

In dem umfassenden Schutzanspruch und der Fülle der in der CBD vorgesehenen Instrumente liegt ein großes Potential für einen effektiven Schutz der Biodiversität. Es liegt bei den Vertragsparteien, ihren völkerrechtlichen Pflichten nachzukommen und effektive Schutzinstrumente einzuführen.

*M: Zeitschrift für Umweltrecht
(ZUR), 2004, S. 202 - 212*

Christine Godt

Von der Biopiraterie zum Biodiversitätsregime – Die sog. Bonner Leitlinien als Zwischenschritt zu einem CBD-Regime über Zugang und Vorteilsausgleich

Der Aufsatz befasst sich mit dem Ziel der Konvention über die biologische Vielfalt (CBD), Biodiversität durch ein Reglement von Zugang und Vorteilsausgleich zu bewahren. Gegenstand dieser Regeln ist nicht das Aufsuchen von Ressourcen innerhalb der Industriestaaten. Die zu regelnde Aktivität ist »Bioprospektion«, bei der Forscher und Unternehmen vornehmlich des Nordens in den biodiversitätsreichen Ländern des Südens biologisches Material, vor allem genetische Information suchen. Geschieht dies ohne Einwilligung und Vorteilsausgleich, wird von »Biopiraterie« gesprochen. Aufsehen erregt haben Streitfälle über Neem, Kurkuma, Basmati-Reis, Endod, Enola-Bohnen und Ayahuasca. Die Prinzipien der CBD für Zugang und Vorteilsausgleich wurden 2002 durch die sog. Bonn Guidelines (BG) konkretisiert. Der Aufsatz setzt sich mit Inhalt und Ideengeschichte der BG auseinander und legt die institutionellen Rahmenbedingungen dar. Im Zentrum steht die geographische Herkunftsangabe bei der Patentanmeldung.

A. Einleitung

Mit den Streitfällen um Neem, Kurkuma, Basmati-Reis, Ayahuasca, Endod, Enola-Bohnen, Ginseng und Grünen Tee hat der Anspruch der biodiversitätsreichen Länder auf den Schutz ihrer Interessen und auf Teilhabe an den Vorteilen etwaiger Nutzung international Gehör gefunden¹. Dieser Anspruch kann erst seit Verabschiedung der CBD 1992 völkerrechtliche Legitimität beanspruchen, da biologische bzw. genetische Ressourcen seither nicht mehr als »gemeinsames Erbe der Menschheit« gelten, sondern einen »Common Concern« darstellen². Mit dieser Konzeptänderung begründet die CBD ein Recht auf administrative Regulierung des Zugangs zu genetischen Ressourcen und ein Verfügungsrecht über Ressourcen (*Prior Informed Consent*). Der erlaubte Zugang soll an »Mutual Agreed Terms« gebunden sein, die ein »Benefit Sharing« vorsehen.

Das Konzept des konditionalen Zugangs ist Art. 1 CBD eingeschrieben. Neben der Erhaltung³ werden als zweites und drittes Schutzziel aufgezählt: *Sustainable Use* und *Benefit Sharing*. Der Nachsatz erläutert das »Wie« der Zielerreichung: angemessener Zugang zu genetischen Ressourcen, angemessene Weitergabe von

Julia Friedland, LL.M. (Indiana)

Rechtsreferendarin, wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Bucerius Law School in Hamburg.

Aktuelle Veröffentlichung: *Internationale Regelungen zum Schutz der biologischen Vielfalt der Tiefsee*, in: BfN (Hrsg.), *Treffpunkt biologische Vielfalt IV*, 2004 (I.E.).

Ursula Prall

Rechtsanwältin in der Kanzlei Kühnler Rechtsanwälte, Johannes-Brahms-Platz 9, 20355 Hamburg.

Aktuelle Veröffentlichungen: *Gentechnikrecht*, in: Koch (Hrsg.), *Umweltrecht*, 2002, § 11; *Schutz der Kulturpflanzenvielfalt? Völkerrechtliche Verpflichtung und Umsetzung in ausgewählten Gebieten*, in: BfN (Hrsg.), *Treffpunkt biologische Vielfalt IV*, 2004 (I.E.).

