, No. 503, S. 1 (3), Text abrufbar unter <http://www.iisd.ca/biodiv/abs9/>. Siehe zum Ablauf der Konsultationen im März vor Beginn der 9. *ABS Working Group*: *Final Report of the First Part of the Ninth Meeting of the Ad*

nicht der Montrealer Anhang sondern das sog. Cali-Protokoll zu ABS¹³⁴⁹ Arbeitsgrundlage für die weiteren Verhandlungen bis zur COP 10 in Nagoya sein sollte.¹³⁵⁰

II. Das Mandat der *ABS Working Group* bis zur COP 10

Wie bereits oben unter I. festgehalten,¹³⁵¹ war die *ABS Working Group* mit der Aufgabe betraut, die Verhandlungen über das internationale ABS-Regime zu koordinieren und einen Entwurfsvorschlag zur Vorlage bei der COP 10 zu erarbeiten.¹³⁵² Nach Annahme der von den Co-Chairs zirkulierten Entwürfe eines ABS-Protokolls und eines Beschlussentwurfes für die COP 10 zur Annahme dieses Protokolls haben die Vertragsparteien mit der Arbeit der 9. *ABS Working Group* begonnen. Die Delegierten identifizierten zahlreiche wichtige Themen in Bezug auf den Protokollentwurf und bildeten vier Arbeitsgruppen (*contact groups*), um diese Themen anzugehen.¹³⁵³

Hoc Open-Ended working Group on Access and Benefit-Sharing vom 26. Juli 2010, UNEP/CBD/WG-ABS/9/3, A. Background 1., S. 2.

¹³⁴⁹ *Draft Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits arising out from their Utilization to the Convention on Biological Resources*, UNEP/CBD/WG-ABS/9/CRP.1 vom 25. März 2010 und UNEP/CBD/WG-ABS/9/CRP.1/Corr.1 vom 26. März 2010.

¹³⁵⁰ Informationen zum Thema Verhandlung eines internationalen ABS Regimes vor dem Nagoya Protokoll können auf der offiziellen CBD-Seite abgerufen werden: <http://www.cbd.int/abs/pre-protocol/documentation/default.shtml>. Siehe *Press Release: The Draft Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing is born in Cali*, vom 28. März 2010; Text abrufbar unter <http://www.cbd.int/doc/press/2010/pr-2010-03-28-abs9-en.pdf>. Siehe auch *Press Release: Governments discuss text of Protocol for the sharing of benefits from the genetic resources of the planet*, vom 22. März 2010; Text abrufbar unter <http://www.cbd.int/doc/press/2010/pr-2010-03-22-abs9-en.pdf>.

¹³⁵¹ Die Richtlinien (*terms of reference*) für die weitere Arbeit der *ABS Working Group* im Hinblick auf die Ausarbeitung und Verhandlung des internationalen ABS-Regimes sind im Annex der *Decision VII/19* niedergelegt. Sie beziehen sich auf den Verhandlungsprozess, die (Rechts-)Natur des Regimes, dessen Anwendungs- bzw. Gültigkeitsbereich und dessen Elemente. Siehe hierzu den Annex zur *Decision VII/19*, abgedruckt ab S. 301 des Annexes zum Abschlussbericht der COP 7, UNEP/CBD/COP/7/21.

¹³⁵² Im Hinblick auf den Ablauf und den Umfang ihrer Arbeit ist der *ABS Working Group* ein breites Mandat für die Verhandlungskoordination erteilt worden. Die Ausarbeitung soll sich unter anderem auf bereits vorhandene rechtliche oder andere Regelungen mit Bezug auf ABS auf nationaler, regionaler und internationaler Ebene stützen. Dabei sollen auch Zugangsvereinbarungen und die Erfahrungen mit deren Umsetzung sowie Einhaltung- und Durchsetzungsmechanismen berücksichtigt werden. Des Weiteren soll die *ABS Working Group* eine Lückenanalyse bezüglich dieser Instrumente durchführen und prüfen, ob und inwiefern die von den Vertragsparteien erkannten möglichen Elemente für das internationale ABS-Regime von diesen Instrumenten berücksichtigt bzw. in diese aufgenommen worden sind.

¹³⁵³ Zu den Themen der Arbeitsgruppen siehe *Final Report of the First Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended working Group on Access and Benefit-Sharing* vom 26. Juli 2010, UNEP/CBD/WG-ABS/9/3, S. 14. Diese Vorgehensweise, also die Annahme des Protokollentwurfs der Co-Chairs als weitere Arbeitsgrundlage sowie die Bildung von kleineren Arbeitsgruppen zur Identifizierung wichtiger Themen relevant zum Protokollentwurf, ist von den Co-Chairs in ihrer

Nach drei Tagen intensiver Arbeit in diesen *contact groups* ist für die weitere Arbeit eine *inter-regional*-Gruppe ins Leben gerufen worden. Aufgrund verfahrenstechnischer Unstimmigkeiten konnte diese *inter-regional*-Gruppe ihre textbezogene Verhandlungsarbeit nicht mehr aufnehmen. Aus diesen Gründen sind die Verhandlungen der 9. *ABS Working Group* suspendiert worden.¹³⁵⁴ Die Vertragsparteien einigten sich zunächst darauf, den Protokollentwurf mit den Anmerkungen der *contact groups* der *ABS Working Group* für die Wiederaufnahme der Verhandlungen zur Verfügung zu stellen,¹³⁵⁵ wobei klar gestellt worden ist, dass der Text noch nicht Verhandlungsgegenstand war. Den Vertragsparteien stand es somit weiterhin frei, diesen Protokollentwurf zu kommentieren und eventuelle Änderungsvorschläge der wiederaufzunehmenden neunten Sitzung der *ABS Working Group* zur Verfügung zu stellen.¹³⁵⁶ Grundlage für die Fortsetzung der Arbeit der 9. *ABS Working Group* sollte somit der überarbeitete sog. Cali-Protokollentwurf sein,¹³⁵⁷ der auf den Entwurf der Co-Chairs beruht und der in Verbindung mit den Anmerkungen der Vertragsstaaten zum Protokoll gelesen werden muss. Diese Anmerkungen sind im

Stellungnahme (*Scenario note*) den Vertragsstaaten empfohlen worden, siehe dazu die Stellungnahme vom 21. März 2010 (*Scenario note*) der Co-Chairs Casas und Hodges an die 9. Sitzung der *ABS Working Group*: Scenario Note from the Co-Chairs for the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing (WGABS-9), F. Approach to the ninth meeting of the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-sharing, Nr. 11 und Nr. 12, S. 2. Text abrufbar unter <https://www.cbd.int/wgabs9/doc/>.

¹³⁵⁴ *Final Report of the First Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing* vom 26. Juli 2010, UNEP/CBD/WG-ABS/9/3, para 179, S. 41.

¹³⁵⁵ Der Text des Protokollentwurfs ist als Annex I Bestandteil des Abschlussberichts des ersten Teils der Verhandlungen der 9. *ABS Working Group*: *Final Report of the First Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended working Group on Access and Benefit-Sharing* vom 26. Juli 2010, UNEP/CBD/WG-ABS/9/3, S. 44 bis 60.

¹³⁵⁶ Siehe dazu die konzertierte Fußnote zum Protokollentwurf, Annex I des *Final Report of the First Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended working Group on Access and Benefit-Sharing* vom 26. Juli 2010, UNEP/CBD/WG-ABS/9/3, S. 44. Die Fußnote lautet: "This document, which was not negotiated, reflects the efforts by the Co-Chairs to elaborate the elements of a draft Protocol, and is without prejudice to the rights of the Parties to make further amendments and additions to the text. This document should be read in conjunction with the main body of the report, which reflects the views of the Parties during the ninth meeting of the Working Group on Access and Benefit-sharing, which took place in Cali, Colombia."

¹³⁵⁷ *Final Report of the First Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended working Group on Access and Benefit-Sharing* vom 26. Juli 2010, UNEP/CBD/WG-ABS/9/3, para 182 – 183, S. 41. Siehe dazu auch *Draft Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits arising out from their Utilization to the Convention on Biological Resources*, UNEP/CBD/WG-ABS/9/CRP.1 vom 25. März 2010 und UNEP/CBD/WG-ABS/9/CRP.1/Corr.1 vom 26. März 2010. Anders als beim im Abschlussbericht wiedergegebenen Text sind bei diesen Versionen, die während der Arbeit der Arbeitsgruppen zirkuliert worden sind, zahlreiche Textstellen fett hervorgehoben, die die Passagen, bei denen noch keine konzertierte Meinung besteht, kennzeichnen.

Abschlussbericht dem Protokollentwurf vorangestellt.¹³⁵⁸ Weiterhin herangezogen werden sollten die Ergebnisse der genannten Expertengruppen und der aktuelle Bericht über den Stand der Lückenanalyse (*Gap Analysis*)¹³⁵⁹ und die Matrix¹³⁶⁰ sowie weitere Stellungnahmen der Vertragsstaaten zu ABS im Rahmen der jeweiligen Sitzungen. Die *ABS Working Group* setzte ihre in Cali unterbrochene neunte Sitzung vom 10. bis zum 16. Juli 2010 in Montreal, Kanada,¹³⁶¹ fort.¹³⁶² Grundlage für die weiteren Verhandlungen war der Cali-Entwurf, wobei diesmal die Vertragsstaaten textbezogene Verhandlungen durchführen konnten. Die Verhandlungen in Montreal wurden unter Vorsitz der beiden Co-Chairs der *ABS Working Group* in der bereits in Cali eingeführten kleineren, regional ausgewogenen Verhandlungsgruppe (*Interregional Negotiation Group*) von vierzig Verhandlern aus den fünf VN-Regionalgruppen (sog. *Cali-Setting*) fortgeführt, wobei je zwei Vertreter aus Forschung, Industrie, Indigenen und Zivilgemeinschaft ein Rederecht eingeräumt bekommen haben. Alle übrigen Teilnehmer waren als Berater im Saal zugelassen. An den ersten drei Tagen sind die operativen Artikel (1 – 19) mit Ausnahme des Artikels 2 (*Terms of Reference*) des Protokollentwurfes von der *Interregional Negotiation Group* in erster Lesung verhandelt worden. Im Rahmen dieser ersten Verhandlungsrunde haben die Vertragsstaaten den bis dahin bisher unverhandelten sog. Cali-Protokollentwurf textlich bearbeitet und diesen um noch fehlende Positionen ergänzt. Parallel dazu tagten zu den Themen Derivate, Verhältnis des Protokolls zu anderen Abkommen und Instrumenten (Art. 3*bis*) sowie zu Durchsetzungsmaßnahmen (*compliance*) drei informelle Kontaktgruppen, die ihre Ergebnisse an die *Interregional Negotiation Group* berichteten. In der Plenarsitzung am vierten Verhandlungstag sind die Ergebnisse aller Verhandlungen zusammengetragen worden. In den folgenden

¹³⁵⁸ *Final Report of the First Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing* vom 26. Juli 2010, UNEP/CBD/WG-ABS/9/3, S. 44.

¹³⁵⁹ Siehe dazu das CBD-Dokument *Matrix on the Gap Analysis* vom 17. Februar 2006, der den aktuellen Stand der Lückenanalyse wiedergibt, UNEP/COP/8/INF/36. Die Erstellung dieses Dokuments beruht auf der Empfehlung 3/1 Absatz 5 der 3. *ABS Working Group*, die hierzu folgende Aussage trifft: "In order to facilitate further analysis of gaps in existing national, regional and international legal and other instruments relating to access and benefit-sharing, invites Parties, Governments, indigenous and local communities, international organizations and all relevant stakeholders to provide information to the Executive Secretary on the basis of the matrix contained in annex II to the present recommendation and the potential additional elements and options three months before the fourth meeting of the Working Group." Siehe dazu den Abschlussbericht der 3. *ABS Working Group* UNEP/CBD/WG-ABS/3/7, S. 23.

¹³⁶⁰ Die Matrix ist ursprünglich unter der Bezeichnung UNEP/CBD/WG-ABS/4/3 als offizielles Dokument der 4. *ABS Working Group* zirkuliert worden.

¹³⁶¹ Vorgeschaltete, vorbereitende Gespräche zwischen den Vertragsstaaten fanden vom 8. bis zum 10. Juli statt.

¹³⁶² Dokumente zum zweiten Teil der 9. *ABS Working Group* können abgerufen werden unter <http://www.cbd.int/wgabs9-resumed/>. Zum Ablauf der Verhandlungen siehe *Earth Negotiations Bulletin*, Summary of the Resumed Ninth Meeting of the Working Group on Access and Benefit-Sharing of the Convention on Biological Diversity: 10. bis 16. Juli 2010, Vol. 9 No. 527, S.1 -16, Text abrufbar unter <http://www.iisd.ca/download/pdf/enb09527e.pdf>.

Tagen sind die institutionellen Artikel und die Präambel des Protokollentwurfes in erster Lesung und die operativen Artikel in zweiter Lesung verhandelt worden. Die zweite Lesung konnte erst am Mittag des letzten Verhandlungstages abgeschlossen werden, wobei nicht in allen Punkten Kompromisse erlangt worden sind. Im Ergebnis entstand ein neuer, überarbeiteter Textentwurf,¹³⁶³ wobei diesmal im Wege der Klammertechnik die noch vorhandenen unterschiedlichen Ansichten der Vertragsstaaten, die die *Interregional Negotiation Group* nicht beheben konnte,¹³⁶⁴ in den Protokolltext aufgenommen worden sind. Noch keine konzertierte Meinung bestand insbesondere zu folgenden Themen: zeitlicher und inhaltlicher Geltungsbereich, Aufnahme des Begriffs „Derivate“ in den Protokolltext (und des in diesem Zusammenhang stehenden Begriffs der Nutzung), Forschung, Ursprungsland/zur Verfügung stellendes Land, Verknüpfung zwischen Zugang und Compliancemaßnahmen, Zertifikat(e) und Überprüfungsstellen, Offenlegung der Herkunft, Verfahren zu Krankheitserregern in Notfallsituationen, unrechtmäßige Aneignung, Konformitätszertifikat mit nationalen ABS-Bestimmungen, traditionelles Wissen, Verhältnis des Protokolls zu anderen Abkommen und Instrumenten, Zugang zu Gerichten und das Thema Nichtdiskriminierung. Aufgrund dieser noch vorhandenen unterschiedlichen Ansichten beschlossen die Vertragsstaaten im Abschlussplenum eine weitere Verhandlungsrunde Ende September 2010 durchzuführen, die vom 18. bis zum 21. September 2010 in Montreal stattgefunden hat. Ziel war es, den Protokollentwurf um möglichst viele Klammern zu bereinigen, da der Entwurf formal von der fortzusetzenden *ABS Working Group* an die 10. Vertragsstaatenkonferenz (COP 10) zur dortigen Verabschiedung weitergeleitet werden musste. Nach dieser Sitzung schien die Bereitschaft der Vertragsstaaten, sich auf eine neue Definition von „Nutzung genetischer Ressourcen“ zu einigen, gegeben, wenn diese Definition in ihrem Anwendungsbereich auf Forschung und Entwicklung beschränkt werden kann.¹³⁶⁵ Die Vertragsstaaten verhandelten insbesondere auch die Einfügung einer Definition des Begriffes „Derivate“ in Art. 2 des Protokollentwurfes. Die der Rechtsklarheit dienende Definition lautet: „Derivatives means a naturally occurring biochemical compound resulting from genetic expressions or metabolism of biological genetic resources, even if they do not contain functional units of heredity.“¹³⁶⁶

¹³⁶³ Draft Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity, UNEP/CBD/WG-ABS/9/L.2/Rev.1., Text submitted by the Interregional Negotiation Group, vom 16. Juli 2010.

¹³⁶⁴ Zur abgestimmten Arbeitsweise der Fortsetzungen der Arbeit der 9. *ABS Working Group* siehe den veröffentlichten Abschlussbericht im Entwurf, *Draft Report of the Second Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing* vom 16. Juli 2010, UNEP/CBD/WG-ABS/9/L.1/Add.1., para. 22, 26.

¹³⁶⁵ Diese Einschränkung wird insbesondere von der EU favorisiert, da hiermit eine praktisch handhabbare Einschränkung des Umfanges der Verpflichtungen der Staaten in Bezug auf Art. 12 und 13 des Protokollentwurfes erreicht werden könnte.

¹³⁶⁶ In diesem Zusammenhang verfolgt die EU weiterhin die Strategie, den Begriff „*derivative*“ nicht im Protokoll aufzuführen.

Da auch im Rahmen dieser weiteren Verhandlungsrunde im Ergebnis keine vollständige Einigung über die genannten Kernpunkte erzielt werden konnte, hat die *9. ABS Working Group* ihre Sitzung vor Beginn der COP 10 in Nagoya wieder aufgenommen, mit dem Ziel, die letzte Verhandlungsrunde vor der COP 10 mit einem einvernehmlich abgestimmten Protokollentwurf abzuschließen.

1. Rechtsnatur¹³⁶⁷

Besonders umstritten im Rahmen der Verhandlungen zum internationalen ABS-Regime war die Frage der Rechtsnatur, die dieses Instrument bzw. seine Elemente haben sollen. Die Richtlinien¹³⁶⁸ sind in dieser Hinsicht sehr vage. Danach kann das internationale ABS-Regime aus einem oder mehreren Instrumenten innerhalb einer Reihe von Prinzipien bzw. Grundsätzen, Normen, Regeln und Entscheidungsprozessen bestehen. Dabei können die gewählten Instrumente bzw. einzelnen Komponenten jeweils rechtsverbindlich oder nicht-rechtsverbindlich gestaltet werden.¹³⁶⁹ Demnach stehen für die Festlegung der Rechtsnatur des gesamten Regelungswerkes sowie einzelner Bestimmungen bzw. Komponenten sämtliche Möglichkeiten offen. Hier gingen die Präferenzen der Vertragsstaaten weit auseinander. Während die Europäische Union, Kanada und die Schweiz die Umsetzung der Bonner Leitlinien mit der Begründung unterstützten, zuerst durch die damit gewonnen Erfahrungen Problempunkte und Lücken erkennen und gründlich analysieren zu wollen, um diese in einem weiteren Schritt in den Verhandlungsprozess konstruktiv einfließen zu lassen, unterstützten demgegenüber insbesondere die Länder der megadiversen Staaten, wie Kolumbien, Brasilien sowie die Staaten der *African Group* die Einführung eines internationalen Regimes mit rechtsverbindlicher Wirkung, das Fragen des Vorteilsausgleichs und des Technologietransfers besonders berücksichtigt.

¹³⁶⁷ Für die Veröffentlichung der Arbeit (Stand Beginn des offiziellen Promotionsverfahrens September 2012) ist diese punktuell auf den Stand von Oktober 2012 aktualisiert worden und zwar ohne den ursprünglichen Aufbau dieses Kapitels umzustellen, welches vor der 10. Vertragsstaatenkonferenz abgeschlossen worden ist.)

¹³⁶⁸ Die Richtlinien (*terms of reference*) für die weitere Arbeit der *ABS Working Group* im Hinblick auf die Ausarbeitung und Verhandlung des internationalen ABS-Regimes sind im Annex der *Decision VII/19* niedergelegt. Sie beziehen sich auf den Verhandlungsprozess, die (Rechts-)Natur des Regimes, seinen Anwendungs- bzw. Gültigkeitsbereich und seine Elemente. Siehe Annex zur *Decision VII/19*, abgedruckt ab S. 301 des Annexes zum Abschlussbericht der COP 7, UNEP/CBD/COP/7/21.

¹³⁶⁹ Siehe dazu den Text der *Decision VII/19* zu diesem Thema: "Nature: The international regime could be composed of one or more instruments within a set of principles, norms, rules and decision-making procedures, legally-binding and/or non-binding."

2. Anwendungsbereich und wesentliche Elemente

Nach den oben genannten Richtlinien sollte sich der Geltungsbereich des internationalen ABS-Regimes auf den Zugang zu genetischen Ressourcen und die Förderung sowie Gewährleistung eines fairen und gerechten Vorteilsausgleichs aus der Nutzung der genetischen Ressourcen erstrecken, und zwar im Einklang mit den relevanten Bestimmungen der CBD. Zudem sollten auch das traditionelle Wissen, Innovationen und Praktiken gemäß Art. 8 lit. j CBD vom Anwendungsbereich des internationalen ABS-Regimes umfasst sein.

Die durch die Vertragsstaaten benannten wesentlichen Elemente des internationalen ABS-Regimes sind im Annex der *Decision VII/19* aufgeführt.¹³⁷⁰ Diese Auflistung war von der *ABS Working Group* in der Erarbeitung und Verhandlung des internationalen ABS-Regimes einzubeziehen. Sie enthält unter anderem folgende Elemente:

- Maßnahmen zur Förderung und Unterstützung gemeinschaftlicher wissenschaftlicher Forschungsarbeiten für kommerzielle Zwecke in Übereinstimmung mit Art. 8 lit. j, 10, 15 Abs. 6 und 7, Art. 16, 18 und 19 CBD,
- Maßnahmen zur Gewährleistung eines fairen und gerechten Vorteilsausgleichs der Forschungsergebnisse, der kommerziellen Nutzung sowie anderer Nutzung der Ressourcen in Übereinstimmung mit den relevanten CBD-Bestimmungen,
- Maßnahmen zur Verhinderung unrechtmäßigen bzw. unerlaubten Zugangs zu genetischen Ressourcen,
- das Thema der Derivate und ihre Behandlung,
- Monitoring, Einhaltung und Durchsetzung,
- Maßnahmen zur Gewährleistung der Einhaltung von nationalen ABS-Regelungen sowie PIC- und MATs-Bestimmungen,
- Maßnahmen zur Einhaltung von PIC-Bestimmungen bezüglich indigener und lokaler Gemeinschaften als Trägerinnen von mit genetischen Ressourcen verbundenem traditionellen Wissen:
- International anerkannte Zertifizierung der Angabe der Herkunft/Quelle/rechtlichen Erwerbs von genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen;
- Offenbarung der Herkunft/Quelle/rechtlichen Erwerb genetischer Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen bei der Beantragung geistiger Schutzrechte
- Relevante Elemente bereits bestehender nationaler Umsetzungsregelungen und Verfahrensbestimmungen.¹³⁷¹

¹³⁷⁰ Terms of Reference for the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing: Annex zur *Decision VII/19*, abgedruckt ab S. 301 des Annexes zum Abschlussbericht der COP 7, UNEP/CBD/COP/7/21.

¹³⁷¹ Für die ausführliche Auflistung der relevanten Elemente siehe „Terms of Reference for the Ad

3. Zwischenergebnis

Die oben dargestellten Richtlinien waren während des gesamten Ausarbeitungs- und Verhandlungsprozesses zu berücksichtigen und verloren somit nicht ihre Geltung.

Unter Heranziehung dieser Richtlinien ist letztendlich der erste geklammerte Entwurfstext für das internationale ABS-Regime im Rahmen der Verhandlungen bei der 4. *ABS Working Group* entstanden. Unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Standpunkte der Vertragsparteien, die in der Verwendung von geklammertem Text ihren Ausdruck gefunden haben, hat die COP 8 diesen Entwurfstext durch ihre *Decision VIII/4* als Grundlage für die Fortsetzung der Erarbeitung und Verhandlung des internationalen ABS-Regimes freigegeben. Wichtiges Ergebnis der 9. *ABS Working Group* ist, dass die bisherigen Entwürfe eines internationalen ABS-Regimes nunmehr von dem sog. Cali-Protokollentwurf ersetzt werden, der von den Co-Chairs der *ABS Working Group* als *non-paper* vor der 9. *ABS Working Group* zirkuliert und im Laufe der Sitzung von den Vertragsstaaten überarbeitet worden ist. Dieser überarbeitete Protokollentwurf stellte fortan die Arbeits- und Verhandlungsgrundlage dar.

Zum ersten Mal trug der für die Fortsetzung der 9. *ABS Working Group* eingereichte Protokollentwurf zum internationalen ABS-Regime die technische Bezeichnung eines Protokolls.¹³⁷² Anders als der im Annex zur *Decision VIII/4* wiedergegebene Text der Komponenten für ein internationales ABS-Regime, der durch die Verwendung von eckigen Klammern im Text die unterschiedlichen Ansichten der Vertragsstaaten wiedergibt, zeigte dieser Entwurfstext keine formatierungstechnischen Hervorhebung von Textstellen, die auf die unterschiedlichen Ansichten der Vertragsstaaten hinweisen. Die aufgenommene Fußnote stellte klar, dass der Annex zusammen mit dem Text des Abschlussberichtes zu lesen ist, da dieser die verschiedenen Ansichten und noch offenen Fragen der Vertragsstaaten wiedergibt. Anders als sein Vorgänger stellte dieser Protokolltext bereits optisch einen strukturierteren Text dar, der die wesentlichen Komponenten¹³⁷³ des sog. Montrealer Annexes anders

Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing“: Annex zur *Decision VII/19*, Punkt d.), abgedruckt ab S. 301 des Annexes zum Abschlussbericht der COP 7, UNEP/CBD/COP/7/21.

¹³⁷² Zur Rechtsnatur eines Protokolls zur CBD siehe oben 5. Teil, B. IV. d. So ist die Forderung eines Protokolls bereits von dem Repräsentant Kameruns auf der COP 6 im Namen der afrikanischen Gruppe erhoben worden, siehe dazu *Report of the Sixth Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity*, UN-Doc. UNEP/CBD/COP/6/20/PART1, para. 340; zu den vergleichbaren Äußerungen Vertreter von Philippinen und Äthiopien siehe *Earth Negotiations Bulletin* Vol. 9 No 231 (10. April 2002), S. 2.

¹³⁷³ Wesentliche Komponenten des sog. Montrealer Annexes sind: I. *Objective* (Ziele); II. *Scope* (Anwendungsbereich); III. *Main Components* (Wesentliche Bestandteile); A. *Fair and equitable benefit-sharing* (Fairer und gerechter Vorteilsausgleich); B. *Access to genetic resources* (Zugang zu genetischen Ressourcen); C. *Compliance* (Einhaltung); D. *Traditional knowledge associated with genetic resources* (Mit genetischen Ressourcen verbundenes traditionelles Wissen); E. *Capacity*

geordnet integrierte.¹³⁷⁴ Der im Rahmen der Fortsetzung der 9. *ABS Working Group* in Montreal überarbeitete Protokollentwurf (im folgenden Montrealer-Entwurf) hat zwar den strukturierten Aufbau des sog. Cali-Entwurfes beibehalten. Er enthielt aber nunmehr zahlreiche Textergänzungen, die im Wege der Klammerstechnik die noch vorhandenen unterschiedlichen Ansichten der Vertragsstaaten kenntlich machten,¹³⁷⁵ da weiterhin noch kein konzertiertes Verständnis im Hinblick auf den Umgang mit Kernbegriffen wie Vorteilsausgleich, Derivate, Pathogene,¹³⁷⁶ Techno-

(Kompetenzaufbau). Unterhalb der genannten Überschriften werden in dem Komponentenpapier jeweils sämtliche relevanten Positionen und Vorschläge der Vertragsstaaten aufgeführt. Zum damaligen Zeitpunkt konzentrierten sich die Debatten betreffend einer Weiterentwicklung der Regelungswerke vor allem auf Maßnahmen der Nutzerstaaten zur effektiven Umsetzung der CBD-Bestimmung, auf die sog. *user measures*. Besonders kontrovers wurde die Einführung einer Zertifizierung der Angabe der Herkunft, Quelle/rechtmäßigen Erwerbs genetischer Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen als Element des internationalen ABS-Regimes diskutiert. Gemäß den Richtlinien der *Decision VII/19* ist dieses Thema Bestandteil der Verhandlungen über das internationale ABS-Regime. Siehe dazu „Terms of Reference for the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing“: Annex zur *Decision VII/19*, Punkt d), (xiii), S. 302 des Annexes zum Abschlussbericht der COP 7, UNEP/CBD/COP/7/21.