Technologien und angemessene Finanzierung. In der englischen Fassung heißt diese Wegbeschreibung *access, technology transfer and funding*. In der Konventionssprache hat sich für dieses Zielbündel das Begriffspaar von *Access and Benefit Sharing* eingebürgert. Der Begriff umfasst Technologietransfer, Verwaltungshilfe und Finanzierungsmechanismen. Mit diesem Reglement soll der »Biopiraterie« Einhalt geboten und der »Bioprospektion« ein rechtlicher Rahmen gegeben werden⁴. Dabei geht es um vielerlei

1 1993 brachten die ersten Patente auf Neem-Wirkstoffe in Bangalore (Indien) eine halbe Million Menschen zu einer Protest-Demonstration auf die Straße, Neue Züricher Zeitung, vom 11.3.1998, S. 10: »Indische Ängste vor dem WTO-Patentrecht – Schwacher Schutz für Basmati-Reis«. Eins von 70 bereits wirksamen Neem-Patenten wurde für den Bereich des EPÜ im Mai 2000 auf Einspruch von Nichtregierungsorganisationen (NGO) widerrufen (http://www.european-patent-office.org/news/pressrel/2000_05_11_e.htm), das US-Kurkuma-Patent wurde auf Einspruch des regierungsnahen Indian Council of Scientific and Industrial Research (CSIR) 1997 vom US-Patentamt widerrufen.

2 Weder der völkerrechtliche, noch der güterrechtliche Status sind mit diesen Begriffen geklärt. »Biologische Ressourcen« (Oberbegriff) waren zu keinem Zeitpunkt »gemeinsames Erbe« im Sinne einer »open access resource«. Den Ressourcenstaaten steht nach UN-Recht (spätestens) seit 1962 das souveräne Recht zu, Eigentumsordnungen beschränken zu Zugriff. Allenfalls waren »genetische Ressourcen« (Unterbegriff) »open access resources«. Nach Maßgabe des Patentrechts sind sie es, soweit es sich um Ressourcen »als solche« (Entdeckung) handelt, auch geblieben. Sie sind »aneignungsfähig«, sobald sie »isoliert« werden. Der Erfindungsschutz erstreckt sich dann im Umfang auf das Ursprungsmaterial (Stichwort: »absoluter Stoffschutz«), dazu Godt, Streit um den Biopatentschutz: Stoffschutz, Patente auf Leben und Ordre Public – nationaler Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung der Europäischen Biopatentrichtlinie, 2003, S. 5 und S. 10. An diesen Patentgrundsätzen hat das Common Concern-Konzept nichts geändert. Es hat seine Bedeutung in der »Gegenposition zu privaten, kommerziellen Rechten« in der Nachfolge der (Saatgut-) Auseinandersetzungen in der FAO, dazu Stoll, Genetische Ressourcen, Zugang und Vorteilsausgleich, in: Wolf/ Köck (Hrsg.), 10 Jahre Übereinkommen über die biologische Vielfalt – eine Zwischenbilanz, 2004, S. 73 (76 f.).

3 Erstgenanntes Ziel in Art. 1 CBD, dazu s.o. *Editorial* und den Aufsatz von Friedland/Prall, ZUR 2004, 193 (in diesem Heft).

4 Bioprospektion wird definiert als planmäßige Sammlung von biologischem Material mit potentiell Wert für die Industriesparten Pharma, Chemie (eingeschlossen u.a. Kosmetik) und Agrochemie, Rosendal, The Convention on Biological Diversity and Developing Countries, 2000, S. 156.

Es soll »Übernutzung« verhindert werden⁵. Einheimische und ausländische Märkte sollen geschützt⁶, als heilig betrachtetes Wissen soll als solches bewahrt werden⁷. Traditionelles Wissen soll »anerkannt« und erhalten werden⁸. Es soll ein ökonomischer Anreiz für Umweltschutz gesetzt werden, der der Erosion des Genpools entgegenwirkt. Dieses Konzept von *Access and Benefit Sharing* wurde durch die sog. Bonner Leitlinien (im folgenden: *Bonn Guidelines*, BG) vom April 2002 konkretisiert. Sie buchstabieren aus den bislang zusammengetragenen Erfahrungen den »kleinsten gemeinsamen Nenner« aus⁹ und bilden den Grundstein für die zukünftigen Verhandlungen über ein *Access and Benefit Sharing-Regime*.

Der Aufsatz umfasst im Kern drei Teile. In einem ersten Teil (B.) stellt er Konzept und Inhalt der BG dar. Ein daran anschließender zweiter Teil (C.) setzt sich mit der Kritik an den BG und der CBD auseinander. Im Zentrum steht dabei nicht die (industrieseitige) Kritik der CBD und der Streit um ihre Unvereinbarkeit mit dem internationalen Recht zum Schutz geistiger Eigentumsrechte (WTO-TRIPS-Abkommen)¹⁰, sondern die umweltpolitische Kritik. Diese nimmt Anstoß an den Mechanismen zu *Access and Benefit Sharing*, die der Kommerzialisierung biologischer Vielfalt und damit ihrer Zerstörung Vorschub leisten sollen. Ein dritter Teil (D.) widmet sich einem zentralen Thema, das die BG vernachlässigen: den Implementationspflichten der »User-Countries«, d.h. vornehmlich der Industrieländer. Die aktuelle Diskussion dreht sich dabei um die Einführung einer obligatorischen geographischen Herkunftsangabe bei der Patentanmeldung. Während die einen sie als *conditio sine qua non* für das Funktionieren des CBD-Mechanismus ansehen, halten die anderen diese Maßnahme für rechtswidrig. Der vorliegende Aufsatz beschäftigt sich mit den verschiedenen Formen der Ausgestaltbarkeit und den Rechtsmäßigkeitsmaßstäben der Herkunftsangabe. Ein Rückblick auf die Vertragsstaatenkonferenz in Kuala Lumpur im Februar 2004 und drei Empfehlungen an die Bundesregierung runden die Untersuchung ab (E.)

B. Die Bonn Guidelines

I. Begriff und Entstehungsgeschichte

Die Verhandlungen über Maßnahmen zu *Access and Benefit Sharing* kamen zunächst über eine prinzipielle Festlegung auf einen Vorrang vertraglicher Regeln auf der zweiten Vertragsstaatenkonferenz 1995 in Jakarta (COP 2¹¹) nicht hinaus¹². Vor allem waren in dem wichtigsten Verhandlungsgremium unterhalb der Vertragsstaatenkonferenz, dem »Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice« (SBSTTA)¹³, die politischen Zerwürfnisse zwischen Entwicklungs- und Industriestaaten zu groß. Um dieses wissenschaftliche Fachgremium von dem politisch aufgeladenen Thema zu entlasten¹⁴, beauftragte die Vertragsstaatenkonferenz COP 4 (1998) in Bratislava ein »Panel of Experts«¹⁵ mit einem ersten Entwurf. Die von der COP 5 eingesetzte »Ad hoc open ended Working Group on Access and Benefit Sharing«¹⁶ einigte sich im November 2001, zeitgleich zu den Verhandlungen über den internationalen Saatgutvertrag, dem *International Treaty on Plant Genetic Resources in Food and Agriculture* (ITPGRFA), in Bonn auf den vorliegenden Leitlinienwortlaut – daher der Name. Dieser wurde mit einigen Änderungen auf der COP 6 in Den Haag im April 2002 als *Bonn Guidelines* formal angenommen. *Striktu sensu* sind die BG nur Bestandteil »A« des vierteiligen sog. »Beschluss 24«¹⁷. Beschlussteil B befasst sich mit »other measures«, insbesondere dem Aktionsplan für *Capacity Building*. Beschlussteil C befasst sich mit der Rolle der geistigen Eigentumsrechte bei der Implementation von *Access and Benefit Sharing*-Arrangements. Beschlussteil D behandelt andere »issues«, die die Regulierung von Zugang und Vorteilsausgleich betreffen, na-

mentlich die Auseinandersetzung um den Beobachterstatus des CBD-Sekretariats beim TRIPS-Rat und andere Fragen der internationalen Kooperation. Alle Bestandteile zusammengenommen sind als BG im weiteren Sinne die Grundlage der Verhandlungen um ein Regime über Zugang und Vorteilsausgleich.