¹³⁷⁴ Der sog. Cali-Protokollentwurf hat folgenden Aufbau: Preamble; Art. 1 Objective; Art. 2 Use of terms; Art. 3 Scope; Art. 4 Fair and equitable benefit-sharing; Art. 5 Access to genetic resources; Art. 5bis Access to traditional knowledge associated with genetic resources; Art. 6 [Considerations relevant to [non-commercial] research and emergency situations; Art. 7 Contribution to conservation and sustainable use; Art. 8 Transboundary Cooperation; Art. 9 Traditional knowledge associated with genetic resources; Art. 10 National focal points and competent national authorities, Art. 11 The access and benefit-sharing clearing-house and information-sharing, Art. 12 Compliance with [international and] national legislation on access and benefit-sharing, Art. 13 Monitoring [tracking] and reporting for the utilization of genetic resources [and associated traditional knowledge], [Art. 13 bis, Non-compliance with mandatory disclosure requirements], Art. 14 Compliance with mutually agreed terms, [Art. 14 bis International access and benefit-sharing ombudsperson], Art. 15 Model contractual clauses, Art. 16 codes of conduct, guidelines and best-practice and/or standards; Art. 17 Awareness-raising; Art. 18 Capacity, Art. 18 bis, Technology transfer and cooperation, Art. 18 ter, Non-parties, Art. 19 Financial Mechanism and resources, Art. 20 Conference of the parties serving as the meeting of the parties to this protocol, [Art. 21 Subsidiary bodies], Art. 22 Secretariat; Art. 23 Relationship with the convention; Art. 24 Monitoring and Reporting, Art. 25 [Compliance with] [Facilitative mechanism to promote implementation of] the protocol, Art. 26 Assessment and review, Art. 27 Signature; Art. 28 Entry into force; Art. 29 Reservations; Art. 30 Withdrawal; Art. 31 Authentic Text; Annex I Monetary and non-monetary benefits; Annex II List of typical uses of genetic resources.

¹³⁷⁵ Der Text des aktuellen Entwurfes ist auf S. 16 ff. des *Report of the Second Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing* vom 28. Juli 2010, UNEP/CBD/COP/10/5/Add.4, zu finden.

¹³⁷⁶ Siehe hierfür den in Klammern gesetzten kontrovers diskutierten Vorschlag in Art. 6 Abs. 2 des Montrealer-Protokollentwurfs. Art. 3 des Protokollentwurfes besagt, dass humane Pathogene vom Anwendungsbereich des Protokolls ausgeschlossen sind. Demgegenüber sieht Art. 6 Abs. 2 vor, den Zugang zu Pathogenen zu erlauben, wenn deren Nutzung „particularly public concern for the health of humans, animals or plants“ dient. Der Protokollentwurf bietet aber keine klare Definition des Begriffes Pathogene, so dass eine eventuelle Anwendung Spielraum für unter-

logietransfer, Nutzung genetischer Ressourcen, Zugang sowie traditionelles Wissen bestand. Die Fragen bildeten den Kern der Verhandlungen im September 2010 und anschließend in Nagoya im Oktober 2010. Besonders kontrovers sind zudem die Fragen des zeitlichen, geographischen und gegenständlichen Anwendungsbereiches des Protokolls sowie seines Verhältnisses zu anderen internationalen Abkommen wie z.B. dem ITPGRFA.

III. Rechtliche Ausgestaltungsmöglichkeiten des internationalen ABS-Regimes

Seit der Erteilung des Mandats durch die COP 7 an die *ABS-Working Group* und damit mit der politischen Entscheidung, sich mit der Frage der Schaffung eines sog. internationalen ABS-Regimes auseinanderzusetzen, sind insbesondere seine Rechtsnatur und mögliche Ausgestaltungsformen kontrovers diskutiert worden. Weder Paragraph 44 (o)¹³⁷⁷ des *Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development* noch das Mandat der COP 7 und der COP 8 enthalten genauere Hinweise über die Ausgestaltungsmöglichkeiten dieses (neu) zu schaffenden Regelungswerkes. Die Fragen hinsichtlich der Rechtsnatur, der Form und des Verfahrensverlaufs für seine Verhandlung und Ausarbeitung sind offen geblieben. Dadurch wird den Vertragsstaaten ein weiter (Verhandlungs-)Spielraum eröffnet.

1. Der Begriff des Regimes

In den offiziellen Verhandlungstexten wurde bis zur ersten Sitzung der 9. *ABS Working Group* allein der Begriff des „internationalen Regimes“ (*International Regime*) verwendet. Die Verwendung dieses Begriffes könnte Rückschlüsse auf die gewünschte Rechtsnatur ermöglichen. In der rechts- und politikwissenschaftlichen Literatur zu dem Thema „internationale Regime“ wird von dem Begriff als „a set of principles, norms, rules and decision-making procedures around which actors' expectations converge in a given area of international relations“ gesprochen.¹³⁷⁸ Dabei können diese Prinzipien, Normen, Regeln und Verfahrensbestimmungen in rechtsverbindlicher oder in nicht-rechtlich verbindlicher Form gestaltet werden. Der Begriff des „internationalen Regimes“ setzt aber ein gewisses Maß an (Rechts-)Wirksamkeit voraus, die an dem Grad der Verpflichtung zur Einhaltung seiner Bestimmungen (*rule-compliance*) gemessen werden kann.¹³⁷⁹ Diese Begriffsdefinition legt nicht fest, ob das gesamte internationale Regime als Regelungswerk rechtverbindlich oder nicht rechtsverbindlich ausgestaltet werden soll oder ob nur eine

schiedliche Begriffsinterpretationen lassen würde, die im Ergebnis nicht zu der erforderlichen Rechtssicherheit- und -klarheit eines funktionierenden ABS-Systems führen.

¹³⁷⁷ WSSD Johannesburg Plan of Implementation, IV.

¹³⁷⁸ Siehe dazu Krasner (Hrsg.), *International Regimes*, S. 2, zitiert in UNEP/CBD/MYPOW/6 para. 19.

¹³⁷⁹ List/Rittberger, *Regime Theory and International Environmental Management*, in Hurrell/Kingsbury (Hrsg.), *The International Politics of the Environment*, Oxford 1992, S. 85.

bestimmte Anzahl seiner Bestandteile bzw. einzelne Bestimmungen eine rechtsverbindliche Ausgestaltung erhalten sollen. Aus der Definition kann gefolgert werden, dass das Regelungswerk in seiner Gesamtheit nicht von rechtsverbindlichem Charakter sein muss, dass aber zumindest einige Bestimmungen eine verbindliche Rechtsnatur haben müssen. Zudem enthält ein internationales Regime nach dieser Definition sowohl inhaltliche wie auch verfahrenstechnische Vorschriften.¹³⁸⁰

Fraglich war demnach, in welche Form ein internationales ABS-Regime letztendlich rechtlich umgesetzt werden sollte. Seit der 9. Sitzung der *ABS Working Group* schien mit der Entscheidung, den von den Co-Chairs vorgelegten Textentwurf als neue Arbeits- und Verhandlungsgrundlage zu verwenden, diese Frage zugunsten eines Protokolls zur CBD entschieden zu sein,¹³⁸¹ da der Textentwurf nun die Bezeichnung „Protokoll“ trug. Nach dem Willen der Vertragsparteien galt der sog. Cali Anhang noch nicht als abschließend ausgehandelt. Seine Komponenten und insbesondere auch seine Rechtsnatur als Ganzes ist auf der COP 10 verhandelt und beschlossen worden.

2. Normsetzungsmöglichkeiten im Rahmen der CBD

Als völkerrechtlicher Vertrag verfügt die CBD über zahlreiche Normsetzungsmöglichkeiten, die für die Umsetzung ihrer Ziele herangezogen werden können. Darunter fallen Beschlüsse der Vertragsstaatenkonferenz (im folgenden COP-Beschlüsse), die Durchführung von Änderungen des Vertragstextes nach Art. 29 CBD sowie das Hinzufügen von Anlagen (Art. 30 CBD) und Protokollen (Art. 23 Abs. 4 lit. c, Art. 28 CBD).

a. Beschlüsse der Vertragsstaatenkonferenz

Die Vertragsstaatenkonferenz ist das oberste Beschlussorgan des Übereinkommens. In ihr sind alle Vertragsstaaten und die EU mit jeweils einer Stimme vertreten. Da sich die Vertragsparteien bisher nicht auf einen bestimmten Abstimmungsmodus einigen konnten, gilt das Konsensprinzip. Für die Arbeit der Vertragsstaatenkonferenz bedeutet dies, dass jeder einzelne Diskussionspunkt solange verhandelt wird,

¹³⁸⁰ Aus diesen Überlegungen kann gefolgert werden, dass zum Beispiel die Bonner Richtlinien als freiwillige Richtlinien die Voraussetzungen für die Qualifizierung als „internationales Regime“ nach der hier behandelten Definition nicht erfüllen, da sie in ihrem Gesamtcharakter als ein nicht-rechtsverbindliches Regelungswerk ausgestaltet ist.

¹³⁸¹ Siehe auch die zitierte Stellungnahme des *Executive Secretary* der CBD *Ahmed Djoghlaif*: „Eight years after Johannesburg and the ABS commitment, four years after Curitiba and the ABS target, the meeting in Cali has the responsibility to deliver the Protocol on ABS to be adopted in Nagoya.“ In: Press Release: Governments discuss text of Protocol for the sharing of benefits from the genetic resources of the planet vom 22. März 2010, S. 1. Text abrufbar unter <http://www.cbd.int/doc/press/2010/pr-2010-03-22-abs9-en.pdf>.

bis alle Vertragsparteien mit dem Ergebnis einverstanden sind.¹³⁸² Dieses Prozedere ist sehr mühsam und zeitaufwendig.¹³⁸³ Da das Übereinkommen bei Nichterfüllung über keine Sanktionsmechanismen – vergleichbar z.B. der WTO – verfügt, kann diese Arbeitsmethode insoweit als sinnvoll erachtet werden.

Das internationale ABS-Regime kann Bestandteil eines COP-Beschlusses sein. Die Beschlüsse der Vertragsstaatenkonferenz sind für alle Vertragsstaaten bindend im Sinne des Völkerrechts. Entscheidungen der Vertragsstaaten stellen verbindliche Interpretationen des Übereinkommens dar.

COP-Beschlüsse, die einstimmig getroffen werden, gelten als verbindliche Auslegung der relevanten CBD-Bestimmung für alle Vertragsparteien. Dafür muss der Wortlaut eindeutig und unmissverständlich sein. Ein Beispiel für einen solchen unmissverständlichen COP-Beschluss ist der Beschluss II/11, der besagt, dass human-genetische Ressourcen nicht in den Anwendungsbereich der CBD fallen. Dieser Beschluss eröffnet keinen Raum für eine anderweitige Interpretation. Grundsätzlich könnte das internationale ABS-Regime in Gestalt eines COP-Beschlusses erlassen werden. Wie bereits oben erwähnt, müsste für eine effektive Umsetzung der Wortlaut eindeutig und präzise sein. Die über 150 bisher erlassenen COP-Beschlüsse zeichnen sich aber eher durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und der Eröffnung von (rechtlichen) Spielräumen aus als durch die Verwendung eindeutiger Rechtsbegriffe.

Diese Praxis und die nicht zu erwartende Formulierungsdisziplin bei der Verfassung des Textes eines so kontrovers diskutierten Regelungswerkes sprechen gegen diese Option. Zudem können COP-Beschlüsse durch spätere einvernehmlich getroffene COP-Beschlüsse revidiert werden. Dies spricht ebenfalls nicht für eine zu erwartende Langlebigkeit des Regelungswerkes. Gegen die Form des COP-Beschlusses spricht auch deren Reichweite im Zusammenhang mit anderen internationalen Verträgen. COP-Beschlüsse sind verbindlich im Kontext der CBD und ihrer Vertragsauslegung. Gegenüber anderen internationalen Verträgen haben sie in dieser Hinsicht keine Auswirkungen und können daher keine Geltungskraft beanspruchen.

b. Änderungen der CBD

Gemäß Art. 23 Abs. 4 lit. d und Art. 29 CBD sieht die CBD die Durchführung von Änderungen des Vertragstextes vor. Grundsätzlich sind die Vertragsparteien angehalten, eine Änderung des Vertragstextes im allgemeinen Einvernehmen im Rahmen einer Vertragsstaatenkonferenz vorzunehmen. Sollten diese Bemühungen scheitern, kann als letztes Mittel die Änderung mit Zweidrittelmehrheit der auf der

¹³⁸² Siehe zu den Verhandlungen bis zum Beschluss, Korn, in: Wolff/Köck, 10 Jahre Übereinkommen über die biologische Vielfalt, S. 36 (51 f.).

¹³⁸³ Zu der Komplexität, Langwierigkeit und Schwierigkeit der CBD-Entscheidungsprozesse siehe Korn, in: Wolff/Köck, 10 Jahre Übereinkommen über die biologische Vielfalt, S. 36 (48–51).

Sitzung anwesenden und abstimmenden Vertragsparteien der betreffenden Übereinkunft beschlossen und vom Verwahrer aller Vertragsparteien zur Ratifikation, Annahme oder Genehmigung vorgelegt werden.¹³⁸⁴ Aus den Bestimmungen des Art. 29 CBD geht hervor, dass nach dem Ablauf bestimmter Fristen die Vertragsänderungen nur zwischen den Vertragsstaaten in Kraft treten, die sie angenommen haben. Dafür muss die Vertragspartei gemäß den Fristen des Art. 29 CBD ihre Urkunde über die Ratifikation, Annahme oder Genehmigung der Änderungen hinterlegt haben. Die Änderung des Übereinkommens stellt einen langwierigen Prozess dar, da er einerseits innerhalb der CBD angenommen werden muss und zusätzlich die nationalen Gesetzgebungsverfahren durchlaufen muss. Zudem sind gegebenenfalls wegen fehlender Ratifizierung nicht alle Vertragsstaaten an die Änderungen gebunden. Vorteile gegenüber der Annahme des internationalen ABS-Regimes in der Form eines Protokolls zur CBD sind nicht ersichtlich.

c. Anlagen

Anlagen werden nach dem in Art. 29 CBD festgelegten Verfahren beschlossen. Die Anlagen sind Bestandteil des Übereinkommens.¹³⁸⁵ Gemäß Art. 30 CBD müssen sie sich auf verfahrensmäßige, wissenschaftliche, technische und verwaltungsmäßige Angelegenheiten beschränken. Die Anlagen treten nach Ablauf eines Jahres¹³⁸⁶ nach dem Zeitpunkt, zu dem der Verwahrer mitgeteilt hat, dass die Anlage beschlossen worden ist, für alle Vertragsparteien in Kraft, die keine ablehnende Notifikation hinterlegt haben.¹³⁸⁷

Da es sich bei dem internationalen ABS-Regime um ein sehr komplexes Regelungswerk handeln würde, das insbesondere neue Verpflichtungen schaffen und somit über diese Beschränkungen hinausgehen würde, ist die Anlage keine geeignete Form für seine Implementierung.

d. Protokolle zur CBD

Der zuletzt verhandelte Entwurf trug nicht mehr die Bezeichnung „internationales ABS-Regime“ wie der sog. Montrealer Anhang sondern zum ersten Mal die Bezeichnung „Protokoll zur CBD über den Zugang zu genetischen Ressourcen und den fairen und gerechten Ausgleich der aus ihrer Nutzung resultierenden Vorteilen“. Damit schienen sich die Vertragsstaaten auf die rechtliche Umsetzung in Form eines Protokolls zur CBD vorerst geeinigt zu haben, obwohl konkret über diese Frage bis zu dem Zeitpunkt nicht verhandelt worden ist. Folglich hat das Sekretariat der CBD die Vertragsstaaten mit einer offiziellen Mitteilung gemäß

¹³⁸⁴ Art. 29. Abs. 3 CBD.

¹³⁸⁵ Art. 30 CBD.

¹³⁸⁶ Art. 30 lit. c CBD.

¹³⁸⁷ Art. 30 lit. b CBD.

Art. 28 Abs. 3 CBD¹³⁸⁸ über den vorgeschlagenen Protokollentwurf und seine Anhänge informiert.¹³⁸⁹

Gemäß Art. 23. Abs. 4 lit. c CBD ist die Vertragsstaatenkonferenz zur CBD ermächtigt, Protokolle zum Übereinkommen zu erlassen. Bei dem Protokoll handelt es sich um die strengste Form der Umsetzung des Übereinkommens.¹³⁹⁰ Nach Inkrafttreten erlangt es den Status einer eigenständigen Konvention. Aus diesem Grund müssen Protokolle nach Abschluss der Verhandlungen auf der Vertragsstaatenkonferenz bei jeder Vertragspartei ein eigenständiges Ratifizierungsverfahren durchlaufen. Vertragspartei eines Protokolls kann nur ein Staat oder eine Organisation der regionalen Wirtschaftsintegration sein, die gleichzeitig Vertragspartei der CBD ist.¹³⁹¹ Damit kann eine Vertragspartei Mitglied der CBD sein und gleichzeitig einem Protokoll nicht beitreten.¹³⁹² Die Protokolle sollen der Umsetzung der Ziele der CBD dienen, sie können aber zur besseren Umsetzung eigener Ziele über die Reichweite der CBD hinausgehen.

Im Rahmen der CBD existiert bisher nur das Protokoll über die Biologische Sicherheit (*Cartagena Protocol on Biosafety*), das im Jahre 2003 mit den notwendigen 50 Ratifizierungen in Kraft getreten ist.¹³⁹³

Wie das Beispiel des Protokolls über die Biologische Sicherheit zeigt, kann der Entstehungsprozess sehr langwierig sein. Das Einstimmigkeitsprinzip der Vertragsstaatenkonferenz wird höchstwahrscheinlich die Verhandlungen nicht beschleunigen. Nachteilig gegenüber den COP-Beschlüssen ist, dass diese mit Beschlussfassung für alle Vertragsparteien gelten, wohingegen Protokolle nach der Ratifizierungsrunde nur für die beigetretenen Vertragsparteien Wirkung entfalten. Demgegenüber wäre ein Protokoll im Vergleich zu einem COP-Beschluss grundsätzlich als langlebiger anzusehen, da das Verfahren zu seiner Änderung dem Ablauf eines Vertragsänderungsverfahrens der CBD entspricht. Andererseits würde ein internationales ABS-Regime in der Gestalt eines eindeutig formulierten Protokolls – die Annahme der meisten Vertragsparteien vorausgesetzt – für Rechtssicherheit, Vertrauen und Transparenz stehen. Daher wäre ein Protokoll die effektivste Form für die Einführung eines internationalen ABS-Regimes.

¹³⁸⁸ Art. 28 Abs. 3 CBD lautet: „3. The text of any proposed protocol shall be communicated to the Contracting Parties by the Secretariat at least six months before such a meeting.“

¹³⁸⁹ Sekretariat der CBD, Access and Benefit-Sharing: Communication of a Proposed Protocol Pursuant to Art. 28, Paragraph 3 of the Convention on Biological Diversity, vom 8. und vom 15. April 2010, Text abrufbar unter: <http://www.cbd.int/doc/notifications/2010/ntf-2010-066-abs-en.pdf> (Protokollentwurf) und <http://www.cbd.int/doc/notifications/2010/ntf-2010-071-abs-en.pdf> (Anhänge zum Protokollentwurf).

¹³⁹⁰ Siehe Korn, in: Wolff/Köck, 10 Jahre Übereinkommen über die biologische Vielfalt, S. 45.

¹³⁹¹ Art. 32 Abs. 1 CBD.

¹³⁹² Dieser Punkt ist vor allem für die USA wichtig, die die CBD nicht ratifiziert haben. Damit können sie auch keinem Protokoll beitreten.

¹³⁹³ Vgl. zum Protokoll von Cartagena auch Schwarz, Die Außenkompetenz der Gemeinschaft – Spannungsfeld von internationaler Umwelt- und Handelspolitik – zugleich eine Anmerkung zum Gutachten 2/00 des EuGH vom 6. Dezember 2002 in: ZEuS (2003), S. 51 ff.

Offen bleibt noch die Frage, ob es sich um ein selbständiges Protokoll mit eigenen Organen (eigene COP, etc.) handeln soll oder ob das Protokoll als Teil der CBD thematisch weiterhin im Rahmen der CBD-COP behandelt werden soll. Letzteres wäre die kostengünstigere und im Ergebnis effektivste Entscheidung, da man die bereits vorhandenen Organe der CBD und deren Infrastruktur nutzen kann.

e. Ergebnis

Die obige Darstellung der Normsetzungsmöglichkeiten der CBD zur besseren Umsetzung ihrer Ziele zeigt, dass der Ausgestaltung des internationalen Regimes in der Form eines dieser Möglichkeiten keine in der CBD immanenten rechtlichen oder strukturellen Gründe entgegenstehen. Es liegt an den Vertragsstaaten zu entscheiden, welcher Ausgestaltungsmöglichkeit sie den Vorzug geben werden. Diese haben mit Beginn der *9. ABS Working Group* in Cali, Kolumbien, den Weg für die Annahme eines Protokolls geebnet.

IV. Das Nagoya Protokoll zu ABS¹³⁹⁴

In den Morgenstunden des 30. Oktober 2010 hat die 10. Vertragsstaatenkonferenz (VSK) der CBD nach langen und schwerfälligen Verhandlungen das *Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity* (im folgenden Nagoya Protokoll) angenommen.¹³⁹⁵ Die Verhandlungen sind insbesondere auch deshalb in den letzten Tagen der 10. VSK schwierig geworden, weil Entwicklungsländer die Annahme des Nagoya Protokolls als Bedingung für die Zustimmung des sog. *Nagoya Package* und der damit verbundenen Annahme eines globalen sog. Strategischen Planes 2011–2020 für den Erhalt der Biodiversität mit konkreten Maßnahmen und Zielen zur Bedingung machen wollten.¹³⁹⁶ Das Nagoya Protokoll wird mit Hinterlegung des 50. Ratifizierungsinstruments in Kraft treten. Im Folgenden werden die wichtigsten Elemente des Nagoya Protokolls dargestellt.

Anders als die CBD legt das Nagoya Protokoll den Schwerpunkt nicht auf die Regelung des Zugangs, sondern auf den fairen und gerechten Vorteilsausgleich, der

¹³⁹⁴ Für die Veröffentlichung dieser Arbeit (Stand Beginn des offiziellen Promotionsverfahrens September 2012) ist Kap. 5 B. IV. punktuell auf den Stand von Oktober 2012 aktualisiert worden. Somit beschreibt dieser Abschnitt nicht mehr die wesentlichen Elemente des für die COP 10 eingereichten Protokollentwurfs, sondern stellt die wesentlichen Elemente des im Oktober 2010 angenommenen Nagoya Protokolls dar, die im Wesentlichen ähnlich geblieben sind. Textliche Veränderungen des angenommenen Protokolltextes haben auch nach der 11. Vertragsstaatenkonferenz in Hyderabad, Indien, nicht stattgefunden.

¹³⁹⁵ Der Text des Nagoya Protokoll kann abgerufen werden unter <http://www.cbd.int/abs/text/>.

¹³⁹⁶ Mehr Informationen zum Strategischen Plan sowie dessen Text können auf der CBD-Seite abgerufen werden unter <http://www.cbd.int/sp/>.

aus der Nutzung genetischer Ressourcen resultieren kann (Art. 1 des Nagoya Protokolls (NP)), wobei es den Begriff der Nutzung in Art. 2 lit. c definiert.

1. Anwendungsbereich

Art. 3 des Nagoya Protokolls regelt den Anwendungsbereich des Protokolls.

a. Sachlicher Anwendungsbereich

Art. 3 des Nagoya Protokolls legt fest, dass es auf genetische Ressourcen innerhalb des Anwendungsbereiches des Art. 15 CBD und auf den aus ihrer Nutzung resultierenden Vorteilsausgleich Anwendung findet. Zudem statuiert Art. 3 NP, dass auch mit genetischen Ressourcen verbundenes traditionelles Wissen (innerhalb des Anwendungsbereiches der CBD) und der aus ihrer Nutzung resultierende Vorteilsausgleich von seinem Anwendungsbereich umfasst sind.

(1) Zugang zu genetischen Ressourcen

Ebenfalls wie die CBD in Art. 15 Abs. 1 CBD bestätigt das Nagoya Protokoll zum einen in Art. 6 Abs. 1 NP das souveräne Recht der Staaten, den Zugang zu genetischen Ressourcen als Teil ihres souveränen Rechts über ihre natürlichen Ressourcen regeln. Zum anderen konkretisiert es die Regelungen des Art. 15 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 3 CBD, indem es das Recht der Vertragsstaaten, PIC zu gewähren, ihrem souveränen Recht über ihre natürlichen Ressourcen und damit ihrer genetischen Ressourcen zuordnet. Vergleichbar mit Art. 15 Abs. 3 CBD grenzt es dieses Recht, PIC zu verlangen oder nicht, auf Staaten, die Herkunftsstaaten der genetischen Ressourcen sind, oder auf die Staaten, die die genetischen Ressourcen in Übereinstimmung mit der CBD erlangt haben.

Kontrovers diskutiert wird in diesem Zusammenhang die Frage, wie die Vertragsstaaten mit *Ex-situ*-Sammlungen umgehen werden, da die Regelungen des Nagoya Protokolls grundsätzlich nur auf Staaten anwendbar sind, die PIC verlangen und die Herkunftsstaaten sind oder die die Ressourcen in Übereinstimmung mit den Bestimmungen der CBD erworben haben. Nach dem oben Gesagten bedeutet diese Einschränkung, dass Regelungen des Art. 5 Abs. 1 NP zum Vorteilsausgleich nicht Anwendung finden würden. Art. 5 NP bezieht seine Regelungen zum Vorteilsausgleich auf Staaten, die in Anlehnung an Art. 15 Abs. 3 und Abs. 7 CBD Herkunftsstaat der genetischen Ressourcen sind oder die Ressourcen in Übereinstimmung mit den CBD-Bedingungen erlangt haben. Hier besteht für die Staaten ein Entscheidungsspielraum, wie sie genetische Ressourcen aus *Ex-situ*-Sammlungen in ihr ABS-Regelungssystem aufnehmen.

(2) Erteilung von PIC

Das Nagoya Protokoll macht also die Befugnis zur Regelung des Zugangs von genetischen Ressourcen und damit die Anwendung seiner Zugangsvorgaben von der Erteilung der vorherigen informierten Zustimmung (PIC) des Bereitstellerstaates, der Herkunftsstaat ist, oder des Staates abhängig, der die genetischen Ressourcen in Übereinstimmung mit der CBD erlangt hat, es sei denn, dieser Staat hat etwas anderes bestimmt. Das bedeutet, dass die Vertragsstaaten frei sind in der Entscheidung, PIC für die Nutzung ihrer genetischen Ressourcen zu verlangen. Art. 6 Abs. 3 NP listet legislative, verwaltungsrechtliche oder politische Maßnahmen auf, die die Vertragsstaaten, die PIC vorsehen, umsetzen sollten. Diese Umsetzungspflicht der aufgelisteten Maßnahmen wird unter dem Vorbehalt „falls angemessen“ (*as appropriate*) gestellt. Hierbei geht es insbesondere um Maßnahmen zur:

- Schaffung von Rechtssicherheit, -klarheit und Transparenz von nationalen ABS Regelungen,
- Gewährleistung von fairen und nicht willkürlichen Regelungen und Verfahren für den Zugang zu genetischen Ressourcen,
- Bereitstellung von Information, wie PIC zu beantragen ist,
- Bereitstellung transparenter und eindeutiger, schriftlich formulierter Entscheidungen der zuständigen Behörden,
- Gewährleistung von kosteneffektiven und zeitlich angemessenen Verfahren,
- Gewährleistung der Erteilung einer Genehmigung oder eines Äquivalents zum Zeitpunkt des Zugangs als Nachweis von PIC oder Zustimmung und Einbeziehung von indigenen und lokalen Gemeinschaften für den Zugang zu genetischen Ressourcen mit entsprechender Notifizierung an das *ABS Clearing House*,
- falls anwendbar und soweit im nationalen Recht vorgesehen, die Formulierung von Kriterien und/oder Verfahren für die Erlangung von PIC indigener und lokaler Gemeinschaften,
- Schaffung klarer Regeln und Verfahren für die Vereinbarung einvernehmlich vereinbarter Bedingungen (MATs), wobei solche Bedingungen schriftlich festgelegt werden sollen und unter anderem Regeln zur Beilegung einer Streitigkeit, Bedingungen über einen Vorteilsausgleich, einschließlich Regelungen zu geistigen Eigentumsrechten, Regelungen über die Übertragung an Dritte und Bedingungen zur Regelung eines Wechsels der ursprünglich beabsichtigten Nutzung (*change of intent*) enthalten sollen.

Damit geht Art. 6 NP eindeutig weiter als Art. 15 CBD, da er konkrete Vorgaben über Mindestanforderungen des auf nationaler Ebene zu regelnden Zuganges zu genetischen Ressourcen macht, und zwar für den Fall, dass ein Vertragsstaat PIC als Voraussetzung für die Nutzung seiner genetischen Ressourcen vorsieht. In Ausübung seines souveränen Rechts über seine natürliche Ressourcen kann der Vertragsstaat, nach der Systematik des Nagoya Protokolls, sich gegen das Verlangen

von PIC für die Nutzung genetischer Ressourcen entscheiden und müsste dementsprechend zum Beispiel die Vorgaben in Art. 5 und 6 NP nicht umsetzen und insbesondere kein *Benefit-Sharing* im Nutzungsfall verlangen.

(3) Nutzung genetischer Ressourcen

Das Nagoya Protokoll führt einen neuen Begriff der „Nutzung genetischer Ressourcen“ ein, der Anknüpfungspunkt und Auslöser der Verpflichtung zum Vorteilsausgleich (*Benefit-Sharing*) ist. Gemäß Art. 2 lit. c NP bedeutet „Nutzung genetischer Ressourcen“ die Durchführung von Forschung und Entwicklung an genetischen Ressourcen oder an der biochemischen Zusammensetzung genetischer Ressourcen. Diese Definition bezieht die Anwendung von Biotechnologie im Sinne von Art. 2 der CBD mit ein (Art. 2 CBD und Art. 2 lit. c NP). Der neue Begriff der Nutzung stellt auf „Forschung *und* Entwicklung“ als (einheitliche) Kernaktivität ab. Damit stellen nach dieser neuen Definition die Vermarktung und weitere Anwendung eines Produkts auf der Grundlage genetischer Ressourcen nach Abschluss von „Forschung und Entwicklung“ keine „Nutzung genetischer Ressourcen“ im Sinne des Nagoya Protokolls dar.

Für die (Grundlagen-)Forschung¹³⁹⁷ ohne Kommerzialisierungsabsichten gilt die in Art. 8 Abs. 1 NP aufgenommene Privilegierung, wonach die Vertragsstaaten bei der Entwicklung und Umsetzung ihrer ABS-Regulierung Bedingungen schaffen sollen, die die Forschung fördern und erleichtern sollen. Hierbei wird im Text des Artikels die Forschung genannt, die einen Beitrag zum Erhalt und zur nachhaltigen Nutzung von Biodiversität leistet.¹³⁹⁸ Diese Vorschrift regt an, für Forschung ohne Kommerzialisierungsabsicht vereinfachte Zugangsverfahren aufzustellen. Die Regelung geht aber auch auf einen möglichen späteren Wechsel der ursprünglichen (Forschungs-)Absicht ein. Dahinter verbirgt sich der Gedanke, dass nicht jede Forschung zu Kommerzialisierungszwecken durchgeführt wird, sollte aber dieser Fall zu einem späteren Zeitpunkt eintreten, es noch eine Möglichkeit für eine Vereinbarung eines Vorteilsausgleiches gegeben sein soll. Art. 8 lit. a trifft aber keine Regelung darüber, wie dieses Eingehen auf eine Änderung der ursprünglichen Absicht zu erfolgen hat.

¹³⁹⁷ Zur Klarstellung des reinen Forschungscharakters ist bereits in Cali das Hinzufügen des Wortes „non-commercial“ vor „research“ in der Überschrift von Art. 6 des Protokollentwurfes, Vorgänger des aktuellen Art. 8 NP, vorgeschlagen worden. Siehe *Final Report of the First Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing* vom 26. Juli 2010, UNEP/CBD/WG-ABS/9/3, para. 119 auf S. 29. Im Ergebnis hat sich die Überschrift geändert, aber der ausdrückliche Hinweis ist im Text des neuen Artikels erhalten geblieben.

¹³⁹⁸ Die EU hatte bereits in Cali die Aufnahme einer ausdrücklichen Verpflichtung der Vertragsparteien zur Schaffung von nationalen Rahmenbedingungen für die Förderung von biodiversitätsrelevanter (Grundlagen-) Forschung in Art. 6 des damaligen Protokollentwurfs vorgeschlagen. Der Formulierungsvorschlag der EU für den damaligen Art. 6 des Protokollentwurfs ist abgedruckt im *Final Report of the First Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing* vom 26. Juli 2010, UNEP/CBD/WG-ABS/9/3, para. 97 auf S. 21, siehe auch para. 59, S. 13.

Die inhaltliche Ausgestaltung einer solchen Regelung ist den Vertragsstaaten überlassen. Auch definiert Art. 8 NP den Begriff der Forschung (*research*) nicht. Eine solche Definition wird auch nicht in Art. 2 NP oder Art. 2 CBD aufgeführt. Die Vertragsstaaten haben damit weiterhin einen gewissen Spielraum für die Definitionsfestlegung beibehalten, auch da das Nagoya Protokoll keine Definitionsvorgaben macht.

(4) Derivate

Die Frage der Einführung des Begriffes „Derivate“ ist in den Verhandlungen zum Nagoya Protokoll sehr kontrovers diskutiert worden.¹³⁹⁹

¹³⁹⁹ Die Industrieländer haben fast bis zum Schluss der Verhandlungen zum Nagoya Protokoll versucht, die durchgängige Verwendung des Begriffes „Derivate“ im Protokoll zu vermeiden, indem sie vorgeschlagen haben, den Begriff „Nutzung genetischer Ressourcen“ zu verwenden und diesen in den Begriffsdefinitionen aufzunehmen. Im Nachgang zu diesem Vorschlag ist in einer informellen Kontaktgruppe ein erstes gemeinsames Verständnis für den Begriff „Nutzung genetischer Ressourcen“ erarbeitet worden. *Earth Negotiations Bulletin*, Summary of the Resumed Ninth Meeting of the Working Group on Access and Benefit-Sharing of the Convention on Biological Diversity: 10. bis 16. Juli 2010, Vol. 9 No. 527, S.1 (6), Text abrufbar unter <http://www.iisd.ca/download/pdf/enb09527e.pdf>. In Montreal ist zudem argumentiert worden, dass die Verwendung der Terminologie „utilization of genetic resources“ mehr oder weniger alle relevanten Szenarien von Vorteilsausgleich umfassen würde, so dass eine Definition des Begriffes „Derivate“ nicht notwendig wäre. Die EU und Kanada vertraten in diesem Kontext weiterhin die Ansicht, einen Vorteilsausgleich als Folge der Nutzung von Derivaten nur im Rahmen von MATs (*mutually agreed terms*) zu behandeln, siehe *Final Report of the First Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing* vom 26. Juli 2010, UNEP/CBD/WG-ABS/9/3, para. 97, S. 18. Art. 4 des Protokollentwurfes sollte nach deren Ansicht demnach nur klarstellen, dass ein fairer und gerechter Vorteilsausgleich zwischen den Parteien (*users and providers*) zu vereinbaren ist. Ein Vorteilsausgleich resultierend aus der Nutzung von Derivaten wäre damit nach Ansicht der EU allein vertraglich zwischen den Parteien (*providers and users*) zu vereinbaren. Der damalige Formulierungsvorschlag der EU für Art. 4 des Protokollentwurfes kann im *Final Report of the First Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing* vom 26. Juli 2010, UNEP/CBD/WG-ABS/9/3, para. 97, S. 20 eingesehen werden. GRULAC betonte dagegen, dass Regelungen zum Vorteilsausgleich in Bezug auf Derivate nicht allein bilateralen Verhandlungen (MATs) überlassen werden sollten. Zudem empfahlen sie den Begriff „Nutzung“ (*utilization*) ausdrücklich in den Anwendungsbereich des Protokolls aufzunehmen, um die Einhaltung nationaler ABS-Regelungen zu unterstützen. Bis zu diesem Verhandlungszeitpunkt war die Nutzung als solche nur in Bezug auf den aus ihr resultierenden Vorteilsausgleich im Protokollentwurf genannt. Aufbauend auf dieser Argumentation schlug die Gruppe der lateinamerikanischen und karibischen Staaten (GRULAC) mit Unterstützung der *Like-Minded Megadiverse Countries* (LMMC) und der *Like-minded Asia Pacific Group* in Montreal daher vor, die Terminologie „any utilization of genetic resources“ zu verwenden, da damit auch Derivate in den Anwendungsbereich einbezogen seien. In diesem Kontext haben GRULAC, die *Like-minded Asia Pacific Group* und die LMMC in Montreal ebenfalls vorgeschlagen, die Bezugnahme auf die Liste mit typischen Nutzungen genetischer Ressourcen – Annex II des Cali-Entwurfes – zu streichen. In diesem Zusammenhang betont die *Like-minded Asia-Pacific-Group*, dass MATs, wie im Protokoll aufgenommen,

Das Nagoya Protokoll führt in Art. 2 lit. e eine Definition von Derivaten ein. Danach sind Derivate natürlich vorkommende biochemische Substanzen, die durch genetische Expression oder den Stoffwechsel biologischer oder genetischer Ressourcen entstehen und zwar auch, wenn sie keine funktionalen Erbinheiten enthalten. Nach dieser Definition ist damit nicht jedes Folgeprodukt einer genetischen Ressource als Derivat im Sinne des Nagoya Protokolls zu werten, insbesondere nicht solches vom Menschen zu Produkten weiterverarbeitetes Material.

Im Lichte der Definition der „Nutzung genetischer Ressourcen“ in Art. 2 lit. c NP können aber Forschung und Entwicklung mit und an Derivaten als Biotechnologianwendung in den sachlichen Anwendungsbereich des Nagoya Protokolls fallen. Inwieweit Derivate zu berücksichtigen sein werden, hängt damit weiterhin maßgeblich von der Art und Weise ihrer Aufnahme als Schutzgegenstand in die nationalen ABS-Regelungen ab.

b. Zeitlicher Anwendungsbereich

Das Nagoya Protokoll trifft explizit keine Regelung über den zeitlichen Anwendungsbereich.

Sehr kontrovers ist die Frage diskutiert worden, inwieweit das Nagoya Protokoll auch auf Fälle vor seinem Inkrafttreten Anwendung findet. Bei den Verhandlungen ging es hier insbesondere um solche Fälle, bei denen der Zugang als tatsächlicher physischer Vorgang bereits erfolgt ist, aber die Nutzung im Sinne der neuen Definition des Nagoya Protokolls erst später, insbesondere nach Inkrafttreten der CBD und/oder des Nagoya Protokolls stattfindet.

Während der Verhandlungen wurde klar, dass nach Ansicht vieler Vertragsstaaten der Anwendungsbereich in zeitlicher, sachlicher und örtlicher Hinsicht im Protokollentwurf klar geregelt werden sollte, um Auslegungsmisverständnisse auszuräumen. So führte der Montrealer Protokollentwurf in geklammerter Textform diese unterschiedlichen Ansichten der Vertragsstaaten zum zeitlichen und inhaltlichen

nur Vorteilsausgleichsmodalitäten umfasst. Übergeordnet festgelegt werden sollten nach deren Ansicht aber die Gegenstände bzw. der Inhalt sowie die Rahmenbedingungen von MATs, also auch die Einbeziehung von Derivaten. Der Formulierungsvorschlag der *Like-minded Asia-Pacific Group* sowie der *Like-minded Megadiverse Countries* für einen neuen Art. 4.1 des Protokollentwurfs ist abgedruckt auf S. 23 (para. 98) des *Final Report of the First Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing* vom 26. Juli 2010, UNEP/CBD/WG-ABS/9/3. Im Ergebnis ist im Nagoya Protokoll zwar eine Definition für „Derivate“ aufgenommen worden, im Übrigen fehlen aber weitere Bezugnahmen im Text des Protokolls. Die in der Praxis auftretenden Probleme bzgl. Derivate und der unterschiedliche Umgang in vorhandenen ABS-Regelungen sind vom Nagoya Protokoll im Ergebnis nicht gelöst worden.

Anwendungsbereich auf.¹⁴⁰⁰ Australien¹⁴⁰¹ schlug z.B. vor, den zeitlichen Geltungsbereich des Protokolls ab Inkrafttreten festzulegen, wobei z.B. die *Like-minded Asia-Pacific Group*, die Afrikanische Gruppe und u.a. Peru demgegenüber vorgeschlagen haben, dass das Protokoll für neue, aber auch noch andauernde Nutzungen Anwendung finden soll, die vor Inkrafttreten der CBD begonnen haben.¹⁴⁰² In diesem Zusammenhang betonte die Afrikanische Gruppe die moralische Pflicht der Vertragsstaaten, einen Vorteilsausgleich für solche Nutzungen zu ermöglichen.¹⁴⁰³ Nach Ansicht der EU stellt die Regelung des zeitlichen Geltungsbereichs einen Aspekt dar, der in mehreren Artikeln des Protokolls, jeweils differenziert nach Regelungsgegenstand betrachtet, aufgenommen werden sollte. In Montreal schlug die EU, unterstützt von Japan und Neuseeland in diesem Sinne vor, dass das Protokoll auf genetische Ressourcen Anwendung finden sollte, die erst nach Inkrafttreten des Protokolls erlangt worden sind.¹⁴⁰⁴

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage der Rückwirkung des Protokolls auf Sachverhalte vor seinem Inkrafttreten und nach Inkrafttreten der CBD, deren (rechtlichen) Rahmen es weiter ausfüllt. Da das Nagoya Protokoll keine explizite Regelung über den zeitlichen Anwendungsbereich trifft, ist grundsätzlich

¹⁴⁰⁰ Siehe zusammenfassend zu diesem Punkt die Stellungnahme der EU im *Final Report of the First Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing* vom 26. Juli 2010, UNEP/CBD/WG-ABS/9/3, para. 97, S. 18. So müsste z.B. Art. 4 des Protokollentwurfs, der den Vorteilsausgleich zum Gegenstand hat, eine klare Aussage im Hinblick auf den zeitlichen Geltungsbereich dieser Komponente treffen. Der Textvorschlag des Art. 3 lautet: "This Protocol shall apply to genetic resources within the scope of the Convention on Biological Diversity and to the benefits arising from [any][the] utilization of such resources [that were acquired after the entry into force of this Protocol for a Party with Parties providing such resources] [or its derivatives]." Eine ähnliche Formulierung enthält der Entwurf des Art. 3bis: "[This Protocol does not apply to: [...] e) genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources acquired prior to the entry into force of the Protocol".

¹⁴⁰¹ Zum Vorschlag von Australien siehe para. 114 auf S. 27 des *Final Report of the First Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing* vom 26. Juli 2010, UNEP/CBD/WG-ABS/9/3, und zum ähnlichen Vorschlag von Kanada für den zeitlichen Geltungsbereich bei genetischen Ressourcen siehe para. 113, S. 33.

¹⁴⁰² Zum Formulierungsvorschlag von Peru für diesen Aspekt von Art. 3 des Protokollentwurfes siehe *Final Report of the First Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing* vom 26. Juli 2010, UNEP/CBD/WG-ABS/9/3, para. 126, S. 31. Diese Position ist auch in Montreal vertreten worden, siehe dazu *Earth Negotiations Bulletin*, Summary of the Resumed Ninth Meeting of the Working Group on Access and Benefit-Sharing of the Convention on Biological Diversity: 10. bis 16. Juli 2010, Vol. 9 No. 527, S.1 (4), Text abrufbar unter <http://www.iisd.ca/download/pdf/enb09527e.pdf>.

¹⁴⁰³ Zu diesem Thema und zu dem Gerechtigkeitsgedanken siehe *Stoll*, Access to GRs and Benefit-Sharing – Underlying Concepts and the Idea of Justice, in: *Kamau/Winter* (Hrsg.): *Genetic Resources, Traditional Knowledge and the Law – Solutions for Access and Benefit Sharing*, S. 3–18.

¹⁴⁰⁴ *Earth Negotiations Bulletin*, Summary of the Resumed Ninth Meeting of the Working Group on Access and Benefit-Sharing of the Convention on Biological Diversity: 10. bis 16. Juli 2010, Vol. 9 No. 527, S.1 (4), Text abrufbar unter <http://www.iisd.ca/download/pdf/enb09527e.pdf>.

Art. 28 der Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (im folgenden WÜ) heranzuziehen.¹⁴⁰⁵ Danach gilt, dass „sofern keine abweichende Absicht aus dem Vertrag hervorgeht oder anderweitig festgestellt ist, seine Bestimmungen eine Vertragspartei in Bezug auf eine Handlung oder Tatsache nicht binden, die vor dem Inkrafttreten des Vertrags hinsichtlich der betreffenden Vertragspartei vorgenommen wurde oder eingetreten ist, sowie in Bezug auf eine Lage, die vor dem genannten Zeitpunkt zu bestehen aufgehört hat.“

Die CBD ist seit 1993 für die Vertragsstaaten verbindlich und fordert damit seit 20 Jahren einen fairen und gerechten Vorteilsausgleich. Die Frage einer Rückwirkung des Nagoya Protokolls verlangt eine differenzierte Betrachtung, die sich danach richtet, ob das Nagoya Protokoll in seinem operativen Teil neue Anforderungen stellt oder nur bereits bestehende Anforderung (der CBD) konkretisiert. Hierfür ist eine vergleichende Betrachtung jeder einzelnen Norm mit der CBD notwendig. Im Vergleich zur CBD geht das Nagoya Protokoll im Hinblick auf die rechtlichen Verpflichtungen seiner Vertragsstaaten weiter als die CBD. Damit das im Nagoya Protokoll aufgestellte ABS-System Anwendung finden kann, legt Art. 6 Abs. 1 NP fest, dass die Vertragsstaaten¹⁴⁰⁶ darüber entscheiden können, ob sie eine Zustimmungspflicht (*prior informed consent*) in Bezug auf den Zugang zu genetischen Ressourcen für ihre Nutzung („access to genetic resources for their utilization“) im Sinne des Nagoya Protokolls für ihren Hoheitsbereich verlangen oder nicht. Dieser eingeräumte Ermessensspielraum geht damit weiter als die Regelungen der CBD, die von einer Zustimmungspflicht ausging, vgl. Art. 15 Abs. 5 CBD. Im Vergleich zur CBD füllt Art. 6 Abs. 3 NP den von Art. 15 CBD aufgestellten Rahmen weiter aus, indem es rechtsstaatliche Anforderungen an ein Zugangsverfahren aufstellt. Danach sollen die Vertragsstaaten, die eine Zustimmungspflicht aufgestellt haben bzw. in Zukunft aufstellen werden, die in dieser Vorschrift aufgezählten gesetzlichen, verwaltungsrechtlichen oder politisch-strategischen Maßnahmen (mindestens), und zwar soweit angemessen, ergreifen. Insbesondere verlangt das Nagoya Protokoll die Einrichtung von Verfahren und Entscheidungskriterien für die Erteilung von PIC der zuständigen nationalen Stellen sowie (Mindest-)Elemente für MATs. Anders als die CBD geht Art. 6 Abs. 3 NP auch von der Errichtungen von Stellen zur Umsetzung und Unterstützung eines ABS-Regimes, wie dem *Access and Benefit-Sharing (ABS) Clearing House* (näher konkretisiert in Art. 14 NP) aus. Die weiteren Instrumente zur Operationalisierung des ABS-Systems und zur Verfahrensvereinfachung wie z.B. neben dem *ABS Clearing House* das internationale Zertifikat zum Nachweis der Einhaltung nationaler ABS-Regelungen gem. Art. 6 Abs. 3 lit. e, Art. 17 Abs. 2 NP sind Instrumente, die nach dem Wortlaut und der Intention des Nagoya Protokolls sowie dem Zusammenhang und -spiel der Vorschriften das vom Nagoya Pro-

¹⁴⁰⁵ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969.

¹⁴⁰⁶ Zu der Definition von „Vertragsstaaten“ im Sinne des Nagoya Protokolls siehe die Ausführungen zum zeitlichen Anwendungsbereich unter IV. 1. b.

tokoll vorgeschlagene ABS-System unterstützen und funktionsfähig machen sollen. Damit lässt sich eine echte Rückwirkung schwer konstruieren.

Da aber das Nagoya Protokoll nicht nur auf den Zugang allein, sondern auch auf den Vorteilsausgleich abstellt, der sich aus der Nutzung genetischer Ressourcen ergeben kann, stellt sich die Frage, inwieweit der Begriff der „Nutzung“ die Regelung des zeitlichen Anwendungsbereiches beeinflussen kann. Im Rahmen der textbezogenen Verhandlungen des Nagoya Protokolls war besonders umstritten, ob das Nagoya Protokoll sich auch auf die Nutzung genetischer Ressourcen und die Erzeugung von Vorteilen erstreckt, die nach dem Datum des Inkrafttretens der CBD begonnen haben. Fraglich ist, ob dieser Sachverhalt einerseits entweder eine neue Handlung im Sinne von Art. 28 WÜ darstellen könnte oder ob das (bloße) Besitzen von genetischen Ressourcen als ein Sachverhalt eingestuft werden kann, der zwar in der Vergangenheit begonnen hat, aber weiter besteht und damit nicht als abgeschlossen eingestuft werden kann. Damit könnte ein Fall „unechter Rückwirkung“ vorliegen. Diese Frage ist differenziert anzugehen. Das noch andauernde bzw. weitere Besitzen von genetischen Ressourcen und die Fortführung der gleichen Nutzung (i.S.d. Art. 2 lit. c des NP) durch denselben Nutzer hält grundsätzlich den durch den ursprünglichen (rechtmäßigen) Zugang zu den bestimmten Ressourcen (hinsichtlich Menge und Nutzungsart) hergestellten Rechtszustand aufrecht. Argumente hierfür lassen sich auch nach Sinn und Zweck für genau diese Fälle finden. Der Text des Nagoya Protokolls ist in dieser Hinsicht nicht klar formuliert und lässt Raum offen für unterschiedliche Interpretationen unterschiedlicher rechtlicher Tragweite, die die Rechtssicherheit und -klarheit nicht unterstützen. Anders als die CBD stellt nunmehr das Nagoya Protokoll schwerpunktmäßig auf den Vorteilsausgleich ab, der sich aus der Nutzung genetischer Ressourcen ergeben kann und damit nicht mehr (nur) auf den Zugang als solchen. Damit wäre maßgeblich, zu welchem Zeitpunkt die Nutzung im Sinne des Nagoya Protokolls begonnen hat und wann sie als abgeschlossen gilt. Fraglich ist, ob die Vertragsstaaten bei der Umsetzung des unklaren Wortlautes des Nagoya Protokolls solche Sachverhalte in den Anwendungsbereich ihrer nationalen Regelungen aufnehmen möchten oder nicht. Solche Sachverhalte könnten im Rahmen der nationalen Umsetzung als Fälle zulässiger sog. „unechter Rückwirkung“ reguliert werden, wenn der umsetzende Staat den durch die unklare Formulierung des Nagoya Protokolls eingeräumten Interpretationsrahmen nutzt und noch nicht abgeschlossene Nutzungen mitregelt. Aus den laufenden Verhandlungen zum Nagoya Protokoll als auch aus den ersten Stellungnahmen zu seinem Anwendungsbereich geht deutlich hervor, dass für eine solche Interpretation derzeit (noch) keine Mehrheit besteht.

Fraglich ist, wie „neue“ Nutzungen von genetischen Ressourcen zu handhaben sind. Fraglich ist in diesem Fall, ob eine neue Nutzung bereits vorhandener genetischer Ressourcen als ein eigenständiger Sachverhalt zu werten ist, der nicht an einen (rechtmäßigen) Zugang geknüpft ist und damit eigenständig in den Anwendungsbereich des Nagoya Protokolls fallen würde. Kurz gefasst, versteht das Nagoya Protokoll die „Nutzung genetischer Ressourcen“ als nachgelagerte Forschung und

Entwicklung mit diesen genetischen Ressourcen oder ihren biochemischen Kompositionen.¹⁴⁰⁷ Die Definition setzt nicht explizit einen (rechtmäßig) erfolgten Zugang voraus. Auch in dieser Hinsicht lassen die Formulierungen des Nagoya Protokolls Raum für verschiedene Auslegungen. Bei einer Auslegung des Begriffes „Nutzung“ im Sinne eines vom Zugang eigenständigen Sachverhaltes würden neue Nutzungen von sog. Altbeständen der CBD (ab deren Inkrafttreten) vom Regelungsbereich des Nagoya Protokolls umfasst sein. Hier ist festzuhalten, dass das Nagoya Protokoll den von der CBD festgeschriebenen Rahmen zur Regelung des Zugangs von genetischen Ressourcen und des fairen und gerechten Ausgleichs von Vorteilen konkretisiert, die sich aus deren Nutzung ergeben können. Es liegt an den Mitgliedstaaten, den durch das Nagoya Protokoll weiter ausgefüllten Rahmen in nationales Recht umzusetzen. Die Zweideutigkeit der Formulierung des Nagoya Protokolls lässt auch hier Raum für Interpretationen mit unterschiedlicher rechtlicher Tragweite offen. Die Staaten können sich demnach entscheiden, ob sie einer engen oder weiten Auslegung des zeitlichen Anwendungsrahmes, z.B. unter Einbeziehung des Zeitraumes ab Inkrafttreten der CBD, entscheiden. Die Herausforderung solcher Fälle stellt sich vielmehr auf der praktischen Seite ein. Hier stellt sich die Frage, wie nachgewiesen werden kann, dass die Ressourcen rechtmäßig, also unter Erhaltung von PIC und MAT des Herkunftsstaates oder Bereitstellerstaates erlangt worden sind, wenn die Führung solcher schriftlicher Nachweise vor Inkrafttreten des Nagoya Protokolls, wie sie Art. 6 Abs. 3 NP verlangt, in den Herkunftsstaaten rechtlich nicht geregelt waren.

Die Formulierung der „Nutzung genetischer Ressourcen“ im Kontext des Nagoya Protokolls lässt damit sehr viele Fragen offen bzw. lässt einen gewissen Rahmen von Auslegungsmöglichkeiten offen. Den Vertragsstaaten ist, solange der Protokolltext so unklar ist, die Möglichkeit gegeben zu entscheiden, ob sie einer engen oder weiten Auslegung des zeitlichen Anwendungsbereichs über den Begriff der Nutzung genetischer Ressourcen, der die Pflicht zum Vorteilsausgleich auslöst, folgen.

Die verwendeten Begriffe – bzw. fehlenden klaren Definitionen – räumen nicht die erforderliche Rechtssicherheit und -klarheit ein, die notwendig für ein funktionierendes ABS-System sind. Ferner stellen sich Fragen der Beweislast, die zu einer Beweislastumkehrung für den Ressourcengeberstaat (*provider country*) führen könnten, der nun nachweisen müsste, dass die betreffende Ressource tatsächlich in den Anwendungsbereich des Protokolls fällt.

c. Örtlicher Anwendungsbereich

Der örtliche Anwendungsbereich ist in Art. 3 NP nicht explizit geregelt. Diese Vorschrift verweist aber in Bezug auf den Anwendungsbereich auf Art. 15 CBD. Nach Art. 15 CBD erstreckt sich der Anwendungsbereich auf genetische Ressourcen, die von Vertragsparteien zur CBD bereitgestellt werden, die Herkunftsstaat (*country of origin*) dieser Ressourcen sind oder die diese Ressourcen in Übereinstimmung

¹⁴⁰⁷ Siehe zu der Definition von Nutzung, Art. 2 NP.

mit der CBD erworben haben (s. insbes. Art. 15 Abs. 3 CBD). Das Nagoya Protokoll hat diese Definition der Vertragspartei in Art. 6 Abs. 1 NP übernommen. Demnach ist vom örtlichen Anwendungsbereich des Nagoya Protokolls die Bioprospektion auf hoher See sowie der Antarktis nicht umfasst. Hierfür spricht, dass für eine Einbeziehung von Antarktis und hoher See in den Anwendungsbereich des Nagoya Protokolls eine explizite Aufnahme in Art. 3 NP statt ein Verweis auf Art. 15 CBD hätte erfolgen sollen.