II. Inhalt

1. Die Grundzüge

Die BG konkretisieren die Gebote der folgenden CBD-Artikel: Art. 15.1 CBD (Verfügungsrechte achten), Art. 15.2 CBD (Zugang für eine umweltverträgliche Nutzung erleichtern), Art. 15.5 CBD (dem Zugang erst nach Kenntnis der Sachlage zustimmen), Art. 15.7 CBD (Vorteile gerecht ausgleichen), Art. 8 j (traditionelles Wissen achten), Art. 10 c (herkömmliche Nutzung schützen) und Art. 16 bis 19 CBD (Technologietransfer, Information, Zusammenarbeit). Ihr Geltungsbereich erstreckt sich auf genetische Ressourcen und traditionelles Wissen¹⁸. Im Gegensatz zu den »biologischen Ressourcen«

5 In der Sprache der Biopiraterie »Wegnehmen verhindern«. Die Gefahr der Übernutzung stellt sich zwar nicht bei der Aufsuchung genetischer Information, aber bei der industriellen Nutzung des biologischen Materials, wie z.B. bei der boomenden pflanzenbasierten Medizin, die Einsatz findet in der Krebstherapie und der Behandlung von Haut- und Atemwegserkrankungen, *Edwards*, *Herbal Medicine boom threatens plants*, *New Scientist* (8. Jan. 2004).

6 Beispiele sind: Basmati-Reis, Neem und Enola-Bohne, zu letzterem *Dutfield*, *Sharing the Benefits of Biodiversity – Is there a Role for the Patent System?*, *JWIP* 2002, 899 (910).

7 Bsp. *Ayahuasca*, dazu *Wiser*, *PTO Rejection of the »Ayahuasca« Patent Claim – Background and Analysis*, <http://www.ciel.org/Biodiversity/ptorejection.html>, 1999.

8 Aus der reichen Literatur nur *Svarstadt*, *Local Interests and Foreign Interventions: Shaman Pharmaceuticals in Tanzania*, in: *Svarstadt/ Dhillon* (eds.), *Responding to bioprospecting – From biodiversity in the South to medicines in the North*, 2000, S. 145 mit einem pharmakologischen Beispiel aus Tanzania, *Pinton*, *Traditional Knowledge and areas of biodiversity in Brazilian Amazonia*, UNESCO 2001, mit einem Beispiel zur Sortenvielfalt von Maniok.

9 Einzelne Bausteine der BG sind den bereits erlassenen Regelungen Perus (als Umsetzung der Beschlüsse der Andengruppe), Brasiliens, Indiens und der Philippinen entnommen. Die Vertragsklauseln sind zusammengetragen aus der Vielzahl bereits vorhandener Materialaustauschverträge, die sich an den Zielen der CBD orientieren.

10 Präsident Bush sen. versagte 1992 der Konvention aus diesem Grund die Zeichnung. Die CBD »threaten[s] to retard biotechnology and undermine[s] the protection of ideas«, zitiert nach *Birnie/Boyle*, *International Law & the Environment*, 2002, S. 569; zu dieser Auseinandersetzung *C. Godt*, *International Economic and Environmental Law – Exercises in Untangling the Dogmatic Conundrum*, in: L. Krämer (Hrsg.), *Recht und Um-Welt-Essays in Honour of Prof. Dr. Gerd Winter*, 2003, S. 235.

11 COP: Conference of Parties, dt.: Vertragsstaatenkonferenz.

12 Auf jeder Vertragsstaatenkonferenz stand das Thema »Vorteilsausgleich« auf der Tagesordnung, siehe COP-Decisions II/11; II/15; IV/8; V/26; auch II/5; II/14; IV/13.