2. Fairer und gerechter Vorteilsausgleich

Das Thema Vorteilsausgleich ist in den Verhandlungen, die zum Nagoya Protokoll führten, besonders kontrovers diskutiert worden. Umstritten war zum Beispiel die Frage, inwieweit das Protokoll detaillierte Regelungen zum Ablauf und Gegenstand eines Vorteilsausgleichs treffen soll. So vertrat insbesondere die EU die Ansicht, dass ein eventuell erwachsender Vorteilsausgleich nur und ausschließlich im Rahmen von MATs zu regeln sei. Demnach würde im Protokoll die Aufnahme der grundsätzlichen Verpflichtung der Parteien zum Vorteilsausgleich¹⁴⁰⁸ ausreichen als Ausdruck für die Geltung der Vertragsfreiheit gemäß nationalem Vertragsrecht. Demnach sollten im Protokoll nach Ansicht der EU keine detaillierten inhaltlichen Vorgaben zum Inhalt von MATs festgelegt werden, da diese von den Parteien auszuhandeln wären.¹⁴⁰⁹ Die Entwicklungsländer erhofften sich demgegenüber die Aufnahme konkreter Rahmenbedingungen in das Protokoll.

Ferner bestand lange keine Einigung darüber, mit welcher Partei ein eventuell erwachsender Vorteilsausgleich vereinbart werden sollte. So sprach z.B. Art. 4 des Cali-Protokollentwurfs von „party providing such genetic resources“, wobei dieser Begriff nicht definiert wurde. Die *Like-Minded Asia-Pacific Group*, die Afrikanische Gruppe und die Gruppe der lateinamerikanischen und karibischen Staaten (GRULAC) schlugen vor, dass grundsätzlich der Staat (*country of origin*) als *provider* genetischer Ressourcen im Sinne dieser Bestimmung zu verstehen sei.¹⁴¹⁰ Hiergegen wandten sich u.a. Australien und Neuseeland unter Berufung auf die CBD-Sprache.

Die Vorgängerbestimmung zum Art. 5 NP enthielt als Ausdruck der divergierenden Ansichten der Vertragsstaaten in Klammern gesetzte Bezugnahmen auf „party providing genetic resources“, „country of origin“ und „indigenous and local communities holding such resources“.

¹⁴⁰⁸ So zum Beispiel im damaligen Entwurf zu Art. 4. Abs. 1 des Cali-Protokollentwurfs formuliert.

¹⁴⁰⁹ Siehe dazu *Final Report of the First Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing* vom 26. Juli 2010, UNEP/CBD/WG-ABS/9/3. Para. 97, S. 18.

¹⁴¹⁰ Siehe hierzu *Earth Negotiations Bulletin*, Summary of the Ninth Meeting of the Working Group on Access and Benefit-Sharing of the Convention on Biological Diversity: 22. bis 28. März 2010, Vol. 9 No. 503, S. 5.

Der angenommene Art. 5 Abs. 1 S. 1 NP bestätigt zunächst die bereits in Art. 15 Abs. 3 und 7 CBD festgelegte Verpflichtung zum Vorteilsausgleich der Vertragsstaaten und legt dabei fest, dass der Vorteilsausgleich mit dem Vertragsstaat zu erfolgen hat, der die Ressourcen bereitstellt und der Herkunftsstaat der Ressourcen ist oder diese in Übereinstimmung mit der CBD erworben hat. Art. 5 Abs. 1 S. 2 NP legt zudem fest, dass der Vorteilsausgleich auf der Grundlage von MATs erfolgen soll. Je nach nationalem Recht wird es sich dabei um Verträge nach nationalem (Zivil-)Recht zwischen dem Bereitsteller und dem Nutzer der genetischen Ressourcen handeln.

Im Ergebnis wird es für die Bestimmung der konkreten Partei eines sog. ABS-Vertrages ebenfalls auf die jeweilige nationale ABS-Gesetzgebung ankommen, die in der Regel festlegen wird, inwieweit der Staat selbst Partei ist und inwieweit eine Einbeziehung von indigenen und/oder lokalen Gemeinschaften in die direkten Aushandlungen eines Vorteilsausgleiches erfolgen soll.¹⁴¹¹

Bei den Verhandlungen zum Nagoya Protokoll sind von den Vertragsstaaten kontrovers auch die Fragen diskutiert worden, wann ein Vorteilsausgleich zu erfolgen hat und was genau Gegenstand dieses Vorteilsausgleichs werden sollte bzw. welche Arten von Vorteilsausgleich in Frage kommen. Art. 5 Abs. 1 NP knüpft eine Verpflichtung zum Vorteilsausgleich zum einen an die „Nutzung genetischer Ressourcen“ gemäß der in Art. 2 lit. c NP festgelegten Definition und zum anderen an „nachfolgende Anwendungen/Nutzungen und Kommerzialisierung“¹⁴¹² („subsequent application and commercialization“). Eine Definition für „nachfolgende Nutzungen und Kommerzialisierung“ wird vom Nagoya Protokoll nicht zur Verfügung gestellt. Zu bemerken ist, dass die in den nachfolgenden Absätzen des Art. 5 NP genannten Verpflichtungen der Vertragsstaaten, rechtliche, administrative oder politische Maßnahmen für die Gewährleistung eines Vorteilsausgleiches zu erlassen, explizit nur an den Handlungstatbestand der „Nutzung genetischer Ressourcen“ geknüpft sind. Eine Verpflichtung solche Maßnahmen im Falle von „nachfolgenden Nutzungen und Kommerzialisierung“ zu erlassen, wird nicht ausdrücklich erwähnt. Daraus schließen einige Vertragsparteien, wie z.B. die EU, dass die Verpflichtungen aus Art. 15 NP (und auch Art. 17 NP) nur im Fall der „Nutzung genetischer Ressourcen“ im Sinne von Art. 2 lit. c NP, also für die Phase der Forschung und Entwicklung, Anwendung finden. Ein Vorteilsausgleich im Falle „nachfolgender Nutzungen und Kommerzialisierung“ könne demnach nur auf der Basis von Ansprüchen aus einem Vertrag abgeleitet werden. Für eine effektive Umsetzung des Art. 5 Abs. 1 NP wird es damit erforderlich sein, zum einen ein effizientes Zugangssystem zu errichten und zum anderen sog. *user measures* nach Art. 15 NP (Vorteilsausgleich), 17 NP (Überwachung/Monitoring der Nutzung genetischer Ressourcen) und 18 NP (Einhaltung von MATs) zu erlassen, um einen fairen und gerechten Vorteilsaus-

¹⁴¹¹ Zu der Frage Vorteilsausgleich im Zusammenhang mit traditionellem Wissen (und Art. 5 Abs. 2, Abs. 5 NP) siehe die Ausführungen im 5. Teil unter B. IV. 4. Traditionelles Wissen.

¹⁴¹² Von der Verfasserin frei übersetzt.

gleich für die Nutzung genetischer Ressourcen zu gewährleisten. Art. 5 Abs 3 NP besagt, dass für die Umsetzung von Art. 5 Abs. 1 NP die Vertragsstaaten rechtliche, administrative oder politische Maßnahmen falls angemessen („as appropriate“) treffen sollen. Im Übrigen bleibt der Regelungsgehalt dieses Absatzes unklar.

Art. 5 Abs. 4 NP weist die Vertragsparteien auf zwei Arten von Vorteilsausgleich hin, den monetären und den nicht monetären Vorteilsausgleich, und verweist auf den nicht abschließenden Katalog von Beispielen für beide Vorteilsausgleichsarten im Annex zum Nagoya Protokoll.

Anders als die CBD knüpft das Nagoya Protokoll die Verpflichtung zum Vorteilsausgleich nichts explizit an den (rechtmäßigen) Zugang zu den genetischen Ressourcen, sondern an den Tatbestand der „Nutzung genetischer Ressourcen“. Durch die fehlende explizite Verknüpfung von Zugang und der Verpflichtung zum Vorteilsausgleich können Fälle aufgegriffen werden, bei denen der (rechtmäßige) Zugang zu den genetischen Ressourcen vor Inkrafttreten des Nagoya Protokolls erfolgt ist und nach Inkrafttreten desselben eine nachfolgende, später eintretende neue Nutzung und Kommerzialisierung genetischer Ressourcen erfolgt. Wie diese Fälle mit Inkrafttreten des Nagoya Protokolls zu behandeln sein werden, sind sich die Vertragsparteien nicht einig. Eine wesentliche Rolle für die Gewährleistung eines Vorteilsausgleiches wird die nationale Umsetzung des Nagoya Protokoll spielen. So legt Art. 6 Abs. 3 lit. g fest, dass Vertragsstaaten, die PIC verlangen, klare Regeln und Verfahren für das Verlangen und den Abschluss von MATs festlegen. Unter anderem listet diese Vorschrift Bedingungen auf für einen Vorteilsausgleich, für einen Wechsel in der ursprünglichen Nutzungsabsicht sowie für die Übertragung von genetischen Ressourcen an Dritte, also an solche Parteien, die nicht beim (ersten) Zugang involviert waren.

In Art. 9 NP ermutigt das Nagoya Protokoll die Vertragsstaaten, einen aus der Nutzung genetischer Ressourcen erzielten Vorteilsausgleich in die Erhaltung der biologischen Vielfalt sowie in die nachhaltige Nutzung ihrer Bestandteile zu investieren.

3. Einhaltung von einvernehmlich vereinbarten Bedingungen, Art. 18 NP

Art. 18 NP betrifft Regelungen zur Einhaltung und Durchsetzung von MATs über den Vorteilsausgleich. Bei den Verhandlungen zum Nagoya Protokoll knüpften die Entwicklungsländer an diese Bestimmung den Wunsch, alle Vertragsstaaten zu verpflichten, in ihre nationalen ABS-Regelungen zu diesem Thema einen Mindestinhalt für die Zugangsverträge festzulegen. Dagegen wendete sich u.a. die EU mit dem Argument, dass die Flexibilität der inhaltlichen Regelungen von MATs den betreffenden Parteien, die diesen aushandeln, vorbehalten bleiben sollte; demnach

dürfe eine solche Vorschrift zu MATs im Protokoll nur Rahmengrundsätze enthalten.¹⁴¹³

Art. 18 Abs. 1 NP nimmt Bezug auf Art. 6 Abs. 3 lit. g und Art. 7 NP und legt fest, dass die Vertragsparteien Nutzer wie Bereitsteller von genetischen Ressourcen und sich auf diese genetischen Ressourcen beziehendes traditionelle Wissen ermutigen soll, in ihren einvernehmlich vereinbarten bzw. ausgehandelten Bedingungen Streitbeilegungsklauseln vorzusehen. Ferner konkretisiert Art. 18 Abs. 1 NP den Inhalt dieser Streitbeilegungsklauseln, und zwar die Wahl des Gerichtsstandes,¹⁴¹⁴ die Rechtswahl¹⁴¹⁵ sowie die Vereinbarung von Schiedsklauseln.¹⁴¹⁶

Gemäß Art. 18 Abs. 2 NP sollen die Vertragsstaaten für Streitigkeiten aus MATs in ihrem Rechtssystem die Möglichkeit des Ersuchens von Rechtsschutz sicherstellen.

Nach Art. 18 Abs. 3 NP sollen die Vertragsparteien durch wirksame Maßnahmen den Zugang zu den Gerichten gewährleisten, um Fällen zu begegnen, bei denen es um die Verfolgung von Ansprüchen geht, die außerhalb der Jurisdiktion des Bereitstellerstaates auftreten. Ferner sollen die Vertragsstaaten (existierende) Vorkehrungen für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile und Schiedsurteile nutzen. Dies wird insbesondere relevant, wenn es um die Anerkennung und Durchsetzung fremder Urteile und Schiedsurteile geht.

Hier werden sich für die Vertragsstaaten Fragen auf praktischer Ebene stellen, da sie intern prüfen müssten, ob der bereits existierende nationale Rechtsrahmen tatsächlich auch Ausländern in formeller und tatsächlicher Hinsicht freien Zugang zu den Gerichten gewährt sowie verfahrensermöglichende und -erleichternde Mittel wie grenzüberschreitende Akteneinsicht, Erhebung von Beweisen, Prozesskostenhilfe, etc. für alle gleich gewährleistet. Auch wäre die Frage zu klären, ob ausländische Urteile und Schiedsurteile gemäß dem nationalen System anerkannt und durchgesetzt werden können. Eine der größten Hürden für Kläger von Bereitstellerstaaten wird zudem die fehlende Information über den Verfahrensablauf sowie die Kosten des Rechtsstreits sein.

¹⁴¹³ Zu diesem Verhandlungskomplex gehört auch Art. 19 NP, der „Model contractual Clauses“ zu MAT betrifft.

¹⁴¹⁴ In diesem Zusammenhang ist insbesondere der rechtliche und faktische Zugang zu den Gerichten diskutiert worden. Siehe hierzu UNEP/CBD/WG-ABS/7/3, Rn. 35 und die dort aufgeführten früheren Nachweise.

¹⁴¹⁵ Bisher ist die Frage der Rechtswahl in den Verhandlungen zum internationalen ABS-Regime nicht eingehend problematisiert worden, obwohl die Vereinbarung einer ausdrücklichen Rechtswahl erwogen wurde, da eine vollständige Harmonisierung des internationalen Privatrechts nicht gegeben ist. Siehe hierzu z.B. UNEP/CBD/WG-ABS/7/3, Rn. 31, 32 ff.

¹⁴¹⁶ Vgl. UNEP/CBD/WG-ABS/7/3, Rn. 40 ff.

4. Traditionelles Wissen

Art. 7, Art. 12 und Art. 16 NP betreffen explizit den Zugang zu mit genetischen Ressourcen verbundenem traditionellen Wissen („traditional knowledge associated with genetic resources“).¹⁴¹⁷ Das traditionelle Wissen wird im Nagoya Protokoll ausschließlich im Zusammenhang mit genetischen Ressourcen und deren Nutzung geregelt. Das Nagoya Protokoll trifft keine Regelung über die Nutzung traditionellen Wissens, das nicht an die Nutzung (konkreter) genetischer Ressourcen geknüpft ist.

Art. 7 NP regelt, dass die Vertragsparteien soweit angemessen („as appropriate“) Maßnahmen treffen sollen, um zu gewährleisten, dass für den Zugang zu mit genetischen Ressourcen verbundenem traditionellen Wissen die vorherige informierte Zustimmung (PIC) oder Genehmigung und Einbeziehung („prior informed consent or approval and involvement“) der indigenen und lokalen Gemeinschaft gewährleistet wird, die Trägerin dieses Wissen ist. Zudem soll der Zugang unter einvernehmlich ausgehandelten Bedingungen erfolgen. Weder Art. 7 NP noch Art. 2 des NP definieren den Begriff „mit genetischen Ressourcen verbundenem traditionellen Wissen“ oder „indigene und lokale Gemeinschaften“. Auch wird nicht definiert, wer bzw. nach welchen Kriterien die Trägerschaft der indigenen und lokalen Gemeinschaft über dieses Wissen festgelegt werden kann. In 2013 werden im Rahmen der WIPO die Verhandlungen im Komitee zum Geistigen Eigentum über genetische Ressourcen, traditionelles Wissen und Folklore (IGC) zu einem Instrument für den Schutz von traditionellem Wissen fortgesetzt, aus denen klarere Richtlinien für den Schutz traditionellen Wissens erwartet werden. Es ist zu erwarten, dass bis zum Abschluss dieser WIPO-Verhandlungen die meisten Vertragsstaaten eine abwartende Position hinsichtlich der Verhandlung und Umsetzung des Nagoya Protokolls einnehmen werden.

Art. 7 NP legt weder fest bzw. gibt weder Hinweise darüber, wie die „vorherige informierte Zustimmung“ noch was genau unter „Genehmigung und Einbeziehung“ der betreffenden Gemeinschaft zu verstehen ist bzw. in welcher rechtlichen Form diese Anforderungen durch die Vertragsstaaten umzusetzen sind. Hier besteht somit für die Vertragsstaaten auf nationaler Ebene weiterhin ein Umsetzungsspielraum.

Art. 7 NP geht in seinem Regelungsinhalt weiter als Art. 8 lit. j CBD, da das Nagoya Protokoll nun explizit den Vertragsparteien auferlegt, PIC oder die Genehmigung und Einbeziehung („consent or approval“) der betreffenden Gemeinschaft für den Zugang zu mit genetischen Ressourcen verbundenem traditionellen Wissen vorzusehen. Diese Verpflichtung steht zwar unter den Vorbehalten der Angemes-

¹⁴¹⁷ Damit hat sich die von der EU vorgeschlagenen Terminologie „traditional knowledge associated with genetic resources“ (Hervorhebung durch die Autorin) durchgesetzt, die durchgängig im Text verwendet wird. Siehe die Stellungnahme der EU hierzu in *Final Report of the First Part of the Ninth Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing* vom 26. Juli 2010, UNEP/CBD/WG-ABS/9/3, para. 97, S. 18.

senheit und der Übereinstimmung mit dem nationalen Recht. Art. 7 NP geht aber damit in ihrer Tragweite über die in Art. 8 lit. j CBD aufgestellte (bloße) Aufforderung an die Vertragsstaaten hinaus, das traditionelle Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften zu würdigen und zu schützen.

Die Verwendung von nicht definierten unbestimmten Rechtsbegriffen wird weiterhin eine Herausforderung bei der nationalen und auf internationaler Ebene angestrebten harmonisierten Umsetzung des Nagoya Protokolls bedeuten.

Art. 12 NP ergänzt den Regelungsgehalt des Art. 7 NP. Art. 12 Abs. 1 NP verpflichtet die Vertragsstaaten, in Übereinstimmung mit ihrem nationalen Recht die Rolle traditionellen Rechts bzw. Gewohnheitsrechts indigener und lokaler Gemeinschaften, Gemeinschaftsprotokolle und Verfahren („community protocols and procedures“) bei der Umsetzung ihrer Verpflichtungen aus dem Nagoya Protokoll zu berücksichtigen. Eine Definition für diese Instrumente wird aber nicht bereitgestellt. Art. 12 Abs. 1 NP stellt diese Verpflichtung unter den Vorbehalt der Angemessenheit. Art. 12 Abs. 2 NP verpflichtet die Vertragsstaaten, Mechanismen einzuführen, um potentielle Nutzer traditionellen Wissens über deren (rechtlichen) Verpflichtungen zu informieren. Art. 12 Abs. 3 NP stellt die Verpflichtung der Vertragsstaaten auf, die Entwicklung folgender Instrumente zu unterstützen:

- Gemeinschaftsprotokolle über den Zugang zu genetischen Ressourcen und damit verbundenes traditionelles Wissen und Vorteilsausgleich resultierend aus der Nutzung dieses Wissens,
- die Aufstellung von Mindestanforderungen für die Erzielung einvernehmlich ausgehandelter Bedingungen (MATs) und die Formulierung von beispielhaften Vertragsbedingungen über Vorteilsausgleich.

Damit diese genannten Instrumente einen Beitrag für die erwünschte Rechtsklarheit, Rechtssicherheit für Nutzer und Bereitsteller sowie für die Transparenz der Verfahren leistet, müssten diese zumindest vom nationalen Rechtssystem anerkannt und in dieses integriert werden. Sollte dies langfristig nicht der Fall sein, laufen diese Bestrebungen Gefahr, ins Leere zu gehen und die ebenso erwünschte Stärkung der Rechte von Trägern traditionellen Wissens in der ABS-Arena nicht zu erreichen, sondern vielmehr die in diese Instrumente gesetzten hohe Erwartungen zu enttäuschen. Ebenso ist in diesem Zusammenhang die Anerkennung fremder Titel wie Gerichts- und Schiedsurteile von Bedeutung.

Art. 12 Abs. 4 NP drückt die Befürchtung aus, dass die Umsetzung des Nagoya Protokolls in eine Formalisierung münden könnte, die sich für den Austausch genetischer Ressourcen und traditionellen Wissens mit und innerhalb indigener und lokaler bzw. ortsansässiger Gemeinschaften nachteilig auswirken könnte.

Art. 16 NP betrifft Regelungen zum Nachweis der in Art. 7 und 12 NP festgelegten Verpflichtungen. Art. 16 NP stellt eine Verpflichtung der Vertragsstaaten auf, Maßnahmen zum Nachweis zu treffen, dass der Zugang zu mit genetischen Ressourcen verbundenem traditionellen Wissen gemäß den nationalen Regelungen mit PIC oder Genehmigung und Einbeziehung der betreffenden indigen und orts-

ansässigen Gemeinschaft rechtmäßig erfolgt ist. Die Vorschrift stellt zwar diese Verpflichtung unter den Vorbehalt der Angemessenheit, geht aber weiter als die Förderungsaufforderung aus Art. 8 lit. j CBD und begibt sich damit in rechtlich offenes Terrain, da es hierfür kein auf internationaler Ebene anerkanntes Nachweissystem gibt, das als Umsetzungsbeispiel herangezogen werden kann. Die Vertragsstaaten stehen vor der Herausforderung, die Bestimmung kohärent umzusetzen, wobei das Fehlen einer Definition über die „Nutzung von mit genetischen Ressourcen verbundenem traditionellen Wissen“ vom Nagoya Protokoll eine zusätzliche Schwierigkeit bedeutet. Da es weltweit verschiedene Ansätze für den Schutz traditionellen Wissens gibt, ist davon auszugehen, dass weiterhin große Unterschiede in der Reichweite nationaler Regelungen bestehen werden. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass Art. 17 NP und damit die Kernregelung zur Überwachung der Nutzung genetischer Ressourcen explizit nicht das traditionelle Wissen zum Regelungsgegenstand hat. Diese Tatsache lässt die Frage unbeantwortet, ob und wie das mit genetischen Ressourcen verbundene traditionelle Wissen in den Anwendungsbereich des internationalen Konformitätszertifikats einbezogen werden kann.¹⁴¹⁸ Hier werden die nationalen Regelungsinitiativen der Vertragsstaaten eine große Rolle spielen, da es den Vertragsstaaten weiterhin vorbehalten bleibt, Regelungen über diesen Gegenstand in ihren nationalen Genehmigungssystemen aufzunehmen. Einer solchen Entscheidung steht der Art. 17 NP zumindest nicht entgegen.

Im Ergebnis sind die Aufnahme dieser drei Artikel zur expliziten Regelungen des sich auf mit genetische Ressourcen beziehendes traditionelle Wissen positiv zu bewerten als verbindliche Zusage der Vertragsstaaten, den Schutz traditionellen Wissens höher zu bewerten und Instrumente für einen effektiveren Schutz bzw. Stärkung der Verhandlungsposition von Trägern solchen Wissens zu fördern. Die Verhandlungen zum Nagoya Protokoll haben die Arbeit der Vertragsstaaten in dieser Hinsicht vertieft – wenn auch unter schwierigen langwierigen Verhandlungen und intensiver Lobbyarbeit der Interessenvertreter – und im Vergleich zur CBD weiter vorangebracht. Es bleibt abzuwarten, wie diese Themen mit Inkrafttreten des Nagoya Protokoll tatsächlich von den Vertragsparteien umgesetzt werden. Der politische Wille liegt nun zumindest vor.

Die Verpflichtung zum Vorteilsausgleich im Falle der Nutzung von mit genetischen Ressourcen verbundenem traditionellen Wissen wird in Art. 5 Abs. 5 NP geregelt, der viel konkreter formuliert ist als Art. 8 lit. j CBD. Der Wortlaut ist sehr an Art. 15. Abs. 7 CBD angelehnt, wobei diese Vorschrift in Verbindung mit Art. 16 NP zu lesen ist, die die Verpflichtung der Vertragsstaaten aufstellt, dem traditionellen Wissen den notwendigen Rechtsstatus für die Gewährleistung seines Schutzes innerhalb der nationalen Jurisdiktion einzuräumen. In diesem Zusammenhang stehen die Vertragsstaaten vor der Schwierigkeit, den Begriff „Nutzung von

¹⁴¹⁸ Siehe hierzu den *Report of the Meeting of the Group of Technical Experts on an internationally recognized certificate of origin/source/legal provenance*, UNEP/CBD/WG-ABS/5/7, vom 20. Februar 2002, para. 19 f.

mit genetischen Ressourcen verbundenem traditionellen Wissen“ zu füllen, da das Nagoya Protokoll eine solche Definition nicht bereitstellt.

5. *PIC und das international anerkannte Zertifikat über die Einhaltung von nationalen ABS-Bestimmungen (sog. Konformitätszertifikat)*

Das Thema der Einführung eines Zertifikates zur Offenbarung der Herkunft oder der Quelle oder als Nachweis für den rechtmäßigen Erwerb von genetischen Ressourcen oder damit verbundenem traditionellen Wissen wird seit Jahren sehr kontrovers diskutiert.¹⁴¹⁹

Ein Dissens zeigte sich insbesondere in den Gesprächen über die Behandlung von PIC (der Staaten und/oder der indigenen oder lokalen Gemeinschaften) im Protokollentwurf, die eng verbunden mit der Diskussion über die Einführung eines international anerkannten Zertifikats über die Einhaltung von nationalen ABS-Bestimmungen („internationally recognized certificate of compliance“) geführt wurden. Die Rahmenbedingungen für die Einführung eines solchen Zertifikats sind in Art. 17 NP enthalten. Art. 17 NP besteht im Wesentlichen aus zwei Teilen. Art. 17 Abs. 1 NP verpflichtet die Vertragsstaaten, soweit angemessen, Maßnahmen zu ergreifen, um die Überwachung und Transparenz der Nutzung genetischer Ressourcen zu gewährleisten, wie z.B. die Errichtung von sog. Kontrollstellen. Art. 17 Abs. 2 bis 4 NP befassen sich mit dem sog. international anerkannten Zertifikat (im folgenden Konformitätszertifikat) über die Einhaltung nationaler ABS-Regelungen (insbes. PIC und MATs). Im Ergebnis handelt es sich bei dem Konformitätszertifikat und seiner Umsetzung um eine sog. Nutzerstaatmaßnahme (*user measure*), da die Anerkennung und Durchsetzung eines solchen Zertifikats (in der Regel typischerweise der Bereitstellerstaaten) durch die Nutzerstaaten zu erfolgen hat. Nach Sinn und Zweck des Art. 17 Abs. 1, Abs. 2 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 3 lit. e, Art. 17 Abs. 3 NP soll das international anerkannte Konformitätszertifikat dazu dienen, nachzuweisen, dass der Zugang und die Nutzung der betreffenden genetischen Ressourcen unter Einhaltung von PIC und MATs gemäß der nationalen ABS-Bestimmungen des Ressourcengeberstaates erfolgt ist. Über die Art und Weise, wie dieser Nachweis zu erfolgen hat, treffen die erwähnten Vorschriften keine Regelung. Offen und von Art. 17 NP nicht geregelt, ist die Frage, wie der Nachweis, dass der Zugang nach Erteilung von PIC des Bereitstellerstaates (und zugleich Ausstellerstaates der Genehmigung) und dass MATs vorliegen, zu erfolgen hat. Das bedeutet, dass sich die Vertragsstaaten mit der Frage befassen müssen, welchen Prüfmaßstab sie bei der Nachweisprüfung anlegen wollen. Zu überlegen wäre, ob die Vertragsstaaten

- fremdes ABS-Recht auf seine Übereinstimmung mit dem Nagoya Protokoll überprüfen können

¹⁴¹⁹ Siehe zum Beispiel UNEP/CBD/WG-ABS/3/5 vom 10. Dezember 2004, Rn. 89–2004 und UNEP/CBD/WG-ABS/4/3 vom 17. November 2005, S. 2.

und ob sie

- fremdes Verwaltungshandeln, insbesondere die Genehmigungserteilung gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. e NP und auch deren Verweigerung am Maßstab des fremden ABS-Rechts, des Nagoya Protokolls sowie des nationalen Rechts prüfen können.

Diese Fragen werden Gegenstand einer detaillierten Auseinandersetzung und Prüfung der in Art. 17 NP im Zusammenhang mit Art. 6 NP sowie Art. 14 NP aufgestellten Verpflichtungen der Vertragsstaaten für eine Umsetzung des NP bleiben, die spätestens mit Inkrafttreten des Nagoya Protokolls voraussichtlich ab 2014 auf der Agenda der Vertragsstaatenkonferenzen zum Nagoya Protokoll stehen werden.

Offen und von Art. 17 NP nicht geregelt bleibt die Frage, welche Rechtsfolgen an das Nichtvorliegen von PIC und MATs (nationale Ebene) bzw. des internationalen Konformitätszertifikats (internationale Ebene) zu knüpfen sind. Art. 15 Abs. 2 NP ist zu entnehmen, dass auf nationaler Ebene Sanktionen im Bereich des Straf-, Zivil- oder Verwaltungsrechts in Frage kommen. Wie die Vertragsgemeinschaft auf internationaler Ebene verfahren wird, wenn sich herausstellt, dass ein beim *ABS Clearing House* (Art. 17 Abs. 2, Art. 14 NP) eingereichtes Konformitätszertifikat unrichtig ist, ist bisher offen. Diskussionen über den Prüfungsumfang und über die Prüfungstiefe dieses Zertifikates und der eventuell noch beigefügten Unterlagen sind bisher noch nicht im Detail geführt worden.

Nach Art. 17 Abs. 1 lit. a NP haben die Vertragsparteien eine oder mehrere Kontrollstellen („checkpoints“) einzurichten. Die Kontrollstellen haben im Wesentlichen als Aufgabe, Informationen über die Nutzung genetischer Ressourcen zu sammeln, Art. 17 Abs. 1 lit. a (i) NP. Nach Art. 17 Abs. 1 lit. a (iii) haben diese Kontrollstellen zudem die Aufgabe, die gesammelten Informationen an relevante nationale Behörden bzw. kompetente Stellen, an die Vertragspartei, die PIC gewährt hat, und an das *Access and Benefit-Sharing Clearing House* weiterzugeben. Diese Aufgabe steht unter dem Vorbehalt der Angemessenheit. Nach Art. 17 Abs. 1 lit. a (ii) sollen die Vertragsstaaten angemessene, effektive und verhältnismäßige Maßnahmen treffen, um Fällen der Nichterfüllung zu begegnen.

Die Einführung dieser sog. Kontrollstellen für die Entgegennahme und eventuelle Prüfung der geforderten Nachweise ist bei den Verhandlungen zum Nagoya Protokoll besonders kontrovers diskutiert worden. Nach einem vorherigen noch nicht abgestimmten Textentwurf sollten insbes. Patentbehörden als sog. *checkpoints* im Sinne des Art. 17 NP (damals noch Art. 13 NP) fungieren,¹⁴²⁰ wobei zu dem Zeitpunkt auch noch keine Einigkeit über die grundsätzliche Erwähnung von Patentbehörden als Kontrollstellen, über das (Prüf-) Verfahren sowie über die rechtlichen Folgen bei Nichterfüllung bestand. Letztere Frage ist bisher auch noch nicht geklärt worden und wird weiterhin nach Inkrafttreten des Nagoya Protokoll ein wichtiger kontrovers diskutierter Verhandlungspunkt, und zwar im Zusammenhang mit dem

¹⁴²⁰ Siehe Art. 13 Abs. 1 lit. a (iv) NP.

ABS Clearing House und der Struktur eines globalen multilateralen *Benefit-Sharing-Mechanismus* nach Art. 10 NP bleiben.

Art. 17 Abs. 2 NP legt fest, dass eine nationale (Zugangs-)Genehmigung oder ein vergleichbares nationales Instrument, erteilt in Übereinstimmung mit Art. 6 Abs. 3 lit. e NP und eingereicht beim *ABS Clearing House* (Art. 14 NP), das international anerkannte Konformitätszertifikat konstituiert. Diese Vorschrift besagt aber nicht, ob der bloße Registrierungsakt beim *ABS Clearing House* für diese Einstufung ausreicht oder ob erst die registrierte Information als solche das international anerkannte Konformitätszertifikat ausmacht. Diese Fragen waren Gegenstand des ersten Treffens des IGC zum Nagoya Protokoll im Juni 2011 und werden, da sie noch im Verhandlungsstadium und weiterhin Gegenstand der Verhandlungen um die Errichtung des *ABS Clearing Houses* sind, Thema in Folgetreffen des IGC zum NP ab 2014 sein.

Art. 17 Abs. 4 NP listet die Informationen auf, die im Konformitätszertifikat mindestens enthalten sein sollen: ausstellende Behörde, Ausstellungsdatum, Nutzer der Ressourcen, Identifikation des Zertifikates, Nennung der Person oder Institution, der PIC gewährt worden ist, Regelungsgegenstand oder genetische Ressource, Bestätigung, dass PIC gewährt worden ist und die Angabe, ob die Nutzung zu Kommerzialisierungszwecken erlaubt ist oder nicht.

Art. 17 NP geht von der Verfügbarkeit bzw. von der grundsätzlichen Möglichkeit der Erteilung eines Konformitätszertifikates aus. Die Vorschrift regelt nicht den Fall, dass ein solches Konformitätszertifikates nicht verfügbar bzw. im nationalen Recht nicht vorgesehen ist. Damit ist es den Vertragsstaaten überlassen, wie sie mit solchen Fällen der fehlenden Verfügbarkeit eines Konformitätszertifikates umgehen wollen. Das bedeutet, dass sich die Vertragsparteien in diesem Zusammenhang überlegen können, wie sie mit Fällen vor Geltung der CBD oder anderen Fällen außerhalb des vom Nagoya Protokoll aufgestellten ABS-Anwendungsbereiches – soweit klar definiert – umgehen möchten.

6. Zwischenergebnis und Bewertung

Die Annahme des Nagoya Protokolls stellt einen großen Schritt nach vorne im Hinblick auf die internationale Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen und den gerechten Ausgleich der Vorteile dar, die sich aus ihrer Nutzung ergeben. Das Protokoll ist ein Neuanfang für die Umsetzungsbestrebungen der Vertragsstaaten, die spätestens mit Inkrafttreten des Protokolls einen neuen Fokus in Richtung praktischer Umsetzung bekommen sollten. Das Protokoll füllt den von der CBD aufgestellten Rahmen weiter aus, lässt aber positiv betrachtet auch Freiraum für die Berücksichtigung nationaler Besonderheiten. Der Fokus einer effektiven Umsetzung eines solchen Systems liegt weiterhin wie bisher auf der nationalen Ebene. Ein bestehendes, effektives nationales ABS-System bleibt weiterhin die Basis bzw. der Ausgangspunkt für ein international funktionierendes ABS-Regime. Ebenso

wichtig für die Umsetzung des Nagoya Protokolls ist es aber auch, dass im Nutzerstaat festgestellt werden kann, ob PIC und MATs notwendig sind und ob eine Übereinstimmung mit PIC vorliegt und MATs abgeschlossen worden sind. Hierbei kann für die Prüfung der Einhaltung von PIC und MATs das internationale Konformitätszertifikat nach Art. 6 Abs. 3 lit. e und Art. 17 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 NP herangezogen werden.

Auch mit Annahme der Nagoya Protokolls sind weiterhin wesentliche Aspekte nicht ausreichend geklärt – wie zum Beispiel Fragen zum Vorteilsausgleich in Bezug auf Derivate, zur Gestaltung und Durchsetzung des Schutzes von mit genetischen Ressourcen verbundenem traditionellen Wissen, zum Umgang mit Pathogenen, zu Regelungen zum Monitoring genetischer Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen, zur Einführung von Offenbarungsverpflichtungen bei Patentanmeldungen und Regelungen zur Einhaltung und Durchsetzung von nationalen ABS-Regelungen – und werden Gegenstand der kommenden vorbereitenden Verhandlungen zum Nagoya Protokoll ab 2014 sein. .

Zwar stellt das Nagoya Protokoll einen gewaltigen Schritt nach vorne dar, es bleibt aber weiterhin offen, ob das ehrgeizige Gesamtziel, einen fairen und gerechten Vorteilsausgleich resultierend aus der Nutzung genetischer Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen international effektiv, rechtssicher und transparent zu etablieren, erreicht wird. Das Inkrafttreten des Protokolls steht noch aus. Bisher liegen von den 50 notwendigen Ratifikations-, Annahme-, Genehmigungs- oder Beitrittsurkunden (s. Art. 33 NP) nur elf vor.¹⁴²¹

Nach langwierigen Verhandlungen ist aber mit dem Nagoya Protokoll ein gewisser politischer Konsens innerhalb der Vertragsstaaten erzielt worden, sich offiziell und gezielt der Frage der Errichtung eines internationalen ABS-Regimes zu widmen, wobei die Umsetzungsmaßnahmen sowohl auf nationaler wie internationale Ebene vorzunehmen sind. Allerdings bestehen bei den Vertragsstaaten weiterhin unterschiedliche Ansichten über die praktische Ausgestaltung dieses internationalen Regimes. Für den bis und nach Inkrafttreten des Nagoya Protokolls weiterzuführenden Verhandlungsprozess besteht aber nunmehr politischer Konsens darüber, dass eine effektive Umsetzung des ABS-Regimes sog. Nutzermaßnahmen (*user measures*) wie auch Bereitstellermaßnahmen (*provider measures*) erfordert. Die Herausforderung für die Vertragsstaaten besteht darin, in diesen beiden Richtungen auch im Detail Konsens zu erzielen. Die Entscheidung, ob und welche Art von Maßnahmen relevant für eine effektive Umsetzung sein sollen (z.B. Einführung von Offenbarungsverpflichtungen im Patentverfahren), ist vielmehr politischer als dogmatischer Natur.

Bezogen auf die inhaltliche Umsetzung der durch das Nagoya Protokoll aufgestellten Verpflichtungen lässt sich zusammenfassend sagen, dass dieses für die Vertragsstaaten sowohl die wesentlichen Komponenten als auch die noch offenen Themen identifiziert. Die Vertragsstaaten stehen nun vor der Herausforderung, ihre

¹⁴²¹ Stand Dezember 2012.

bestehenden ABS-Regelungen im Lichte des Nagoya Protokolls zu prüfen und gegebenenfalls anzupassen oder neue Regelungen zu erlassen. Weiterhin unklar sind die fehlenden Rechtsschutzmöglichkeiten des Berechtigten an genetischen Ressourcen in den Fällen, in denen seine genetischen Ressourcen ohne seine Zustimmung und demnach insbesondere ohne Vorteilsteilhabe außerhalb seiner Jurisdiktion vermarktet werden. Das Nagoya Protokoll spricht diese Thematik nur sehr allgemein an und besagt, dass hierfür Maßnahmen zu ergreifen sind. Konkret werden aber solche Fälle nicht geregelt. Als erste Ansätze hierfür sind die Einhaltungsbestimmungen in Bezug auf nationale ABS-Regelungen in Art. 5, 6, 10, 11, 12, 15, 16 und 17 NP zu sehen. Eines der Instrumente, die dazu dienen sollen, ist die Einführung eines Zertifikates zum Nachweis der Einhaltung von nationalen ABS-Regelungen. Dies zeigt deutlich, dass hier auch noch das Spannungsverhältnis zwischen den Erwartungen und Verpflichtungen der CBD und den Mindestanforderungen des TRIPs-Abkommen bezogen auf den zu setzenden Mindeststandard für die Gewährung geistiger Eigentumsrechte zu klären sein wird. Das bedeutet, dass die Vertragsstaaten nicht mehr umhinkommen werden, die Frage des Schutzes geistigen Eigentums und seine Auswirkungen auf Erfindungen, die auf genetischem Material beruhen, das entweder gegen die Zugangsregelungen des Herkunftsstaates oder ohne dessen Zustimmung erlangt worden ist, endlich lösungsorientiert zu adressieren. Allein dieser Verhandlungspunkt zeigt deutlich, wie stark die Positionen der Vertragsparteien divergieren. Auch mit Inkrafttreten des Nagoya Protokolls werden sich die Vertragsstaaten, damit dieses Protokoll tatsächlich einen Beitrag zu einer effektiven Zugangsregelung zu genetischen Ressourcen und der Gewährleistung einer gerechten Vorteilsteilhabe leisten kann, für folgende Punkte eine praktikable und interessensgerechte Lösung auf Umsetzungsebene erarbeiten müssen:

- Klärung des zeitlichen und geographischen Anwendungsbereiches für die praktische Umsetzung;
- Umgang mit „neuen oder fortlaufenden“ Nutzungen genetischer Ressourcen;
- für die Schaffung von Rechtssicherheit und Transparenz der Implementierung des Nagoya Protokolls, Klärung des Inhalts und der Reichweite der wesentlichen Begriffe wie z.B. „genetische Ressourcen“, „Zugang“, „Vorteilsteilhabe“, „Nutzung genetischer Ressourcen“, „Nutzung von sich auf genetische Ressourcen beziehendes traditionelles Wissen“, Umgang mit „Derivaten“ und „Pathogenen“¹⁴²²;
- Verankerung des Schutzes von traditionellem Wissen, das sich auf genetische Ressourcen bezieht, als schützenswertes bzw. geschütztes Rechtsgut; Konkretisierung der Verletzung der geschützten Rechtsgüter als tatbestandsmäßige Verletzungshandlung. Dadurch würden zum Beispiel in nationalen Rechtsordnungen bereits vorhandene Rechtsbehelfe (Schadensersatz), wie z.B. aus dem

¹⁴²² Nach Art. 8 lit. b NP soll ein zügiger Zugang zu Pathogenen bei der Gestaltung von (nationalen) ABS-Regelungen bedacht werden. Die Vorschrift bezieht sich auf Notstandssituationen, in denen die Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen gefährdet ist.

Rechtsinstitut der unerlaubten Handlung nach §§ 823 ff. BGB, für die Geltendmachung der Verletzung solcher Rechte eröffnet.

- Klärung des Prüfungsumfanges und der Prüftiefe für die nach Art. 17 Abs. 1 NP einzuführenden Kontrollstellen. In Fällen der Offenbarung der Herkunft genetischer Ressourcen oder der Vorlage eines Konformitätszertifikats ist zu klären, ob die betreffende Kontrollstelle das Vorliegen von PIC und den Abschluss von MATs prüfen soll und ob diese Prüfung auch die inhaltliche Richtigkeit umfassen soll.
- Klärung der Berechtigung zur Geltendmachung eines Rechtsbehelfes durch den Herkunftsstaat.
- Regelungen für die Vollstreckung ausländischer Entscheidungen.
- Bedingungen für die Gewährung von geistigen Eigentumsrechten für Innovationen, die auf genetischen Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen beruhen. Hier geht es insbesondere um Fragen von Offenbarungsverpflichtungen bei der Patentanmeldung, wobei insbesondere der Gegenstand, die rechtliche Bindungswirkung und die Folgen bei einem Verstoß geklärt werden müssen.
- Das Verhältnis des Nagoya Protokolls zu anderen internationalen Übereinkommen, die spezifische Nutzungsarten genetischer Ressourcen adressieren oder tangieren.

Eine rechtliche Herausforderung stellt die Tatsache dar, dass das Nagoya Protokoll allein die Vertragsstaaten – und insbesondere also nicht private Nutzer – direkt verpflichtet.

Die Fähigkeit der Vertragsstaaten, die effektivste Zusammenstellung von Umsetzungsinstrumenten zu erkennen, die geeignet sind, Transparenz und Rechtssicherheit sowohl für Nutzer wie auch für Anbieter bzw. Bereitsteller von genetischen Ressourcen zu schaffen, wird die große Herausforderung der nächsten Verhandlungsrunden sein. Denn je klarer die Rahmenbedingungen bzw. der Umsetzungsauftrag an die Vertragsstaaten bezüglich der Verpflichtungen im Protokoll formuliert werden, umso größer wird die Chance sein, dass die Verpflichtungen in nationales Recht umgesetzt werden und eine effektive Auswirkung auf das künftige Verhalten von Nutzern und Anbietern haben werden.

6. Teil: Schlussfolgerungen und Ausblick

Unstreitig besteht auf völkerrechtlicher Ebene ein Bedürfnis, den Zugang zu genetischen Ressourcen und sich darauf beziehendes traditionelles Wissen sowie die Teilhabe an den Vorteilen der Nutzung effektiv und interessensgerecht zu regeln. Für die Schaffung effektiver Regelungen ist weiterhin der Gedanke aktuell, dass solche Regelungen einen Anreiz zur Erhaltung der biologischen Vielfalt bieten müssen und dass sie damit einen wichtigen Beitrag im Kampf gegen den weltweit zu verzeichnenden, gravierenden Verlust biologischer Vielfalt leisten können. Dies würde dem vom Weltgipfel für nachhaltige Entwicklung (*World Summit on Sustainable Development*) in Johannesburg 2002 gesteckten Ziel Rechnung tragen, eine wesentliche Reduzierung des Rückgangs der Biodiversität (*Biodiversity Loss*) zu erreichen. Unstreitig sollen diese Regelungen die widerstreitenden Interessen der ressourcenreichen, aber technologiearmen Staaten – in der Regel Entwicklungsländer – und der ressourcenarmen, aber technologiereichen Staaten – in der Regel Industriestaaten – in Einklang bringen.¹⁴²³ Dieser zu erzielende Ausgleich meint im Ergebnis die Etablierung rechtlich gesteuerter und Rechtssicherheit gewähr-

¹⁴²³ Die oft verwendete Differenzierung zwischen Ressourcengeberstaaten auf der einen Seite und Ressourcennehmerstaaten bzw. Nutzerstaaten auf der anderen Seite, wenn damit eine Differenzierung zwischen dem Vorhandensein von biologischer Vielfalt im Vordergrund steht, ist ungenau. Denn ein Ressourcennehmerstaat kann zugleich auch ein Ressourcengeberstaat sein.

der Zugangsregelungen mit einer effektiven und gerechten Vorteilsbeteiligung als Gegenleistung. Dahinter steht auch die Überlegung, dass genetische Ressourcen einen nicht zu leugnenden wirtschaftlichen Wert haben – wobei natürlich jeweils Uneinigkeit über dessen Höhe besteht – welcher von erheblichem Interesse für vorwiegend in Industrienationen ansässige Pharma- und Agrarunternehmen ist. Demgegenüber steht auf Seiten der Herkunftsstaaten dieser Ressourcen der Wunsch nach angemessener Beteiligung am Nutzungsergebnis, und zwar auch als Gegenleistung für die Erhaltung der biologischen Vielfalt. Diese Staaten haben das Potential ihrer Ressourcen erkannt und zugleich festgestellt, dass sie eine Politik, die nur auf den Erhalt der biologischen Vielfalt abzielt, bereits mangels Finanzierungsmittel nachhaltig nicht zu führen in der Lage sind.

Bis zum Inkrafttreten der CBD herrschte ein unreglementierter Zugang zu genetischen Ressourcen, die es Unternehmen aus Industrienationen ermöglicht hat, überwiegend kompensationslos genetische Ressourcen aus Entwicklungsländern zu erlangen und darauf basierende Produkte zu vermarkten.¹⁴²⁴ Hierdurch entstand ein ungleiches Bild in der Weise, dass sog. ressourcenreiche Staaten ihre Ressourcen ohne Gegenleistung (und ohne Zustimmung) zur Verfügung stellten und die in den Industriestaaten hieraus entwickelten Endprodukte nur nach den klassischen marktwirtschaftlichen Regeln erwerben konnten. Diese Vorgehensweise hat den Begriff der sog. Biopiraterie geprägt und die allgemeine Stimmung in vielen Entwicklungsländern verstärkt, ausgebeutet bzw. einer neuen Form des Kolonialismus¹⁴²⁵ ausgesetzt zu sein. Mit dem Ziel, diese Ungleichheiten auf lange Sicht nachhaltig zu beseitigen, forderten Entwicklungsländer anfangs zumindest die Gewährleistung von Technologietransfers als Minimalanforderung.¹⁴²⁶

Die CBD beruht auf der grundsätzlichen Anerkennung der Souveränität der Staaten über ihre genetischen Ressourcen. Darauf gestützt legt sie auf völkerrechtlicher Ebene die Rahmenbedingungen für die Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen fest. Geprägt ist die CBD vom Gedanken des Erhalts und Schutzes der Biodiversität und der nachhaltigen Entwicklung und Nutzung ihrer Bestandteile sowie der ausgewogenen und gerechten Aufteilung der sich aus der Nutzung der genetischen Ressourcen ergebenden Vorteile. Hierdurch wird der Zugang zu genetischen Ressourcen im Austausch für den Zugang zu den maßgeblichen Technologien als Mittel für den Erhalt der biologischen Vielfalt (s. Art. 1 CBD) identifiziert. Grundprinzipien des Zugangssystems der CBD sind die Einhaltung von PIC und MATs. Demnach soll der Zugang zu genetischen Ressourcen nach einvernehmlich festgelegten Bedingungen („mutually agreed terms“, MATs) zustande kommen und darf nur mit der auf Kenntnis der Sachlage beruhenden vorherigen informierten Zustimmung („prior informed consent“, PIC) des die Ressourcen zur Verfügung

¹⁴²⁴ Siehe u.a. Hassemer, in: Lewinski (Hrsg.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, S. 155.

¹⁴²⁵ Siehe Keating, *J. Pat. & Trademark Off. Society* 87 (2005), S. 525 (530).

¹⁴²⁶ Siehe hierzu *Marins Adiers*, *Revista da ABPI* No. 56 (2002), S. 48 (54).

stellenden Staates geschehen. Unterstützt wird die Umsetzung der CBD durch die 2002 verabschiedeten sog. *Bonn Leitlinien*, die den Mitgliedstaaten als Leitfaden für die Umsetzung der CBD-Prinzipien in ihre nationale Gesetzgebung dienen sollen. Die obige Darstellung und Analyse der von der CBD aufgestellten Rahmenbedingungen für den Zugang zu genetischen Ressourcen haben gezeigt, dass Sanktionsmechanismen für den Fall der Nichteinhaltung dieser Prinzipien bzw. für den Fall der konventionswidrigen Erlangung genetischer Ressourcen in der CBD nicht vorgesehen sind. Die Konkretisierung der Rahmenbedingungen für den Zugang sowie eventuelle Durchsetzungsmechanismen für Rechte an genetischen Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen überlässt die CBD den Mitgliedstaaten. Im Hinblick auf den Schutz traditionellen Wissens statuiert die CBD nur eine Förderungspflicht; sie regelt den Zugang zu diesem Wissen nicht.

In Anbetracht der an die Vertragsstaaten gerichteten Umsetzungspflicht der CBD und ihrer eigenen Bedürfnisse, der kompensationslosen Erlangung ihrer Ressourcen entgegenzutreten und Mechanismen für eine Beteiligung aufzustellen, haben zahlreiche Staaten begonnen, nationale Zugangs- und Teilhaberegelungen zu erlassen. Der Beschluss 391 der Andengemeinschaft stellt hierbei den einzigen Versuch dar, auf regionaler Ebene und in rechtsverbindlicher Weise eine einheitliche Regelung zu schaffen.¹⁴²⁷ Die Darstellung und Analyse dieser nationalen und regionalen Zugangs- und Teilhaberegelungen zeigen deutlich, wie kompliziert der von der CBD aufgestellte Rahmen für die Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen im Ergebnis doch ist. Auch die *Bonn Guidelines* haben nicht unbedingt zur Klärung der Reichweite der wesentlichen Begriffe wie PIC und MATs und somit zur Vereinfachung der Umsetzungsverpflichtung der Staaten beigetragen. Ein zentrales Problem für die Aufstellung von Zugangsregelungen ist weiterhin die Koordinierung der verschiedenen zur Verfügung stehenden Instrumente (staatliche Genehmigung und privatrechtliche Vereinbarungen) und zusätzlich zu treffenden Vereinbarungen mit den unterschiedlichen Beteiligten. Die Analyse der genannten Zugangsregelungen hat auch gezeigt, dass diese gerade bei der Bestimmung der Reichweite, der inhaltlichen Anforderungen und bei der Ausgestaltung der wesentlichen Zugangsvoraussetzungen wie PIC und MATs sowie bei deren Einordnung in den Ablauf des Zugangsverfahrens noch Defizite und somit Handlungsbedarf aufweisen.

Die untersuchten Länder haben mit den für Entwicklungs- und Schwellenländern üblichen Schwierigkeiten zu kämpfen. Schwierigkeiten bereiten die mangelnde Koordination und Kooperation innerhalb der zu beteiligenden Stellen, Behörden oder anderen Institutionen. Diese Problematik wird verstärkt durch zum Teil noch unklare institutionelle Zuständigkeiten. Besondere Schwierigkeiten bereitet zudem auch die Frage der angemessenen Beteiligung indigener und/oder lokaler bzw. orts-

¹⁴²⁷ Unverbindliche Rechtsakte mit Empfehlungscharakter und Modellgesetze sind zum Beispiel von der *Association of Southeast Asian Nations* (ASEAN), der *African Union* (vorher *Organization of African Unity* (OAU)) und der *Southern African Development Community* (SADC) erstellt worden.

ansässiger Gemeinschaften im Zugangsverfahren. Diese werden bisher bevorzugt nicht als Verfahrensbeteiligte betrachtet, sondern mittelbar über eine dem Zugangsantrag zu genetischen Ressourcen beizufügenden Vereinbarung über Teilhabebeteiligungen verschiedener rechtlicher Natur (Vertrag, Lizenzen etc.) mit dem Zugangsuchenden einbezogen.¹⁴²⁸ Zudem bereiten ungeklärte Eigentumszuordnungen von biologischen und genetischen Ressourcen dem Interessenten Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Verfügungsberechtigten. Eine differenzierte Behandlung von rein wissenschaftlichen Vorhaben gegenüber Zugangsaktivitäten mit kommerzieller Zielrichtung wird nicht getroffen: den Zugangsregelungen mangelt es an Zugangs erleichterungen für rein wissenschaftliche Forschungsvorhaben, die im Ergebnis einen erheblichen Beitrag zum Erhalt und zum besseren Verständnis der biologischen Vielfalt leisten. Fehlendes Know-how sowie fehlende finanzielle Ressourcen stellen eine zusätzliche Hürde dar.

Diesen Zugangsregelungen ist im Ergebnis gemein, dass sie ein Verfahren zum Zugang zu genetischen Ressourcen und gegebenenfalls auch zu sich darauf beziehendes traditionelles Wissen zwar aufstellen, aber in der Regel keine Sanktionsmechanismen für den Fall einer rechtswidrigen, also entgegen dieser Regelungen erfolgten Erlangung und Verwertung der Ressourcen oder des sich darauf beziehenden traditionellen Wissens vorsehen. Der Zugang wird somit positiv und in der Regel sehr restriktiv geregelt. Rechtsschutzmöglichkeiten bzw. konkrete Rechtsbehelfe für Berechtigte an genetischen Ressourcen und/oder sich darauf beziehendes traditionelles Wissen sind aber entweder unzureichend oder überhaupt nicht vorgesehen. Die Verpflichtung zur Vorteilsteilhabe ist zwar gegeben, in den Zugangssystemen sind aber keine Rechtsbehelfe für deren Durchsetzung normiert. Hier ist anzunehmen, dass sich diese nach dem Willen der jeweiligen Gesetzgeber nach dem Vertragsrecht des jeweiligen Staates richten. Die Zugangsregelungen sind aus der Perspektive der Rechte und Pflichten des Nutzers formuliert worden. Im Hinblick auf Rechtsschutzmöglichkeiten aus der Sicht des Berechtigten an diesen Ressourcen – also des Staates, der sie zur Verfügung stellt – ist zu bemerken, dass es dem Berechtigten an genetischen Ressourcen in der Regel darum geht, Rechtsschutz in dem Staat zu erlangen, in dem die Verwertung seiner Ressourcen und gegebenenfalls sich darauf beziehendes traditionelles Wissen erfolgt ist. In der Regel handelt es sich hierbei nicht um den Staat, in dem die genetischen Ressourcen oder das betreffende traditionelle Wissen erlangt worden sind. Derartige Regelungen sind nicht vorgesehen.