13 Zur institutionellen Struktur der CBD *Korn*, *Institutioneller und instrumenteller Rahmen für die Erhaltung der Biodiversität*, in: *Wolf/ Köck* (Hrsg.), s.o. Fn. 2, S. 36-54.

14 Und um auf den wachsenden Problemdruck für die (westliche) wissenschaftliche Forschung zu reagieren, die mit restriktiven Zugangsbeschränkungen konfrontiert war.

15 Ein »Panel of Experts« stellt einen Kompromiss dar zwischen einer weiteren für alle offenen Arbeitsgruppe und der Etablierung einer kleinen, nur 15 Mitglieder umfassenden »Ad hoc« technischen Expertengruppe. An den Sitzungen nehmen ca. 60 Fachleute aus den betroffenen Bereichen (Forschung, indigene Gruppen, Industrie, Naturschutz, Politik) und aus allen Weltregionen teil, *Korn*, s.o. Fn. 13, S. 42.

16 COP-5, Beschluss V/26. Der Begriff »Ad hoc« bezeichnet eine von der Konvention als Institution nicht vorgesehene Arbeitsgruppe, die mit einer spezifischen Aufgabe betraut ist. »Open ended« steht für die offene Teilnahmemöglichkeit für alle Vertragsparteien und Beobachter, im Gegensatz zu den Expertengruppen und Liaison-Gruppen. Zur institutionellen Beschreibung von »Ad hoc working groups« und »liaison groups« *Korn*, s.o. Fn. 13, S. 42.

17 COP-6 Bericht vom 27. 5. 2002, UNEP/CBD/COP/6/20, S. 253-277.

18 Ausdrücklich Teil I.A.Nr. 1 (bezugnehmend auf Art. 8 j CBD) und Teil I.C. BG. Damit folgen sie der von der *World Intellectual Property Organization* (WIPO) geförderten Struktur, die Nutzung von genetischen Ressourcen und traditionellem Wissen in einem gemeinsamen Konzept zusammenzuführen. Zu den Aktivitäten der WIPO *Wendland*, *Intellectual Property, Traditional Knowledge and Folklore: WIPO's Exploratory Program*, IIC 2002, S. 485-504.

fassen Art. 15 bis 19 CBD den Regelungsspielraum für »genetische Ressourcen« enger: Sie fordern »Access erleichtern«, »Geistige Eigentumsrechte achten«, »Benefits teilen«. Erfasst sind sowohl genetische Ressourcen *in-situ*, wie sie vor allem in den Ländern des Südens aufzufinden sind (Bioprospektion), als auch die Ressourcen *ex-situ* in den umfangreichen Sammlungen in den Industriestaaten (ehemalige Bioprospektion), wobei für letztere die CBD-Regeln im Prinzip nur für Eingänge nach Inkrafttreten der CBD 1993 gelten.

Die BG sind als »freiwilliges Instrument« ausgestaltet¹⁹. Auf ein »rechtlich bindendes« Dokument konnten sich die Vertragsstaaten nicht einigen. Systematisch stellen sie die *lex generalis* zu dem Internationalen Saatgutvertrag (ITPGRFA) vom November 2001 dar²⁰. Nr. 10 BG nimmt ausdrücklich auf den ITPGRFA Bezug. Der ITPGRFA erstellt für die in seinem Anhang gelisteten Sorten ein multilaterales System. In Bezug auf den Zugang begründet er für diese Sorten das *Common-Heritage-Prinzip*²¹. Der Zugang zu den gelisteten Arten darf nicht beschränkt werden, sie dürfen »in the form received« nicht patentiert werden. Ein bestimmter Prozentsatz aus der kommerziellen Nutzung dieses Materials geht an einen *Trust Fund*. Die Zahlung ist verpflichtend, wenn der Zugang zu dem aus Arten des multilateralen Systems weiterentwickelten Material durch geistige Eigentumsrechte beschränkt wurde. Sie ist freiwillig, wenn das Material für Dritte frei verfügbar ist (Art. 13 d (ii) ITPGRFA). Die Auslegung von Kernbestimmungen des Vertrags ist indes noch umstritten, das gilt insbesondere für die Patentierbarkeit von synthetisierten Stoffen (Derivate)²².