Die Optionen für Sanktionen bzw. die Möglichkeiten einer effektiven Durchsetzung nationalstaatlicher Interessen bei rechtswidriger Erlangung genetischer Ressourcen sind auf völkerrechtlicher und privatrechtlicher Ebene unterschiedlich zu beurteilen. Bei der Durchsetzung nationalstaatlicher Interessen im Falle rechtswidriger Erlangung genetischer Ressourcen kommen grundsätzlich zwei Konstellationen in Betracht. Zunächst gibt es Fallkonstellationen, in denen z.B. ein Industrieunternehmen unter bewusster Nichtbeachtung nationalstaatlicher Zugangsregelungen

¹⁴²⁸ Zum Beispiel der Annexvertrag nach dem Beschluss 391 der Andengemeinschaft.

biologische Substanzen entnimmt und (immaterialgüterrechtlich) verwertet. Hier scheidet eine unmittelbare Anwendung völkerrechtlicher Instrumentarien aus. Zwar gibt es in jüngerer Zeit im Völkerrecht die Tendenz, gewisse Pflichten für das Individuum anzuerkennen, diese Auslegung wird jedoch sehr restriktiv gehandhabt. So findet diese Form der Ausweitung des Kreises der Völkerrechtssubjekte nur im Falle schwerwiegender Verletzung völkerrechtlicher Pflichten Anwendung, wie es der Fall bei Kriegsverbrechen sein kann.¹⁴²⁹

Dem in seinen Rechten verletzten Staat bleiben weiterhin die Handlungsmöglichkeiten auf privatrechtlicher Ebene offen. Er könnte grundsätzlich versuchen, zum Beispiel mit den Rechtsbehelfen des Patentrechts gegen eine Patenterteilung vorzugehen, die seiner Ansicht nach auf seinen genetischen Ressourcen basiert und für deren Erlangung und Verwertung er keine Genehmigung erteilt hat. Die Analyse der möglichen Rechtsschutzmöglichkeiten des Berechtigten an genetischen Ressourcen und diese betreffendes traditionelles Wissen am Beispiel des EPÜ¹⁴³⁰ und des Patentrechts der USA als den marktwirtschaftlich interessanten Regionen haben gezeigt, dass eine effektive Geltendmachung und Durchsetzung dieser Rechte praktisch nicht gegeben ist. Die aktuelle Rechtslage im Bereich des Patentrechts sowie des allgemeinen nationalen Rechts bieten keine Grundlage, um effektiven Rechtsschutz zu gewähren. Für den Bereich des Patentrechts lässt sich sagen, dass dieses allein auf die Erfindung als solche und ihre Patentierbarkeit eingeht und dabei weder den Ursprung des Ausgangsmaterials noch moralische oder ideelle Bedenken über dessen Verwendung als Grundlage für die Entscheidung über die Patentierbarkeit einer Erfindung berücksichtigt. Der Umstand, dass das Ausgangsmaterial einer Erfindung aus einem Entwicklungsland stammt, spielt patentrechtlich *per se* keine Rolle. Das Patentrecht ist in dieser Hinsicht wertungsneutral und bietet nach seiner aktuellen Ausgestaltung keine Grundlage für die Berücksichtigung von Rechtspositionen entsprechend den Grundsätzen der CBD.

Nicht anders zu beurteilen sind im Ergebnis die Rechtsschutzmöglichkeiten des Berechtigten an genetischen Ressourcen und damit verbundenem traditionellen Wissen in der Konstellation, in der zwar eine Zugangsvereinbarung besteht, der Nutzer (Privatperson, Unternehmen)¹⁴³¹ die dort vorgesehenen Pflichten aber nicht wahrnimmt oder nur unzureichend beachtet. Befindet sich der Nutzer noch in der Jurisdiktion des Herkunftsstaates und zugleich des Staates, nach dessen Zugangsregelungen die Zugangsvereinbarung geschlossen und das Zugangsrecht erteilt worden ist, kann der betreffende Staat entsprechend den Rechtsschutzmöglichkeiten seiner nationalen Rechtsordnung (Vertragsrecht, Strafrecht, Verwaltungsrecht etc.) gegen

¹⁴²⁹ Herdegen, Völkerrecht, § 7 Rn. 5.

¹⁴³⁰ Hierbei richten sich die Details nach den jeweiligen einschlägigen nationalen Patentrechtsordnungen.

¹⁴³¹ Ist aber die Verletzung der vorherigen informierten Zustimmung (Zugangsvertrag) des Herkunftsstaates nicht durch einen Privaten, sondern durch einen anderen Staat erfolgt, so stellt sich in die Konstellation im Bereich des (Umwelt-)Völkerrechts gegebene Problem eines erheblichen Vollzugsdefizits. Siehe hierzu Beyerlin, Umweltvölkerrecht, S. 461.

diesen Nutzer vorgehen. Problematisch gestaltet sich die Lage, wenn der Nutzer sich außerhalb der Jurisdiktion des verletzten Staates befindet. Rechtsschutzmöglichkeiten stehen dem in seinen Rechten verletzten Staat in der fremden Jurisdiktion bzw. Rechtsordnung im Bereich des ABS-Rechts nur zu, wenn der andere Staat solche Rechtsbehelfe sowie eine entsprechende Klagebefugnis vorgesehen hat. Im Übrigen stehen ihm die oben genannten privatrechtlichen Handlungsmöglichkeiten auch zur Verfügung, soweit der betreffende Staat, in dem der Nutzer ansässig ist, die Geltendmachung dieser Rechte in seiner Rechtsordnung erlaubt.

Die derzeit noch unzureichende Implementierung der CBD im Hinblick auf Schutz und Durchsetzung von Rechten an genetischen Ressourcen und diese betreffendes traditionelles Wissen sowie das Spannungsverhältnis zwischen den Erwartungen der CBD und den Anforderungen des TRIPs-Übereinkommens hat die internationale Diskussion seit dem Weltgipfel für nachhaltige Entwicklung in Johannesburg 2002 verstärkt in Richtung der Verhandlung eines internationalen ABS-Regimes gedreht (*International Regime on Access and Benefit Sharing*). Der 2002 begonnene Verhandlungsprozess gestaltet sich als sehr schwierig und wird zum Teil durch die unterschiedlichen Erwartungen und vom Misstrauen der Vertragsparteien in dem Verhandlungsprozess behindert. Im Mittelpunkt der Verhandlungen zu diesem Regime steht auch die kontrovers diskutierte Frage des Umganges mit Rechten des geistigen Eigentums an den erlangten Ressourcen und/oder damit verbundenem traditionellen Wissen. Der Zugang zu genetischen Ressourcen und die Frage des Umgangs mit geistigen Eigentumsrechten sind insbesondere durch das von Entwicklungsländern auf der Ebene der CBD und des TRIPs-Abkommens gleichermaßen verfolgten Konzept des *disclosure of origin/source/legal provenance* verknüpft, welches als ein mögliches Element dieses Regimes kontrovers verhandelt wird. Das Nagoya Protokoll führt in Art. 17 NP das sog. international anerkannte Konformitätszertifikat ein. Zum Teil noch offen und kontrovers diskutiert sind Fragen der Rechtsverbindlichkeit einzelner Komponenten, die Bestimmung, Reichweite und inhaltliche Klärung der verwendeten Grundbegriffe (wie z.B. „genetische Ressourcen“, „Nutzung genetischer Ressourcen“, „Nutzung von genetische Ressourcen betreffendem traditionellen Wissen“, „Umfang mit neuen und fortlaufenden Nutzungen“, „Zugang“, „PIC“, „MATs“, „Vorteilsteilhabe“, „Derivate“, „Pathogene“ u.a.), der zeitliche und geographische Anwendungsbereich sowie die Frage der Rechtsschutzmöglichkeiten und die effektive Durchsetzung festgestellter bzw. gewährter Rechte. Offen und kontrovers diskutiert ist auch die Frage des Zusammenspiels des Protokolls mit anderen völkerrechtlichen Übereinkommen (TRIPs, ITPGRFA, etc.).

Wesentlich für den Erfolg der weiteren ABS-Verhandlungen wird es sein, die Erwartung der Vertragsparteien auf den Boden der Tatsachen zurückzuführen und die divergierenden Positionen Zug um Zug in einen praktikablen Konsens zu verwandeln. Die wesentlichen Problemkreise sind bereits von der Staatengemeinschaft über die intensive Arbeit in den unterschiedlichen ABS-Foren und durch die bis dato gesammelten Erfahrungen mit den regionalen und nationalen Zugangsregelungen identifiziert. Die Vertragsstaaten haben sich das zeitlich ehrgeizige Ziel gesetzt, das

Inkrafttreten des Nagoya Protokolls in 2014 zu erreichen. Es stellt sich die Frage, ob die Vertragsstaaten bei den vielen kontrovers diskutierten Kernpunkten dieses Ziel auch erreichen werden.

Auf der 11. Vertragsstaatenkonferenz im Oktober 2012 in Hyderabad, Indien,¹⁴³² konzentrierten sich die Verhandlungen zum Nagoya Protokoll allein auf formelle Aspekte. Die Beschlussempfehlungen der beiden vorbereitenden Sitzungen des zwischenstaatlichen Ausschusses zum Nagoya Protokoll (ICNP 1¹⁴³³ und ICNP 2¹⁴³⁴) wurden von den Vertragsstaaten angenommen. Allein zum Thema eines möglichen Ausgleichsmechanismus nach Art. 10 NP bestand Verhandlungsbedarf, wobei im Ergebnis die Gestaltung des weiteren Prozesses zu diesem Thema auf die Agenda für die für Februar 2014 anberaumte dritte Sitzung des zwischenstaatlichen Ausschusses einvernehmlich gesetzt wurde.

Die Erarbeitung einer praktikablen Lösung, um den Zugang zu genetischen Ressourcen und diese betreffendes traditionelles Wissen und die interessensgerechte Verteilung anfallender Vorteile nachhaltig nach effektiven rechtlichen Regeln und zu fairen und gerechten Bedingungen zu gestalten, hängt mehr vom politischen Willen der Vertragsstaaten als von formal juristischen Hürden ab, zumal diese vom bereits vorhandenen Sachverstand auf diesem Gebiet hinreichend bewältigt werden können. Die Erwartung durch ein solches Regime, die Fälle widerrechtlicher Aneignung und Verwendung von genetischen Ressourcen und/oder damit verbundenem

¹⁴³² Die 11. Vertragsstaatenkonferenz fand vom 8. bis zum 19. Oktober 2012 in Hyderabad, Indien, statt. Der Endbericht, UNEP/CBD/COP/11/35, *Report of the Eleventh Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity* vom 5. Dezember 2012.

¹⁴³³ Die erste Sitzung des zwischenstaatlichen Ausschusses zum Nagoya Protokoll (*Intergovernmental Committee for the Nagoya Protocol*, ICNP 1) fand vom 5. bis zum 10. Juni 2011 in Montreal, Kanada, statt. Der Endbericht, UNEP/CBD/ICNP/1/8, *Report of the First Meeting of the Open-Ended Ad Hoc Intergovernmental Committee for the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization*, vom 21. Juni 2011 kann abgerufen werden unter <http://www.cbd.int/doc/meetings/abs/icnp-01/official/icnp-01-08-en.pdf>.

¹⁴³⁴ Die zweite Sitzung des zwischenstaatlichen Ausschusses zum Nagoya Protokoll (*Intergovernmental Committee for the Nagoya Protocol*, ICNP) fand vom 2. bis zum 6. Juli 2012 in Neu Delhi, Indien, statt. Bei dieser Sitzung standen die formale und technische Umsetzung des Protokolls im Vordergrund. Die Agenda umfasste folgende Schwerpunkte: *Clearing-House-Mechanismus* gem. Art. 14 NP, der internationale Mechanismus zur Erfüllungskontrolle bezogen auf das Nagoya Protokoll (*Compliance* mit dem NP, Art. 30 NP), der Finanzierungsmechanismus des Nagoya Protokolls sowie formale Fragen eines möglichen Ausgleichsmechanismus nach Art. 10 des Nagoya Protokolls. Ebenfalls angesprochen worden sind Maßnahmen zur Bewusstseins-schärfung (*Awareness Raising*), zur Ressourcenmobilisierung (*Resource Mobilization*) und zum Kapazitätenaufbau. Der Endbericht des ICNP 2 vom 26. Juli 2012, UNEP/CBD/COP/11/6, *Report of the Second Meeting of the Open-Ended Ad Hoc Intergovernmental Committee for the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization*, kann abgerufen werden unter <http://www.cbd.int/doc/meetings/abs/icnp-02/official/icnp-02-cop-11-06-en.pdf>.

traditionellen Wissen fair und gerecht zu lösen, ist weiterhin hoch. Die Vertragsstaaten sollten alle möglichen Alternativen, die bereits existierende und neue internationale Konventionen schaffen könnten, objektiv ausloten, um eine nachhaltige und gerechte Lösung für diese Fälle gemeinsam zu erarbeiten.

Literaturverzeichnis

Sämtliche im Literaturverzeichnis und im Text der Arbeit angegebenen Internetadressen sind überprüft und zuletzt im Dezember 2012 abgerufen worden. Die in der Arbeit verwendeten Dokumente der OAS, der WIPO, der WHO, der WTO, der UN und der UNDP waren zu diesem Zeitpunkt unter Eingabe der angeführten Dokumentennummer und/oder des Titels auf den Internetseiten dieser Organisationen (<http://www.oas.org>, <http://www.wipo.int>, <http://www.who.int>, <http://www.wto.org>, <http://www.un.org>, <http://www.cbd.int>) abrufbar.

Adle, Reid G., Can Patents Coexist with Breeder's Rights? Developments in U.S. and International Biotechnology Law, 17 IIC (1986), S. 195–227.

Abrens, Claus, Genpatente – Rechte am Leben? Dogmatische Aspekte der Patentierbarkeit von Erbgut, GRUR 2003, S. 89–97.

Alfredsson, Gudmundur, The Right of Self-determination and Indigenous Peoples, in: *Tomuschat, Christian* (Hrsg.), Modern Law of Self-Determination. Dordrecht: M. Nijhoff Publ., 1993, S. 41–54.

Amradha, R. V., In Search of knowledge and Resources: Who sows? Who Reaps?, RECIEL 6 (1997), S. 263–273.

- Armbrüster, Christian*, Kommentierung zu § 134 und § 138 BGB in Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, Teilband 1 (§§1–240), 5. Auflage, München 2006.
- Armitage, Edward*, Updating the European Patent Convention, GRUR Int. 1990, S. 662–666.
- Aroya Orellana, Manuel*, El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, in: *Zelada Castedo, Alberto/BID/INTAL* (Hrsg.), Derecho de la integración económica regional, lecturas seleccionadas, Bd., 1, Buenos Aires 1989.
- Arvigo, Rosita*, Mein Leben als Medizinfrau, deutsche Ausgabe, Bergisch Gladbach 1999.
- Astudillo Gómez, Francisco*, La Protección Legal de las Invenciones – Especial Referencia a la Biotecnología, 2. Aufl., Mérida, Barcelona, 2004.
- Aurora Research Institute*, Doing Research in the Northwest Territories: A Guide for Researchers (Aurora Research Institute: Inuvik, NWT, 2011). Text abrufbar unter <http://www.nwtresearch.com/docs/guide/doing-research-in-the-northwest-territories.pdf>.
- Avendaño Cisneros, Juan Luis/Pacón, Ana María/Ruiz, Gonzalo/Venero, Begoña (INDECOPI)*, Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas (y algunas reflexiones sobre la regulación del acceso a los recursos genéticos), documento de trabajo No. 010-2000, área de Estudios Económicos del INDECOPI, Lima 2000 (<http://bvirtual.indecopi.gob.pe/doctra/2000/d00010.pdf>). Zitiert als „INECOPI, Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas“).
- Azevedo, Cristiana Maria do Amaral*, A Regulamentação do acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados no Brasil, Biota Neotropica, Vol. 5, Nr. 1, S. 1–9, 2005. <http://www.biotaneotropica.org.br/v5n1/pt/fullpaper?bn00105012005+en>.
- Azevedo, Cristiana Maria do Amaral/Azevedo, Eurico de Andrade*, A trajetória inacabada de uma regulamentação, Revista Eletrônica ComCiência, SBPC, No. 26, 2001, <http://www.comciencia.br/reportagens/biodiversidade/bio11.htm>.
- Azevedo, Cristiana Maria do Amaral/Lavratti, Paula Cerski/Moreira, Teresa C.*, A Convenção sobre Diversidade Biológica no Brasil: considerações sobre sua implementação no que tenha acesso ao patrimônio genético, conhecimentos tradicionais associados e repartição de benefícios, Revista de Direito Ambiental No. 37, 2005, S. 113–143.

- Bai, J. Benjamin*, Protecting Plant Varieties under TRIPS and NAFTA: Should Utility Patents Be Available for Plants?, *Texas Intl'L. J.* 32 (1997), S. 139 ff.
- Banco Central de Bolivia* (Hrsg.): Decisiones del Acuerdo de Cartagena, La Paz 1976.
- Barber, Charles* (Hrsg.), User Measures: Options for Developing Measures in User Countries to Implement the Access and Benefit Sharing Provisions of the Convention on Biological Diversity, UNU/IAS, Japan, 2003.
- Barros Charlín, Raymundo*, Análisis comparativo de los Tratados de Montevideo 1960 y 1980, *Integración Latinoamericana* Nr. 50 (1980), S. 30–48.
- Barsh, Russel Lawrence*, Is the Expropriation of Indigenous Peoples' Land GATT-able?, *RECIEL* 10 (2001), S. 13–26.
- Bass, Susan/Ruiz Muller, Manuel*, Protegiendo la Biodiversidad: Leyes Nacionales que regulan al acceso a los recursos genéticos en el continente americano, 2001.
- Beier, Friedrich-Karl/Moufang, Rainer*, Vom deutschen zum europäischen Patentrecht – 100 Jahre Patententwicklung im Spiegel der Grünen Zeitschrift, Band 1, in: *Beier, Friedrich-Karl* (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Weinheim 1991, S. 241–321, 1992.
- Benavidez, Paz J.*, Philippines: Evolving Access and Benefit-Sharing Regulations, in: Carrizosa/Brush/Wright/McGuire (Hrsg.), Accessing Biodiversity and Sharing of the Benefits: Lessons from Implementing the Convention on Biodiversity, IUCN Environmental Policy Law Paper No. 54, Rheinbreitbach 2004, S. 153–176. <http://www.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/EPLP-054.pdf>.
- Bendomir-Kahlo, Gabriele*, CITES: Washingtoner Artenschutzübereinkommen – Regelung und Durchführung auf internationaler Ebene und in der Europäischen Gemeinschaft; (Beiträge zur Umweltgestaltung A, Band 116), Berlin 1989.
- Benkard, Georg* (Hrsg.), Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Kommentar, 10. Auflage, München 2006.
- Europäisches Patentübereinkommen, Kommentar, 1. Auflage, München 2002.
- Berman, Howard R.*, „Introductory Note“ for the Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, in: *I.L.M.* 34 (1995), 541 ff.
- Bernstein, William*, A Splendid Exchange. How Trade Shaped the World. London: Atlantic Books 2009.

Beyerlin, Ulrich, Umweltvölkerrecht, München 2000.

— Rio-Konferenz 1992: Beginn einer globalen Umweltrechtsordnung?,
ZaöRV 1994, S.124–149.

Biber-Klemm, Susette/Cottier, Thomas (Hrgs.), Rights to Plant Genetic Resources and Traditional Knowledge: Basic Issues and Perspectives. World Trade Institute, UK, 2006.

Bieneck, Klaus, Die Außenwirtschaftsstrafrechts-Novelle – Ein Überblick über die wichtigsten Neuerungen des 12. Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung vom 28. 3. 2006, NStZ, S. 600–614.

Birthe Ivars, Gudrun Schneider, Norwegian ABS Legislative Developments in: Bulletin of the University of California, Davis ABS Project, Spring 2005.

Bodeker, Gerald, Traditional Medical Knowledge, Intellectual Property Rights & Benefit Sharing, Cardozo Journal of International and comparative Law 11 (2003), S. 785–812.

Brandi-Dohrn, Matthias/Gruber, Stephen/Muir, Jan, Europäisches und Internationales Patentrecht, 5.Auflage, 2002.

Bruchhausen, Karl/Nirk, Rudolf/Ullmann, Elke, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: Bd 1: Patent-, Gebrauchsmuster- und Sortenschutzrecht, 2. Aufl. 1999 (zitiert als: Bruchhausen, Patent-, Gebrauchsmuster- und Sortenschutzrecht, ...).

Burger, Julian, Indigenous Peoples and the United Nations, in: *Price Cohen, Cynthia* (Hrsg.), The Human Rights of Indigenous Peoples, Ardsley, New York, 1998, S. 3–16.

Busche, Jan, Die Patentierung biologischer Erfindungen nach Patentgesetz und EPÜ, GRUR Int 1999, S. 299–306.

Busche, Jan/Stoll, Peter-Tobias, TRIPs – Internationales und Europäisches Recht des geistigen Eigentums, 1. Auflage 2007.

Busse, Rudolf, Patentgesetz unter Berücksichtigung des Europäischen Patentübereinkommens und des Patentzusammenarbeitsvertrags; mit Patentkostengesetz, Gebrauchsmustergesetz und Gesetz über den Schutz der Topographien von Halbleitererzeugnissen, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen und Gesetz über international Patentübereinkommen; Kommentar, 6 Auflage, Berlin, 2003.

Cabrera Medaglia, Jorge, Bioprospecting Partnerships in Practice: A Decade of Experiences at INBIO in Costa Rica, IP Strategy Today No. 11, 2004, S. 27–40.

- Costa Rica: Legal Framework and Public Policy, in: Accessing Biodiversity and Sharing of the Benefits: Lessons from implementing the Convention on Biodiversity, IUCN Environmental Policy Law Paper No. 54, Rheinbreitbach 2004, <http://www.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/EPLP-054.pdf>.
 - Premisas, principios y contenidos de una ley marco sobre la biodiversidad biológica, Revista Iustitia No. 132 (1997), S. 17–30.
 - Derechos de propiedad intelectual y recursos genéticos, 1995 (Berlin ibero).
- Caillaux, Jorge/Ruiz, Manuel/Tobin, Brendan*, El Régimen Andino de Acceso a los Recursos Genéticos. Lecciones y Experiencias, 1999, SPDA, WRI. Lima, Perú.
- Carbuccia, Carolina*, National Access and Legislation: An Updated Survey, in: *Wolfrum, Rüdiger/Stoll, Peter-Tobias* (Hrsg.), European Workshop on Genetic Resources Issues and Related Aspects – Access and Benefit sharing, Intellectual Property Rights, Ex-Situ Collections Proceedings and Materials; Berichte des Umweltbundesamtes Band 5/00, Berlin 2000, S. 19–58.
- Carrizosa Posada, Santiago*, La bioprospección y el acceso a los recursos genéticos: una guía práctica, Bogotá 2000 (Berlin ibero).
- Casas Izasa, Adriana*, Recursos genéticos, biodiversidad y derecho: Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena, Bogotá 1999 (Berlin ibero).
- Ceccantini, Gregório*, Is research being stifled by Brazilian laws regarding genetic resources and biodiversity protection? in: *Feit, Ute/von den Driesch, Marliese/Lobin, Wolfram* (Hrsg.), Access and Benefit-Sharing of Genetic Resources. Ways and means for facilitating biodiversity research and conservation while safeguarding ABS provisions. BfN-Skripten 163, Bundesamt für Naturschutz, Bonn 2005, S. 93–96.
- Centre for International Sustainable Development Law (CISDL)*, Overview of the National and Regional Implementation of Access to Genetic Resources and Benefit-sharing Measures, Preliminary Draft, 2005, http://cisdl.org/public/docs/news/CISDL_ABS_Imp_Study_final.pdf.
- Overview of the National and Regional Implementation of Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing Measures, Third Edition, 2005.
- Chambers, W. Bradnee*, Emerging international Rules on the Commercialization of Genetic Resources. The FAO International Plant Genetic Treaty and CBD Bonn Guidelines, The Journal of World Intellectual Property 6 (2003), S. 311–328.
- Chaparro Alfonso, Julio*, Manual de la Integración Andina, 4. Auflage, Caracas 1978.

Chisum, Donald S./Nard, Craig A./Schwartz, Herbert/Newman, Pauline/Kieff, F. Scott, Principles of Patent Law, Cases and Material, 2. Auflage, 2001.

Columbia University, School of International and Public Affairs, Access to Genetic Resources: An Evaluation of the Development and Implementation of Recent Regulation and Access Agreements, Environmental Policy Studies, Working Paper #4, The Tides Center – Biodiversity Action Network, 1999.

Commission on Intellectual Property Rights (CIPR), Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, Report of the Commission on Intellectual Property Rights, London September 2002, <http://www.iprcommission.org>.

Comunidad Andina de Naciones (CAN), Estrategia Regional de Biodiversidad – Protección, Recuperación y Difusión de Conocimientos y Prácticas Tradicionales. Documento preliminar para la revisión de los países, preparado por: consorcio GTZ/FUNDECO/IE, La Paz, Bolivia, 2 de Julio de 2001. Text abrufbar unter: <http://www.comunidadandina.org/desarrollo/Tradicionales.PDF>.

Comunidad Andina de Naciones/Banco Interamericano de Desarrollo, Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino – IV Taller Regional – Acceso a Recursos Genéticos, conocimientos Tradicionales y Distribución de Beneficios; Protección, Recuperación y Difusión de Conocimientos y Prácticas Tradicionales, (documento temático preparado por Consorcio GTZ/FUNDECO/IE), La Paz, Bolivia 2001.

Consejo Presidencial Andino, Secretaría General de la Comunidad Andina (Hrsg.), Documentos de las Reuniones del Consejo Presidencial Andino (1989–2002), Lima 2002.

Correa, Carlos Maria, The Politics and Practicalities of a Disclosure of Origin Obligation, Genf 2005.

- Establishing a Disclosure of Origin Obligation in the TRIPS Agreement, Buenos Aires 2003, <http://www.quno.org/geneva/pdf/economic/Occassional/Dec-of-Origin.pdf>.
- Traditional Knowledge and Intellectual Property, Issues and Options surrounding the Protection of Traditional Knowledge, Genf 2001 (zitiert als: Traditional Knowledge and Intellectual Property).
- Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries – The TRIPS Agreement and Policy Options, London/New York/Penang 2000.
- Implementing the TRIPs Agreement in Latin America and the Caribbean, EIPR 19 (1997), S. 435–443.

- Derechos de soberanía y de propiedad intelectual sobre los recursos genéticos, 1995 (Berlin ibero).
- Correa, Carlos Maria/Yusuf, Abdulqawi A.* (Hrsg.), Intellectual Property and International Trade, The TRIPS Agreement, London, 1998.
- Dale Beck/Atkin, William W.*, Andean Groups Program for Industrial Development of the Metalworking Sector: Integration with Due and Deliberate SPIP, Lawyer of the Americas Nr. 1 (1975), S. 29–61.
- Dalton, Rex*, Bioprospects less than golden, Nature Vol. 429 (10. Juni 2004), S. 598–600.
- De Carvalho, Nuno Pires*, The TRIPS Regime of Patent Rights, 2. Auflage, Den Haag 2005.
- Requiring Disclosure of Origin of Genetic Resources and Prior Informed consent in Patent Applications Without Infringing The TRIPS Agreement: The Problem and the Solution, Washington University Journal of Law and Policy Vol. 2 (2000), S. 371–400.
- De la Cruz, Roberto/Szauer, María Teresa/López, Roberto/Guinand, Luisa Elena* (Hrsg.), Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrals desde la perspectiva indígena. Caracas, Venezuela, May 2005. Der Text des Buches kann unter http://www.comunidadandina.org/public/libro_perspectiva_indigena.pdf abgerufen werden.
- Delgado, Gian Carlo*, Biopiracy and Intellectual Property as the Basis for Biotechnological Development: The Case of Mexico, International Journal of Politics, Culture and Society Vol. 16, No. 2 (2002), S. 297–318.
- Demangue, Sabine*, Rights to Plant Genetic Resources and Traditional Knowledge: Basic Issues and Perspectives, Bern, 27. – 29.04.2003, GRUR Int. (2003), S. 720–722.
- Dhar, Biswajit*, The Convention on Biological diversity and the TRIPS Agreement: compatibility or conflict?, in: *Bellmann, Christophe/Dutfield, Graham/Meléndez-Ortiz, Ricardo* (Hrsg.), Trading in Knowledge – Development Perspectives on TRIPS, Trade and Sustainability, London/Sterling 2003, S. 77–88.
- Dolder, Fritz*, Patente auf der Grundlage biologischer Ressourcen aus Entwicklungsländern, Mitt. 2003, S. 349–372.
- Patente auf der Grundlage traditioneller Kenntnisse indigener Gemeinschaften, in: *Ann, Christoph et al.* (Hrsg.), Materielles Patentrecht, Festschrift für Reimar König zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 2003, S. 81 ff.

- Downes, David*, How Intellectual Property Could be a Tool to Protect Traditional Knowledge, *Colum. J. Envtl. L.* (2000), S. 253 ff.
- Drahos, Peter*, The TRIPS Reviews and the CBD: A Dress Rehearsal?, in: *Drahos, Peter/Blackeney, Michael* (Hrsg.), *IP in Biodiversity and Agriculture: Regulating the Biosphere*, London 2001, S. 53–67.
- Dreher, Eduard/Tröndle, Herbert*, *Strafgesetzbuch, Beck'sche Kurz-Kommentar, Band 10; STGB und Nebengesetze*, 56. Auflage 2008.
- Drexler, Josef*, Nach „GATT und WIPO“: Das TRIPs-Abkommen und seine Anwendung in der Europäischen Gemeinschaft, *GRUR Int.* 1994, S. 777 ff.
- Dross, Miriam/Wolff, Franziska*, *New Elements of the International Regime on Access and Benefit-Sharing of Genetic Resources – the Role of Certificates of Origin*, Bonn 2005.
- Dutfield, Graham*, Developing and Implementing National Systems for Protecting Traditional Knowledge: A Review of Experiences in Selected Developing Countries, in: *Twarog, Sophia/Kapoor, Promila* (Hrsg.), *Protecting and Promoting Traditional Knowledge: Systems, National Experiences and International Dimensions*, New York/Genf 2004, S. 141–153.
- Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge, London, Sterling, 2004.
 - What is Biopiracy? – Document presented at the Expert Workshop on Access and Benefit-Sharing, Cuernavaca, Mexico, October 2004.
 - ¿Qué es la Biopiratería?, in: *CONABIO*, Taller Internacional de Expertos sobre el Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios, Cuernavaca (México), 2004, S. 103–106, http://www.conabio.gob.mx/institucion/cooperacion_internacional/doctos/abs-espanol.pdf.
 - Developing and Implementing National Systems for Protecting Traditional Knowledge: A Review of Experiences in Selected Countries, 2000, UNCTAD Expert Meeting on Systems and Experiences for Protecting Traditional Knowledge, Innovations and Practices, Geneva 30 October – 1 November 2000), http://r0.unctad.org/trade_env/docs/dutfield.pdf. Siehe auch zum selben Workshop: UN-Dok. TD/B/COM.1/EM.13/2 vom 11. August 2000 (<http://www.unctad.org/en/docs/clem13d2.en.pdf>).
 - Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity – Seeds and Plant Varieties, London, 2000.
 - The Public and Private Domains: Intellectual Property Rights in Traditional Knowledge, *Science Communication* 21, 3 (2000).

- Earth Negotiations Bulletin*, Resumed Ninth Meeting of the Working Group on Access and Benefit-Sharing of the Convention on Biological Diversity: 10–16 July 2010, Vol. 9 No. 520 (<http://www.iisd.ca/biodiv/rabs9/compilation.pdf>).
- Summary of the Ninth Meeting of the Working Group on Access and Benefit-Sharing of the Convention on Biological Diversity: 22–28 March 2010, Vol. 9 No. 503 (<http://www.iisd.ca/download/pdf/enb09503e.pdf>).
- Echandi, Roberto*, Regional Trade Integration in the Americas during the 1990s: Reflection of some Trends and their Implications for the Multilateral Trade System, *Journal of international Economic Law* (2001), S. 367–410.
- Eisner, Thomas*, Chemical Prospecting: A Proposal for Action, in: *Bormann, F. Herbert/Kellert, Stephen R.* (Hrsg.), *Ecology, Economics, Ethics: The Broken Circle*, New Haven 1991.
- Estrella, Jaime; Manosalvas, Rossana; Mariaca, Jorge*, Biodiversidad y recursos genéticos: una guía para su uso y acceso en el Ecuador, Quito 2005 (Berlin ibero).
- Favre, David S.*, *International Trade in Endangered Species: A Guide to CITES*, Martinus Nijhoff Publishers 1989 (zitiert als: *Favre*, *Guide to CITES*).
- Federle, Christina*, *Biopiraterie und Patentrecht*. Baden-Baden 2005.
- Feldges, Joachim*, Ende des absoluten Stoffschutzes? – Zur Umsetzung der Biotechnologie-Richtlinie, *GRUR* 2005 S. 977–984.
- Ferreira-Miani, Paola*, Colombia: Access and Exchange of Genetic Resources, in: *Carrizosa, Santiago/Brush, Stephen/Wright, Brian/McGuire, Patrick E.* (Hrsg.), *Accessing Biodiversity and Sharing the Benefits: Lessons from Implementing the Convention on Biological Diversity*, IUCN, Gland/Cambridge 2004, S. 79–100, <http://www.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/EPLP-054.pdf>.
- Ferrero Costa, Eduardo*, El derecho de la integración latinoamericana frente a la nueva década, con particular referencia a la integración subregional andina, in: *Orrego Vicuña, Francisco/Irigoin Barrenne, Jeannette/Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile* (Hrsg.), *Perspectivas del derecho internacional contemporáneo, experiencias y visión de América Latina*, Bd. III, Santiago de Chile 1981, S. 36–65.
- Fikentscher, Wolfgang/Ramsauer, Thomas*, Traditionswissen – Tummelplatz immateriälgüterrechtlicher Prinzipien, in: *Ganea, Peter/Hearth, Christopher/Schricker, Gerhard* (Hrsg.), *Urheberrecht, Gestern – Heute – Morgen*, Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2002, S. 25–41.

- Firestone, Laurel A.*, If you Say yes, I Say no; Defining Community Prior Informed Consent under the Convention on Biological Diversity, *Geo. Int'l Env'tl. L. Rev.* 16 (2003), S. 171–203.
- Gandarillas, Antonio*, The Impact of International Genetic Policy on Developing Countries: Lessons and challenges from the Andean Community; Auszug für den 26. International Horticultural Congress and Exhibition, Toronto, Canada, 11. – 17. August 2002, abrufbar unter http://pgrc3.agr.gc.ca/ecpmgr/app/2003_B.html#app14.
- Garay Salamanca, Luis Jorge*, Grupo Andino y proteccionismo, contribución a un debate, Santa Fé de Bogotá 1979.
- La concepción del Acuerdo de Cartagena, in: *Garay Salamanca, Luis Jorge/Pizano, Diego*, *El Grupo Andino: Objetivos, estrategia, mecanismos y avances*, Bogotá 1979.
- Garay Salamanca, Luis Jorge/Pizano, Salazar, Diego*, *El Grupo Andino: Objetivos, estrategia, mecanismos y avances*, Santa Fé de Bogotá, Colombia 1979.
- García Amador y Rodríguez, F. V.*, Some legal aspects of the Andean Economic Integration, in: *Wilner, Gabriel M.* (Hrsg.), *Jus et societas, essays in tribute to Wolfgang Friedmann*, The Hague, Boston, London 1979, S. 95–115.
- El ordenamiento jurídico andino – un nuevo derecho comunitario, Buenos Aires 1977 (Engl.: *The Andean Legal Order: A New Community Law*, 1978).
- Garforth, Kathryn*, An Overview of the Implementation of National and Regional ABS Measures in Eastern and Southern Africa (Prepared for GTZ as an outcome of the Regional ABS Capacity-Building Workshop for Eastern and Southern Africa, October 2005). Text abrufbar unter http://www.abs-initiative.info/uploads/media/KG_Implementation_paper_01.pdf.
- Gassner, Erich/Bendmir-Kablo, Gabriele/Schmidt-Räntsch, Annette*, *Bundesnaturschutzgesetz (BNATSCHG)*, 7. Auflage, München 2003.
- Gehl Sampath, Padmashree*, *Regulating Bioprospecting: Institutions for Drug Research, Access and Benefit-Sharing*, United Nations University Press, Tokyo, New York, Paris, 2005.
- Defining Intellectual Property Right on Traditional Medicinal Knowledge: A Process-Oriented Perspective, *Journal of World Intellectual Property* September 2004.
- Gellermann, Martin*, Biotop- und Artenschutz, in: *Rengeling, Hans-Werner* (Hrsg.), *Handbuch des europäischen und deutschen Umweltrechts (EU-DUR) II/1*, 2. Auflage, Köln u.a. 2003.

- Generalsekretariat Comunidad Andina de Naciones (CAN)*, Comunidad Andina: avances y perspectivas – Informe de la Secretaría General de la Comunidad Andina 2005–2006 del 15.09.2006, abrufbar unter <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/DInformativos/SGdi800.pdf>.
- German-Castelli, Pierina*, Diversidade Biocultural: Direitos des Propriedade Intelectual versus Direitos dos Recursos Tradicionais, Rio de Janeiro 2004.
- Gervais, Daniel*, Traditional knowledge & Intellectual Property: A TRIPS-Compatible Approach, Michigan State Law Review (2005), S. 137–166.
- The TRIPS Agreement, Drafting History and Analysis, 2nd Edition, London, 2003 (zitiert als TRIPS).
- Traditional Knowledge: A challenge to the international Intellectual Property System, International Intellectual Property Law and Policy 7 (2001), 76-1.
- Gibson, Enrique Aimone*, ALALC y ALADI Comparación entre dos intentos de integración económica en Latinoamérica, función y alcance de la cláusula de la nación más favorecida, in: *Lüke, Gerhard/Ress, Georg/Will, Michael R.* (Hrsg.), Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration, Gedächtnisschrift für León-tin-Jean Constantinesco, 1983, S. 1–7.
- Glowka, Lyle*, Emerging Legislative Approaches to Implement Art. 15 of the Convention on Biological Diversity, RECIEL 6 (1997), S. 249–262.
- Glowka, Lyle/Burhenne-Guilmin, Françoise/Synge, Hugh* (in Zusammenarbeit mit Jeffrey A. McNeely und Lothar Gündling), A guide to the Convention on Biological Diversity, International Union for the Conservation of Nature (IUCN), Environmental Policy and Law Paper No. 30, Cambridge, Gland 1994.
- Goebel, Burkhardt*, Pflanzenpatente und Sortenschutzrechte im Weltmarkt – Zugleich ein Beitrag zur Revision des Art. 27 Abs. 3 b) TRIPS-Übereinkommen, Berlin 2001.
- González Sánchez, Patricia/Duque, Sandra*, Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos: Biodiversidad y Separación de sus Componentes Tangibles e Intangibles. Investigación presentada al Comité para el Desarrollo de la Investigación de la Universidad de Antioquía. Abril de 2010. Colombia.
- Götting, Horst-Peter*, Biodiversität und Patentrecht, GRUR Int. (2004), S. 731–736.
- Granell, Francisco*, Realizaciones y futuro de la CEE y su paralelismo con el Grupo Andino, Integrat. Lat. Nr. 38 (1979), S. 45–51.

- Gray, Andrew*, The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples is Still Intact, in: IWGIA (Hrsg.), The Indigenous World 1998–1999, Copenhagen, S. 355–372.
- Greenpeace*, Gene, Monopole und „Life-Industry“ – Eine Dokumentation über die Patentierung von Leben, Hamburg 1999.
- Grote, Rainer*, The Status and Rights of Indigenous Peoples in Latin America, *ZaöRV* Bd. 59 (1999), S. 497–528.
- Grubb, Philip W.*, Patents for Chemicals, Pharmaceuticals and Biotechnology – Fundamentals of Global Law, Practice and Strategy, 3. Auflage, Oxford 1999.
- Hassemer, Michael*, Genetic Resources, in: *Lewinski* (Hrsg.), Indigenous Heritage and Intellectual Property – Genetic Resources, Traditional knowledge and Folklore, Den Haag/London/New York, 2004.
- Heath, Christopher*, Bedeutet TRIPS wirklich eine Schlechterstellung von Entwicklungsländern, *GRUR Int.* (1996), S. 1169–1185.
- Heath, Christopher/Weidlich, Sabine*, Intellectual Property: Suitable for Protecting Traditional Medicine?, *IPQ* No. 1 (2003), S. 69–96.
- Helper, Laurence R.*, Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking, *Yale Journal of International Law* 29 (2004), S. 1–83.
- Henne, Gudrun*, Genetische Vielfalt als Ressource – Die Regelung ihrer Nutzung, Baden-Baden 1998.
- “Mutually Agreed Terms” in the CBD: Requirements under Public International Law, in: *Mugabe, John/Barber, Charles Victor/La Viña, Antonio* (Hrsg.), Access to Genetic Resources – Strategies for Sharing Benefits, Nairobi 1997, S. 71–91.
- Herdegen, Matthias*, Internationales Wirtschaftsrecht, 5. Auflage, München 2005.
- Hernández Munguía, Javier*, Política, derecho a acceso a recursos genéticos, Managua 2002.
- Hill, Antonio B.*, International markets for genetic resources: opportunities for Colombia, *International Journal of Biotechnology* Vol. 2, Nos. 1/2/3 (2000), S. 189–204.
- Hilpert, Hans Günther*, TRIPS und das Interesse der Entwicklungsländer am Schutz von Immaterialgüterrechten in ökonomischer Sicht, *GRUR Int.* (1998), S. 91–99.

- Hönn, Günther*, Kompensation gestörter Vertragsparität. Ein Beitrag zum inneren System des Vertragsrechts, München 1982.
- Hubmann, Heinrich/Götting, Horst-Peter*, Gewerblicher Rechtsschutz: Ein Studienbuch, 7. Aufl. 2002.
- Hummer, Waldemar*, Rechtsfragen aus Anlass der Sukzession der ALALC durch die ALADI, in: *Lüke, Gerhard/Ress, Georg/Will, Michael R.* (Hrsg.), Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration, Gedächtnisschrift für Leóntin-Jean Constantinesco, 1983, S. 259–282.
- „Die Lateinamerikanische Integrationsassoziation“ (ALADI) als Rechtsnachfolger der „Lateinamerikanischen Freihandelsassoziation“ (ALALC), Verfassung und Recht in Übersee 13 (1980), S. 361–370.
- Neueste Entwicklungen im fortschreitenden Integrationsprozeß in Lateinamerika, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart Neue Folge 29 (1980), S. 527–563.
- Hunter, David/Salzman, James/Zaelke, Durwood*, International Environmental Law and Policy, New York 1998.
- Ibisch, Pierre L.*, Access and benefit-sharing regulations in Bolivia: consequences for research and biodiversity conservation, in: *Feit, Ute/von den Driesch, Marliese/Lobin, Wolfram* (Hrsg.), Access and Benefit-Sharing of Genetic Resources. Ways and means for facilitating biodiversity research and conservation while safeguarding ABS provisions. BfN-Skripten 163, Bundesamt für Naturschutz, Bonn 2005, S. 65–73.
- INEFAN*, Informe Interino a la Secretaría del Convenio de Diversidad Biológica sobre la Aplicación del Artículo 6, 1998.
- Institute Alexander von Humboldt (Instituto de Investigación de Recursos Biológicos „Alexander von Humboldt“)*, Technical Proposal for Policy on Access to Sustainable Use of Genetic Resources in Colombia, Bogotá 2004.
- Colombia Megadiversa. Cinco años explorando la riqueza de un país megadiverso, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 2000.
- Instituto de Derecho Público, Sección de Integración* (Hrsg.), La problemática jurídica e institucional del Acuerdo Subregional Andino: Mesa Redonda 11.–15.5.1970, Revista de la facultad de derecho (Caracas) Nr. 47 (1970), S. 117–129.
- Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales* (Hrsg.): Derecho de la Integración Latinoamericana, Ensayo de Sistematización, Buenos Aires 1969.

Instituto Nacional Autónomo de Investigaciones Agropecuarias, Estado de los Recursos Fitogenéticos para la Agricultura y la Alimentación en Ecuador, Gobierno Nacional de la República del Ecuador. Quito, Ecuador, 2008.

INTAL/BID (Hrsg.), Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en los países de la ALADI, Buenos Aires, 1985, VII-Grupo Andino, Vol. 1, S. 1 ff.

IUCN, The ABS-Project – Fact, Expertise and Coherence in ABS-Implementation, 2004.

Jain, Meetali, Global Trade and the New Millennium: Defining the Scope of Intellectual Property Protection of Plant Genetic Resources and Traditional Knowledge in India, *Hastings International and Comparative Law Review* 22 (1999), S. 777–819.

Jans, Jan/von der Heide, Ann-Kathrin, Europäisches Umweltrecht, Groningen 2003.

Junta del Acuerdo de Cartagena (Hrsg.), Armonización de políticas macroeconómicas en el Grupo Andino, Integr. Lat. Nr. 192 (1993), S. 41–52.

— Decisiones 1–90, Bd. 1, Lima 1982.

— Mecanismos de la integración andina, Lima 1982.

— Programa sectorial de desarrollo de la industria automotriz, Lima 1978.

Junta del Acuerdo de Cartagena/BID/INTAL (Hrsg.): Historia Documental del Acuerdo de Cartagena, Buenos Aires 1974.

Kamau, E. C./Winter, G. (Hrsg.), Genetic Resources, Traditional Knowledge and the Law – Solutions for Access and Benefit Sharing, London, Sterling, 2009.

Keating, Dominic, Access to Genetic Resources and Equitable Benefit Sharing though a new Disclosure Requirement in the Patent System: an Issue in Search of a Forum, *J. Pat. & Trademark Off. Soc'y* 87 (2005), S. 525–547.

Keukenschrijver, Alfred, Patentnichtigkeitsverfahren, 3. Auflage, Köln, München, 2008.

Kisi, Sandra A. S., PIC in Access to TK in Brazil, in: *Kamau, Evanson/Winter, Gerd* (Hrsg.): Genetic Resources, Traditional Knowledge and the Law – Solutions for Access and Benefit Sharing, London, Sterling, 2009, S. 311 – 325.

Klaffenböck, Gertrude/Lachkovics, Eva/Südwind Agentur (Hrsg.), Biologische Vielfalt. Wer kontrolliert die globalen genetischen Ressourcen? Frankfurt, Wien 2001 (zitiert als: Klaffenböck et al.).

Kleine, Tatjana/Klingelhöfer, Thomas, Biotechnologie und Patentrecht – Ein aktueller Überblick, *GRUR* (2003), S. 1–10.

- Knopp, Werner*, Internationale Zusammenarbeit im Gewerblichen Rechtsschutz: Triumph einer Idee, GRUR Int. (1997), S. 583–588.
- Kolodziejczok, Karl-Günther/Recken, Josef/Apfelbacher, Dieter/Iven, Klaus*, Naturschutz, Landschaftspflege und einschlägige Regelungen des Jagd- und Forstrechts, 2 Bände, Stand: 53 Lfg. 2006 (zitiert als: *Kolodziejczok/Recken/Apfelbacher/Iven*, Kennzahl).
- Korn, Horst*, Institutioneller und instrumentaler Rahmen für die Einhaltung der Biodiversität, in: *Wolff, Nina/Köck, Wolfgang* (Hrsg.), 10 Jahre Übereinkommen für die biologische Vielfalt – Eine Zwischenbilanz, Baden-Baden 2004, S. 36–54.
- Kraßer, Rudolf*, Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalem Privatrecht, München 2009.
- Erweiterung des patentrechtlichen Erfindungsbegriffs? GRUR (2001), S. 959 ff.
- Erfinderrecht und Widerrechtliche Entnahme in: *Forkel, Hans/Kraft, Alfons* (Hrsg.), Festschrift Heinrich Hubmann, Frankfurt a. M. 1985.
- Kresalja, Baldo Roselló*, Los objetivos del derecho de Patentes: Notas sobre su evolución, *Thémis* 36 (1997), S. 155–173.
- Krüger-Nieland/Zöller*, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 12. Auflage, 1982.
- Kühn, Werner Miguel*, Die Andengemeinschaft. Juristische Aspekte der internationalen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und lateinamerikanischen Integrationssystemen im Zeitalter des neuen Regionalismus, Aachen 2003.
- Laird, Sarah A.*, Contracts for Biodiversity Prospecting, in: *Reid, Walter V./Laird, Sarah A./Gómez, Rodrigo/Sittenfeld, Ana/Janzen, Daniel H./Gollin, Michael A./Juma, Calestons*, Biodiversity Prospecting, USA 1993, S. 99–130.
- Lâm, Maivân Clech*, The Indigenous Assertion of Self-Determination at the United Nation. In: *dies.*, At the Edge of State: Indigenous Peoples and Self-Determination. Ardsley N. Y.: Transnational Publ., 2000, S. 41–84.
- Lapeña, Isabel; Ruiz Muller, Manuel* (Hrsg.), Acceso a recursos: propuesta e instrumentos jurídicos, Lima – Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2004 (Berlin ibero).
- Leistner, Matthias*, Protection of Traditional knowledge of indigenous Peoples, in: *Lewinski* (Hrsg.), Indigenous Heritage and Intellectual Property – Genetic

Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Den Haag/London/New York, 2004.

Leoro Franco, Galo, Los aspectos e instrumentos políticos de la integración andina, in: *Secretaría General/Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA* (Hrsg.), IX Curso de derecho internacional, Bd. 2, Washington 1983, S. 125–167.

Leu, Hans-Joachim, Andean Common Market, in: *Encyclopedia of Public International Law*, Bd. 6, Amsterdam, New York, Oxford 1983.

Levy, Charles S., Implementing TRIPS – A Test of Political Will, Law and Policy in International Business 31 (2000), S. 789–795 (zitiert als: Implementing TRIPS).

Lewinski, Silke von (Hrsg.), Indigenous Heritage and Intellectual Property – Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Den Haag/London/New York 2004 (zitiert als: Bearbeiter, in: *Lewinski* (Hrsg.), Indigenous Heritage and Intellectual Property).

Lima, André/Baptista, Fernando Mathias/Bensusan, Nurit, Direitos intelectuais coletivos e conhecimentos tradicionais, in: *Lima, André/Bensusan, Nurit* (Hrsg.), Quem cala consente, Subsídios para proteção aos conhecimentos tradicionais, São Paulo 2003, S. 203–213.

List, Martin/Rittberger, Volker, Regime Theory and International Environmental Management, in: *Hurrell, Andrew/Kingsbury, Benedict* (Hrsg.), The International Politics of the Environment, Oxford 1992, S. 85–109.

Longacre, Elizabeth, Advancing Science while Protecting Developing Countries from Exploitation of their Resources and Knowledge, Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 13 (2003), S. 963–1018.

Lorz, Albert/Müller, Markus/Stöckel, Heinz, Naturschutzgesetz: mit Artenschutz und Europarecht /internationales Recht, Band 41 von Besch'sche Kurz-Kommentare, 2. Auflage, München 2003.

Louis, Hans W./Engelke, Annegret, BNatSchG, Kommentar, 2. Auflage, Braunschweig 2000

Mariaca, Jorge, Acceso a los Recursos Genéticos, Vortrag anlässlich eines Workshops über „Acceso a Recursos Genéticos, conocimientos y Prácticas tradicionales y Distribución de Beneficios“ des Generalsekretärs der Andengemeinschaft, gehalten auf der Isla Margarita/Venezuela, Juli 2001, abrufbar unter http://www.comunidadandina.org/desarrollo/t4_potencial.htm.

Marins Adiers, Cláudia, A Propriedade Intelectual a Proteção da Biodiversidade e dos Conhecimentos Tradicionais, Revista da ABPI No. 56 (2002), S. 48–65.