Die BG gliedern sich in fünf Abschnitte. Zwischen dem Einleitungsteil (I.), der Zielsetzungen, Anwendungsbereich und Definitionen klärt, und dem Abschluss (V.), der »other provisions« enthält²³, sind drei sehr unterschiedliche Abschnitte eingebettet. Teil II. bildet den Kern und beschreibt die »Rollen und Verantwortlichkeiten« von Staaten und Privaten, zunächst allgemein (Nr. 13-15 BG), nachfolgend spezifisch für die betreffenden »Rollen«. Gemeint ist die Doppelfunktion der Staaten und Privaten als Anbieter und Nutzer genetischer Ressourcen. Daraus folgen, einem Vierfelderschema entsprechend²⁴, »vier typisierte Rollen«: die Ursprungsstaaten (Nr. 16 a BG), die privaten Nutzer (Nr. 16 b BG), diejenigen Privaten, die Ressourcen zur Verfügung stellen (Nr. 16 c BG) und die Vertragsstaaten, in deren Jurisdiktion sich Nutzer befinden (Nr. 16 d BG). Teil III beschreibt Regeln zur Einbindung der Stakeholder. Teil IV beschreibt den Prozess von Zugang und Vorteilsausgleich chronologisch: Zunächst soll eine übergeordnete Strategie entwickelt werden (A.), dann sollen die Zwischenziele definiert werden (B.), dann wird beschrieben, nach welchen Prinzipien um »Prior Informed Consent« nachgesucht werden soll (C.). Dabei wird unterschieden zwischen Verfügungsberechtigten (Nr. 24-27 BG) und Behörden (Nr. 32, 36 BG). Unter D. werden Regeln zusammengetragen, auf denen die Vereinbarung über den Vorteilsausgleich basieren soll (Prinzipien (Nr. 42, 43 BG), eine Checkliste (Nr. 44 BG), und das »Wie« des Vorteilsausgleichs (Nr. 45-50 BG). In zwei Anhängen sind mögliche Vertragsinhalte und Formen des *Benefit-Sharings* aufgelistet.

2. Pflichtenbestimmung nach »Rollen«

Die vier typisierten Rollen sind in unterschiedlicher Regelungstiefe beschrieben. Den Schwerpunkt legen die BG, der ursprünglichen Konzeption entsprechend, auf die Rolle der Ursprungsländer und der Privaten.

a. Ursprungsländer

Präzise sind die Leitlinien, die sich an diejenigen Vertragsstaaten richten, die Ressourcen zur Verfügung stellen (*provider states*). Diese sollen »nationale Kontaktstellen« für Zugang und Vorteilsaus-

gleich benennen, die über das Internet recherchierbar sein sollen (Clearing-House-Mechanismus der CBD-webpage). Diese sollen für den Antragsteller Ansprechpartner für die behördliche Zugangsgenehmigung zu genetischen Ressourcen sein. Vor allem aber sollen sie informieren über die Verfahren zur Erlangung eines »Prior Informed Consent« dritter Verfügungsberechtigter und über Vertragsbestimmungen der Materialtransfervereinbarungen (MTA, Material Transfer Agreements). Die Ursprungsländer sollen Bestimmungen einführen, die den Zugang von der Umweltverträglichkeit²⁵ abhängig machen, die Beteiligung der betroffenen Bevölkerung absichern und diese Regeln implementieren.

b. Private, die Ressourcen zur Verfügung stellen

Neben den »*provider states*« richten sich die Leitlinien an private *Provider*, vor allem an nicht-staatsunmittelbare (private) *Ex-situ*-Sammlungen in den User-Staaten. Diese sollen im Einklang mit der CBD den Zugang zu ihren Sammlungen CBD-konform ausgestalten. D.h. sie sollen den Zugang einfach halten und nur dann Ressourcen und Kenntnisse bereitstellen, wenn sie dazu berechtigt sind.