- Markowski, Andreas*, Der Gewerbliche Rechtsschutz in den Ländern der Andengemeinschaft, Baden Baden, 2004.
- Marwege, Renata*, Der Andengerichtshof: Das Rechtsschutzsystem des Andenpaktes mit vergleichenden Bezügen zum Recht der Europäischen Gemeinschaft, Berlin 1995.
- Marwege, Renata/Samtleben, Jürgen*, Wirtschaftliche Integration und gewerbliche Schutzrechte in der Rechtsprechung des Andengerichtshofs, GRUR Int. (1993), S. 279–291.
- Medicus, Dieter*, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., Heidelberg 2007.
- Meier, Klaus*, Ökologische Aspekte des Schuldvertragsrechts: Überlegungen zur vertragsrechtlichen Regulierung von Umweltrisiken, Berlin 1995.
- Merges, Robert Patrick*, Patent Law and Policy: Cases and Materials, 3. Auflage, Newark et al. 2002.
- Mes, Peter*, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz – Kommentar, 2. Auflage, 2005.
- Meyer, Anja*, International Environmental Law and Human Rights: Towards the Explicit Recognition of Traditional Knowledge, RECIEL 10 (2001), S. 37–46.
- Intellectual Property Rights and the Conservation and Sustainable Use of Biodiversity, in: *Wolfrum, Rüdiger/Stoll, Peter-Tobias* (Hrsg.), European Workshop on Genetic Resources Issues and Related Aspects – Access and Benefit Sharing, Intellectual Property Rights, Ex-situ Collections Proceedings and Materials; Berichte des Umweltbundesamtes Band 5/00, Berlin 2000, S. 123–132.
- Mgbeoji, Ikechi*, Beyond Rhetoric: State Sovereignty, Common Concern, and the Inapplicability of the Common Heritage Concept to Plant Genetic Resources, Leiden Journal of International Law 16 (2003), S. 821–837.
- Midtbø, Katja Veel*, Amendments to the Norwegian Patent Act – Implementation of Directive 98/44/EC, IIC 2005, S. 49–549.
- Miller, Arthur/Davis, Michael H.*, Intellectual Property – Patents, Trademarks, and Copyright, 3. Auflage, St. Paul 2000.
- Minde, Henry*, The Making of an International Movement of Indigenous Peoples, in: *Horn, Frank* (Hrsg.), Minorities and Their Right of Political Participation, Rovaniemi (Finnland) 1996: University of Lapland, Northern Institute of Environmental and Minority Law, S. 90–128.
- Ministerio de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente, Ministerio de Desarrollo Económico* (Hrsg.), Informe Nacional para la Conferencia Técnica Inter-

- nacional de la FAO sobre los Recursos Fitogenéticos, La Paz, Leipzig 1995, <http://www.pgrfa.org/gpa/bol/bolivia.pdf>.
- Ministerio de Desarrollo Sostenible y Planificación, Viceministerio de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente, Dirección General de Biodiversidad*, Implementación del Convenio sobre Biodiversidad Biológica – Primer Informe Nacional de Bolivia, La Paz, Bolivia 1997, <http://www.cbd.int/doc/world/bo/bo-nr-01-es.pdf>.
- Ministerio del Ambiente del Ecuador*, Política y Estrategia Nacional de Biodiversidad del Ecuador 2001–2010. Quito, Ministerio del Ambiente, 2001, <http://www.ceda.org.ec/descargas/biblioteca/Politica%20y%20Estrategia%20Nacional%20de%20Biodiversidad%20Ecuador.pdf>.
- Molinyawe, N. M. et al.*, Biological diversity in the Philippines, City, Philippine, 1999.
- Morales Paul, Isidro*, Derecho internacional económico – derecho de la integración, Caracas 1980.
- Moreno Loayza, Guadalupe*, El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena como medio jurídico de solución de controversias, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1987.
- Morin, Jean-Frédéric*, Les accords de bioprospection répondent-ils aux objectifs de la Convention sur la diversité biologique?, *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 34 (2003), S. 307–343.
- Mugabe, John*, Intellectual Property Protection and Traditional Knowledge. An Exploration in International Policy Discourse, 1998, S. 1–22.
- Munoz Pereyra, Javier Ernesto*, Indigenous Rights and Intellectual Property Rights: Bolivia, in: *Twarog, Sophia / Kapoor, Promila* (Hrsg.), Protecting and Promoting Traditional Knowledge: System, National Experiences and International Dimensions, New York/Genf 2004, S. 217–219.
- Myers, Norman / Mittermeier, Russell A. / Mittermeier, Cristina G. / da Fonseca, Gustavo A. B. / Kent, Jennifer*, Biodiversity hotspots for conservation priorities, *Nature* Vol. 403 (24. Februar 2000), S. 853–858 (zitiert als Myers et al.).
- Nagel, Burkhardt*, Die wirtschaftlichen Integrationsbestrebungen Lateinamerikas, 1969.
- National University of Colombia, Institute of Socio-Legal Research – UNIJUS*, Access to Genetic Resources: Technical and Legal Proposal, Bogotá 2003.
- Nordic Council of Ministers*, Strategy for Genetic Resources in the Fisheries, Agriculture, Forestry and Food Sector in the Nordic Region 2005–2008, ANP

- 2005:709. Kopenhagen 2004. Text abrufbar unter http://www.norden.org/sv/publikationer/publikationer/2005-709/at_download/publicationfile.
- Access and Rights to Genetic Resources – A Nordic Approach, Nord 2003:16, Text abrufbar unter http://www.norden.org/no/publikasjoner/publikasjoner/2003-016/at_download/publicationfile.
- A Nordic approach to access and rights to genetic resources. ANP 2003:717, Kopenhagen 2003. Text abrufbar unter http://www.norden.org/en/publications/publikationer/2003-717/at_download/publicationfile.
- Strategy for Conservation of Genetic Resources in the Nordic Region (2001–2004), ANP 2002-704. Text abrufbar unter http://www.norden.org/en/publications/publikationer/2002-704/at_download/publicationfile.
- Orrego Vicuña, Francisco*, La incorporación del ordenamiento jurídico subregional al derecho interno. Análisis de la práctica chilena, *Der integr.* 11 (1972), S. 39–59.
- Orrego Vicuña, Francisco*, La incorporación del ordenamiento jurídico subregional al derecho interno. Análisis de la práctica chilena, *Der integr.* 7 (1970), S. 42–67.
- Pacón, Ana María*, Indigenous Knowledge and Genetic Resources, in: *Wolfrum, Rüdiger/Stoll, Peter-Tobias* (Hrsg.), European Workshop on Genetic Resources Issues and Related Aspects – Access and Benefit Sharing, Intellectual Property Rights, Ex-situ Collections Proceedings and Materials; *Berichte des Umweltbundesamtes Band 5/00*, Berlin 2000, S. 139–147.
- Markenrecht und Verbraucherschutz in Lateinamerika – eine Untersuchung am Beispiel von Argentinien, Brasilien, Mexiko und Peru, Baden-Baden 1999.
- Was bringt TRIPS den Entwicklungsländer, *GRUR Int.* (1995), S. 875–886.
- Palandt (Hrsg.)*, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Auflage, München 2009 (zitiert als: Bearbeiter, in *Palandt, BGB*).
- Palma, Víctor/Lizardo de las Casas M.P.*, Instrumentación política de la integración: el caso andino, *Integr. Lat.* Nr. 170 (1991), S. 33–42.
- Pardo Fajardo, María del Pilar*, Protection of Traditional knowledge, Access and Benefit Sharing, and Intellectual Property rights: The Colombian Experience, in: *Twarog, Sophia/Kapoor, Promila* (Hrsg.), Protecting and Promoting Traditional Knowledge: System, National Experiences and International Dimensions, New York/Genf 2004, S. 223–234.
- Penrose, Edith Tilton*, The Economics of the International Patent System. Westport (UK) 1973.

- Perez, Erfain*, Access in Roman-Napoleonic legal systems, in: *Mugabe, John / Barber, Charles Victor / La Viña, Antonio* (Hrsg.), Access to Genetic Resources – Strategies for Sharing Benefits, Nairobi 1997.
- Pérez Salom, José Roberto*, El Derecho Internacional y el estatuto de los recursos genéticos, *Anuario de derecho internacional* (ISSN 0212-0747) 13 (1997), S. 371–406.
- Perkoff Bass, Susan / Ruiz Muller, Manuel* (Hrsg.), Protecting Biodiversity – National Laws Regulating Access to Genetic Resources in the Americas, Ottawa 2000.
- Phillips, Jeremy / Firth, Alison*, Introduction to Intellectual Property Law, 4. Auflage, UK 2001.
- Price Waterhouse* (Hrsg.), Information Guide for Doing Business in the Andean Common Market, New York 1974, S. 2–7.
- Prieß, Hans-Joachim / Berrisch, Georg M.* (Hrsg.), WTO-Handbuch, München 2003 (zitiert als: Bearbeiter, in: *Prieß / Berrisch*, WTO-Handbuch).
- Pritchard, Sarah*, Working Group on Indigenous Peoples: Mandate, Standard-Setting Activities and Future Perspectives, in: dies. (Hrsg.), Indigenous Peoples, the United Nations and Human Rights. London 1998, S. 40–64.
- Puyana de Palacios, Alicia*, Economic Integration among unequal Partners. The Case of the Andean Group, New York, Oxford, Toronto, Sydney, Paris, Frankfurt 1982.
- Randelzhofer, Alberecht*, Incorporation of International Treaties into Municipal Law, in: *Tunkin, Grigory / Wolfrum, Rüdiger*, International Law and Municipal Law, Berlin 1987, S. 102–114.
- Reichman, Jerome H.*, Universal minimum Standards of Intellectual Property Protection und the TRIPS Component of the WTO Agreement, *The International Lawyer* 29 (1995), S. 345–388.
- Richardson, Benjamin J.*, Indigenous Peoples, International Law and Sustainability, *RECIEL* 10 (2001), S. 1–12.
- Roberts, Leslie*, Chemical Prospecting: Hope for Vanishing Ecosystems?, *Science* Vol. 256 no. 5060 (1992), S. 1142–1143.
- Rodrigo Vargas, Paola Cecilia*, Protección Legal a los Conocimientos Tradicionales de los Pueblos Indígenas, La Paz 2002.
- Rodríguez, Silvia / Camacho, Maria Antonieta*, Bioprospecting in Costa Rica: Facing New Dimensions of Social Responsibility, in: *Utting, Peter*, The Greening of Business in Developing Countries – Rhetoric, Reality and Prospects, London/New York 2002, S. 58–76.

- Rosell, Mónica*, Access to Genetic Resources: A Critical Approach to Decision 391 “Common Regime on Access to Genetic Resources” of the Commission of the Cartagena Agreement, RECIEL 6 (1997), S. 274–283.
- Rott, Peter*, Patentrecht und Sozialpolitik unter dem TRIPS-Abkommen, Baden-Baden, 2004.
- TRIPS-Abkommen, Menschenrechte, Sozialpolitik und Entwicklungsländer, GRUR Int. (2003), S. 103–118.
- Ruiz Muller, Manuel*, Farmer’s Rights in Peru – A case Study, Lysaker (Norwegen), 2006.
- Regulating Bio Prospecting and Protecting Indigenous Knowledge in the Andean Community: Decision 391 and its Overall Impacts in the Region, in: *Twarog, Sophia/Kapoor, Promila* (Hrsg.), Protecting and Promoting Traditional Knowledge: systems, National Experiences and International dimensions, New York, Genf, 2004, S. 241–262.
- ¿Es necesario un nuevo marco jurídico para la bioprospección en la región andina?, Serie de Política y Derecho Ambiental No. 14 (2003), S. 1–8.
- Protección Sui Generis de Conocimientos Indígenas en la Amazonía, Lima, 2002. Text abrufbar unter: <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd16/generis.pdf>.
- Los Centros Internacionales de Investigación Agrícola y los Posibles Impactos de la Normativa y Política de Acceso a Recursos Genéticos: El Caso del CIAT y el CIP en la Región Andina, Lima 1999.
- Access regime for Andean Pact Countries: Issues and Experiences, in: *Muga-be, John/Barber, Charles Victor/La Viña, Antonio* (Hrsg.), Access to Genetic Resources – Strategies for Sharing Benefits, Nairobi 1997, S. 187–198.
- Ruiz Muller, Manuel/Lapeña, Isabel/Clark, Susanne E.*, The Protection of Traditional Knowledge in Peru: A Comparative Perspective, Wash. U. Global Stud. L. Rev. 3 (2004), S. 755–797.
- Sack, Rolf*, Kommentierung zu § 134 und § 138 BGB in Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 134–163 (Allgemeiner Teil 4), Berlin 2003.
- Salazar Manrique, Roberto*, Principios básicos en el Derecho Comunitario Andino, Revista Jurídica del Perú 3 (1996), S. 207–223.
- Principios básicos en el Derecho comunitario Andino, in: Libro Memorias, Seminario Internacional. La integración, derecho y tribunales comunitarios. Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, Ecuador, 1996, S. 70 ff.

- Sampaio Pereira, Tânia*, Access to genetic resources and associated traditional knowledge in Brazil and the role of the Brazilian botanic gardens, in: *Feit, Ute/von den Driesch, Marliese/Lobin, Wolfram* (Hrsg.), Access and Benefit-Sharing of Genetic Resources. Ways and means for facilitating biodiversity research and conservation while safeguarding ABS provisions. BfN-Skripten 163, Bundesamt für Naturschutz, Bonn 2005, S. 55–58.
- Sand, Peter H.*, International Environmental Law after Rio, *European Journal of International Law* 4,1 (1993), S. 377–389.
- Schmidt, Reiner/Kahl, Wolfgang*, Umweltschutz und Handel, in: *Rengeling, Hans-Werner* (Hrsg.), Handbuch des europäischen und deutschen Umweltrechts (EUDUR) II/1, 2. Auflage, Köln u.a. 2003.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Lenckner, Theodor/Eser, Albin* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, München 2006 (zitiert: Bearbeiter, in: *Schönke/Schröder*, STGB).
- Schrijver, Nico*, Permanent sovereignty over natural resources versus the common heritage of mankind: complementary or contradictory principles of international economic law?, in: *de Waart/Peters/Denters* (Hrsg.), *International Law and Development*, 1988, S. 87–101.
- Schulte, Rainer*, Patentgesetz mit Europäischem Patentübereinkommen, Kommentar auf der Grundlage der deutschen und europäischen Rechtsprechung, 8. Auflage, 2008.
- Schulte-Tenckhoff, Isabelle*, The Irresistible Ascension of the UN Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Stopped Short in its Tracks?, *European Review of Native American Studies* 9, 2 (1995), S. 5–6.
- Schwark, Eberhard*, Der Fremdgegeschäftsführungswille bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, *JuS* 1984, S. 321–328.
- Schwarz, Kyrrill-Alexander*, Die Außenkompetenz der Gemeinschaft – Spannungsfeld von internationaler Umwelt- und Handelspolitik – zugleich eine Anmerkung zum Gutachten 2/00 des EuGH vom 6. Dezember 2002 in: *ZEuS* 2003, S. 51 ff.
- Scott, Preston T.*, The United States of America: The National Park Service Experience, in: *Carrizosa/Brush/Wright/McGuire* (Hrsg.), Accessing Biodiversity and Sharing of the Benefits: Lessons from Implementing the Convention on Biodiversity, IUCN Environmental Policy Law Paper No. 54, Rheinbreitbach 2004, <http://www.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/EPLP-054.pdf>
- Seiler, Achim/Dutfield, Graham*, Regulating Access and Benefit Sharing, Dok. UNEP/CBD/WG-ABS/1-INF/4 vom 4. Oktober 2002 (Regulating

- Access and Benefit Sharing. Basic Issues, legal instruments, policy proposals, BfN-Skripten 46, Bundesamt für Naturschutz, Bonn 2001)
- Sekretariat der CBD*, Access and Benefit-Sharing: Communication of a Proposed Protocol Pursuant to Art. 28, Paragraph 3 of the Convention on Biological Diversity, vom 8. und vom 15. April 2010, Text abrufbar unter: <http://www.cbd.int/doc/notifications/2010/ntf-2010-066-abs-en.pdf> (Protokollentwurf) und <http://www.cbd.int/doc/notifications/2010/ntf-2010-071-abs-en.pdf> (Anhänge zum Protokollentwurf).
- Handbook of the Convention on Biological Diversity – Including its Cartagena Protocol on Biosafety, 3. Auflage, Montreal 2005.
- Senti, Richard*, WTO: System und Funktionsweise der Welthandelsorganisation, Zürich u.a. 2000.
- Sherblom, James P.*, Ours, theirs or both? Strategic planning and deal making, in: *Ono, Dana* (Hrsg.), The Business of Biotechnology: From the Bench to the Street, Boston 1991, S. 213–224.
- Singer, Margarete/Stauder, Dieter*, Europäisches Patenübereinkommen, Kommentar, 5. Auflage, 2010.
- Sittenfeld, Anna/Cabrera, Jorge/Mora, Marielos*, Bioprospecting of Biotechnological Resources in Island countries: Lessons from the Costa Rican Experience, in: *Insula – International Journal of Island Affairs* Year 12, No. 1 (2003), Text abrufbar unter <http://www.iprsonline.org/resources/docs/Bioprospecting.pdf>.
- Spranger, Tade Matthias*, Indigene Völker, „Biopiraterie“ und internationales Patentrecht, GRUR (2001), S. 89–92.
- Steinhaus, Thorsten*, Neuere Entwicklungen im Urheberrecht der Andengemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Andengerichtshofs, GRUR Int. (2003), S. 301–311.
- Sterckx, Sigrid*, Some Ethical Problematic Aspects of the Proposal for a Directive on the Legal Protection of Biotechnological Inventions, EIPR (1998), S. 123–128.
- Stoll, Peter Tobias*, Access to GRs and Benefit-Sharing – Underlying Concepts and the Idea of Justice, in: *Kamau, Evanson/Winte, Gerd* (Hrsg.): Genetic Resources, Traditional Knowledge and the Law – Solutions for Access and Benefit Sharing, London, Sterling 2009, S. 3–18.
- Genetische Ressourcen, Zugang und Vorteilsteilhabe, in: *Wolff, Nina/Köck, Wolfgang* (Hrsg.), 10 Jahre Übereinkommen für die biologische Vielfalt – Eine Zwischenbilanz, Baden-Baden 2004, S. 73–88.

- Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing: Prospects for Guidance by the CBD-System: Assessment – The Current Situation and Shortcomings, in: *Wolfrum, Rüdiger/Stoll, Peter-Tobias* (Hrsg.), European Workshop on Genetic Resources Issues and Related Aspects – Access and Benefit Sharing, Intellectual Property Rights, Ex-situ Collections Proceedings and Materials; Berichte des Umweltbundesamtes Band 5/00, Berlin 2000, S. 11–18.
- Gestaltung der Bioprospektion unter dem Übereinkommen für biologische Vielfalt durch international verbindliche Verhaltensstandards: Hintergründe, Möglichkeiten und Inhalte, Forschungsbericht 297 81 904, UBA-FB 000045, Heidelberg 2000 (zitiert als: Gestaltung der Bioprospektion).
- Technologietransfer. Internationalisierungs- und Nationalisierungstendenzen. Die Gestaltung zwischenstaatlicher Wirtschaftsbeziehungen, privater Verfügungsrechte und Transaktionen durch die Vereinten Nationen, die WIPO und die Uruguay-Runde des GATT, 1993.

Stoll, Peter-Tobias/von Hahn, Anja, Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law, in: *Lewinski* (Hrsg.), Indigenous Heritage and Intellectual Property – Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Den Haag/London/New York 2004, S. 22 ff.

- Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law, in: *Schricker et al.* (Hrsg.), Traditional Knowledge, Kluwer 2003.

Straus, Joseph, Angabe des Ursprungs genetischer Ressourcen als Problem des Patentrechts, GRUR Int. (2004), S. 792–796.

- Biodiversity and Intellectual Property, AIPPI Yearbook 1998/IX.
- Bedeutung des TRIPS für das Patentrecht, GRUR Int. (1996), S. 179–205.
- The Rio biodiversity convention and Intellectual Property, IIC 1993, S. 202–215.
- Der Schutz biotechnologischer Erfindungen, insbesondere von Pflanzenzüchtungen, in: *Beier, Friedrich-Karl/Kraft, Alfons/Schricker, Gerhard/Wadle, Elmar* (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Band I, Weinheim 1991, S. 363 ff.

Tafur-Dominguez, Victor, International Environmental Harmonization – Emergence and Development of the Andean Community, Pace International Law Review 12 (2000), S. 283–317.

- ten Kate, Kerry/Laird, Sarah, *The Commercial Use of Biodiversity: Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing*, Royal Botanic Gardens Kew (UK), 1999.
- Thoms, Heinz/Putzo, Hanz/Hüßtege, Rainer, *Zivilprozessordnung*, 28. Auflage, 2007.
- Thornberry, Patrick, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, 2002.
- Tilmann, Winfried, *Reichweite des Stoffschutzes bei Gensequenzen*, GRUR (2004), 561–565.
- Tobin, Brendan, *Protecting Collective Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples Related to biodiversity in Peru*, in: Laird, Sarah (Hrsg.), *Biodiversity and Traditional Knowledge – equitable Partnerships in Practice*, London/Sterlin 2002, S. 386–388.
- *Redefining Perspectives in the Search for Protection of Traditional Knowledge: A Case Study from Peru*, RECIEL Vol. 10 (2001), S. 47–64.
- Tobin, Brendan/Swidarska, Krystyna (Hrsg.), *Speaking in Tongues: Indigenous Participation in the Development of a Sui Generis Regime to Protect Traditional Knowledge in Peru – Participation in Access and Benefit Sharing Policy Case Study No. 2*, London 2001.
- Tobón Londoño, Gustavo, *Agricultural Policy and Integration – The Andean Case*, in: Angarita Barón, Ciro/Coffey, Peter (Hrsg.), *Europe and the Andean Countries: a Comparison of Economic Policies and Institutions*, London, New York 1988, S. 27–41.
- Torres, María de Lourdes, *Acceso, Transferencia y Desarrollo Tecnológico Enfocado hacia la Conservación de los Recursos Genéticos*, Estudio Nacional, Quito 2001.
- Treitel, Günther H., *The Law of Contract*, UK 1999.
- Tully, Stephen, *The Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing*, RECIEL 12,1 (2003), S. 84–98.
- UNCTAD/ICTSD, *Resource Book in TRIPS and Development: An authoritative and practical guide to the TRIPS Agreement*, Stand Juni 2005 (zitiert als: UNCTAD/ICTSD, *Resource Book*), <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/ResourceBookIndex.htm>.
- Unterguggenberger, Tobias, *Das Urheberrecht in der Andengemeinschaft*, Baden-Baden 1999.
- UNU-IAS, Institute of Advanced Studies, *The Role of Registers and Databases in the Protection of Traditional Knowledge – A comparative analysis*, 2004, http://www.ias.unu.edu/binaries/UNUIAS_TKRegistersReport.pdf.

- Uribe Restrepo, Fernando*, El derecho de la integración en el Grupo Andino, Quito 1990.
- Van Overhalle, Geertrudi*, The Legal Protection of Biological Material in Belgium, IIC 2000, S. 259–284.
- Vasitos, Constantine V./Junta del Acuerdo de Cartagena*, Technology Policy, Economic Development: A Summary Report on Studies Undertaken by the Board of the Cartagena Agreement for the Andean Pact Integration Process, Ottawa 1976.
- Veel Midtbø, Kaja*, Amendments to the Norwegian Patents Act – Implementation of Directive 98/44/EC, IIC 2005, S. 542–549.
- Venero Aguirre, Begoña*, The Peruvian Law on Protection of the Collective Knowledge of Indigenous Peoples Related to Biological Resources, in: *Bellmann, Christophe/Dutfield, Graham/Meléndez-Ortiz, Ricardo* (Hrsg.), Trading in Knowledge – Developing Perspectives on TRIPS, Trade and Sustainability, London/Sterling, 2003, S. 285–292.
- Venne, Sharon H.*, The Response of the UN to the Draft Declaration, in: dies., Our Elders Understand Our Rights: Evolving International Law Regarding Indigenous Rights. Penticton B. C. (Canada) 1998, S. 135–171.
- Verma, Surinder Kaur*, Protecting Traditional Knowledge – Is a Sui Generis System an Answer?, The Journal of World Intellectual Property, Vol. 7/6 (2004), S. 765–805.
- Vieira, Manuel A./Vignal, Heber Arbuét/Veida, Vilma*, Legislación Internacional, Bd. 4, Montevideo 1975.
- Villagrán Kramer, Francisco*, Sistematización de la estructura jurídica del Acuerdo de Cartagena, in: *Zelada Castedo, Alberto/BID/INTAL* (Hrsg.), Derecho de la integración económica regional, lecturas seleccionadas, Bd. 1, Buenos Aires 1989, S. 183–193 = Der. Integr., Nr. 12, 1973, S. 11–34.
- Graf Vitzthum, Wolfgang* (Hrsg.), Völkerrecht, 3. Auflage, Berlin u.a. 2004.
- von Hahn, Anja*, Traditionelles Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften zwischen geistigen Eigentumsrechten und der „public domain“, Berlin/Heidelberg/New York, 2004 (zitiert als *von Hahn*, Traditionelles Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften).
- Implementation and Further Development of the Biodiversity Convention: Access to Genetic Resources, Benefit-Sharing and Traditional Knowledge of Indigenous and Local Communities, ZaöR Vol. 63 (2003), S. 295 ff.
- von Renesse, Margot/Tanner, Klaus/von Renesse, Dorothea*, Das Biopatent – eine Herausforderung an die rechtsethische Reflexion, Mitt. 2001, 1 ff.

- von Saint André-von Arnim, Benedict, Das Dilemma der einschränkenden Erweiterung nach dem deutschen, europäischen, englischen und US-amerikanischen Patentrecht . Berlin 2007.
- Weeraworawit, Weerawit, International legal protection for genetic resources, traditional knowledge and folklore: challenges for the intellectual property system, in: Bellmann, Christophe/Dutfield, Graham/Meléndez-Ortiz, Ricardo (Hrsg.), Trading in Knowledge – Developing Perspectives on TRIPS, Trade and Sustainability, London/Sterlin, 2003, S. 157–165.
- Wiebe, Andreas, Gentechnikrecht als Patenthindernis, GRUR 1993, S. 88 ff.
- Wiessner, Sigfried, United Nation Declaration on the Rights of indigenous Peoples, United Nations Audiovisual Library of International Law, United Nations 2009, S. 1–7, http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/ga_61-295/ga_61-295_e.pdf.
- Wilding, Claire, Defra Review of Policy on Genetic Resources for Food and Agriculture (2002), sog. *Wilding Report*, <http://archive.defra.gov.uk/environment/biodiversity/geneticresources/documents/grfareport.pdf>.
- Wolff, Nina/Köck, Wolfgang (Hrsg.), 10 Jahre Übereinkommen über die biologische Vielfalt – Eine Zwischenbilanz, Baden Baden 2004 (zitiert als: Bearbeiter, in: Wolff/Köck, 10 Jahre Übereinkommen über die biologische Vielfalt).
- Wolfrum, Rüdiger, Common Heritage of Mankind, EPIL Bd. I (1992), S. 692–695.
- Wolfrum, Rüdiger/Klepper, Gernot/Stoll, Peter-Tobias/Franck, Stephanie L., Genetische Ressourcen, traditionelles Wissen und geistiges Eigentum im Rahmen des Übereinkommens über die biologische Vielfalt, Schlussbericht des F+E Vorhabens „rechtliche Analyse des Übereinkommens über die biologische Vielfalt unter besonderer Berücksichtigung der Fragen des geistigen Eigentums“, Bundesamt für Naturschutz, Bonn-Bad Godesberg 2001.
- Wolfrum, Rüdiger/Stoll, Peter-Tobias, Der Zugang zu genetischen Ressourcen nach dem Übereinkommen über die biologische Vielfalt und dem deutschen Recht, Berlin 1996.
- Woods, Michael, Food for Thought: The Biopiracy of Jasmine and Basmati Rice, Alb. L. J. Sci & Tech. 2002, S. 123 ff.
- Young, Tomme, Analysis of Claims of Unauthorized Access and Misappropriation of Genetic Resources and Associated Traditional Knowledge, a report prepared for IUCN-Canada and distributed at the Fourth Meeting of the Working Group on ABS, Granada, Document UNEP/CBD/WG-ABS/4/INF/6, January 2006.

- Gaps and Obstacles in Developing/Implementing National ABS Legislation, document presented at the Expert Workshop on Access to Genetic Resources and Benefit-sharing, Cape Town, September 2005.
- Genetic Resources and Utilisation of Genetic Resources: a Legislative View, document presented to the International Expert Workshop on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing, Cuernavaca, Mexico, October 2004.

Yusuf, Abdulqawi A., International Law and Sustainable Development: the Convention on Biological Diversity, African Year Book of International Law Vol. II (1994), S. 109–140.

Der Begriff „Access and Benefit Sharing (ABS)“ wird als zusammenfassende Abkürzung und Schlagwort für das dritte Ziel des Übereinkommens über die Biologische Vielfalt (Convention on Biological Diversity, CBD) in der internationalen und nationalen Diskussion verwendet. Das dritte Ziel der CBD soll dazu dienen, einerseits den Nutzern genetischer Ressourcen (in der Regel aus Industriestaaten) Zugang zu diesen Ressourcen zu ermöglichen, und andererseits die Bereitsteller dieser Ressourcen (hauptsächlich aus Entwicklungsländern) gerecht und ausgewogen an den monetären und nicht monetären Vorteilen aus der Nutzung der Ressourcen zu beteiligen. Mit Inkrafttreten der CBD haben sich die Vertragsstaaten, insbesondere die Länder reich an biologischen Ressourcen bemüht, entsprechende Regelungswerke zu erlassen, weil sie sich dadurch erhofft haben, an der wirtschaftlichen Nutzung ihrer Ressourcen beteiligt zu werden. Die vorliegende Arbeit befasst sich mit den Herausforderungen, das dritte Ziel der CBD auf internationaler, regionaler und nationaler Ebene umzusetzen. Die rechtlichen und institutionellen Herausforderungen in der Umsetzung sind vielfältig. Im Oktober 2010 haben die Vertragsstaaten in Japan das sog. Nagoya Protokoll zu ABS angenommen, das den durch die CBD aufgestellten Rahmen für ABS ausfüllt und näher konkretisiert. Der begonnene Ratifizierungsprozess zum Nagoya Protokoll ist langwierig, da sich viele Vertragsstaaten über die Reichweite ihrer Verpflichtungen aus dem Protokoll unsicher sind. Der jahrelange Weg zur Annahme des Nagoya Protokolls und der im Zusammenhang mit der Ratifizierung auftretenden Fragen zum Inhalt und zur Reichweite des Nagoya Protokolls zeigen, dass die größte Herausforderung weiterhin sein wird, den politischen Willen aller Vertragsstaaten für die Etablierung eines international anerkannten, effektiven ABS-Regimes herzustellen.

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

ISBN: 978-3-86395-082-8

Universitätsdrucke Göttingen