c. Private Nutzer

Neben diesen beiden *Provider*-Gruppen richten sich die BG an die privaten Nutzer. Ihre Rolle ist mit großer Regelungstiefe beschrieben (Nr. 16 b, Nr. 41-50, Anhang I und II BG). Adressaten sind so unterschiedliche private Akteure wie Wirtschaftsunternehmen, Hochschulen und Forschungseinrichtungen. Sie sollen administrative *Access*-Bestimmungen einhalten, die (typischerweise) nicht administrativ geregelten Verfügungsrechte achten, sich um vorherige Zustimmung (Prior Informed Consent) bemühen, die verhandelten Bedingungen einhalten und Vorteilsausgleich leisten (Art. 16 b BG). Auf die vertragliche Gestaltung dieser Pflichten legen die BG den Schwerpunkt. Die Belege über die erfolgte Zustimmung und die Ursprungsinformation sollen aufbewahrt werden. Ihre Pflichten sollen sie insbesondere bei Nutzungsänderung einhalten. Sie sollen eine Dokumentation erstellen und diese nebst Nutzungsbeschränkungen bei Materialweitergabe an Dritte weiterreichen²⁶. Es soll ein ausgewogener und gerechter Ausgleich der Vorteile auf Grundlage der einvernehmlich festgelegten Bedingungen gewährt werden. Prinzipien sind in Nr. 43 der BG beschrieben²⁷.

19 Ausdrücklich I.A. Nr. 7 BG.

20 Der ITPGRFA ist am 29.6.2004 in Kraft getreten. Die FAO-Kollektionen, eingeschlossen die CGIAR-Kollektionen (die zuvor den Grundsätzen des IU unterlagen, dazu s.o. Editorial, unter 2.) wurden in das System eingebracht, *Dutfield/Leverve*, Bioprospecting and Intellectual Property Protection, Europäische Kommission, <http://www.ipr-helpdesk.org>, 2003, S. 6.

21 Dieses war explizit Grundlage des FAO-International Undertaking von 1983, das durch den ITPGRFA ersetzt wurde.

22 Als »Derivate« werden chemische Synthetisierungen bezeichnet, die auf Grundlage eines natürlichen Ausgangsstoffes entwickelt werden. Zu dem Streit innerhalb des ITPGRFA: *Seiler*, Der Internationale Saatgutvertrag der FAO: Farmers' Rights – geistige Eigentumsrechte – Zugang zu genetischen Ressourcen, in: *Mieth/Baumgartner* (Hrsg.), *Patente am Leben?*, 2003, S. 259-275; *Dutfield* (2002), s.o. Fn. 6, S. 923.

23 Interessant hier allerdings Nr. 55, der in die nationalen Berichtspflichten die Anmeldungen von geistigen Eigentumsrechten einbezieht, die auf CBD-Material beruhen.

24 X-Achse: *Provider/User*; Y-Achse: Staaten/Private. Typischerweise sind »*provider states*« Entwicklungsländer, »*user states*« Industrieländer. Eine Ausnahme stellen die *ex-situ*-Sammlungen dar. Hier ist die *Provider/Nutzer*-Stellung gesplittet: Je nach rechtlichem Status der Ressource und je nachdem, ob die Einrichtung »selbst nutzt«, kann der unmittelbare *Provider* (die Sammlung) in einem Industrieland belegen sein, der mittelbare *Provider* in einem Drittland (typischerweise Entwicklungsland), der Nutzer ein privates Unternehmen sein.

25 Entspricht z.B. Art. 16 Costa Rica Zugangsgesetz.

26 In Bezug auf diese Pflicht sind die *Codes of Conduct* der botanischen Gärten, die für sich Vorbildcharakter beanspruchen, zu überarbeiten, zu diesem Problem *Stoll/A. Meyer/Schillhorn*, Gestaltung der Bioprospektion unter dem Übereinkommen für biologische Vielfalt durch international unverbindliche Verhandlungsstandards, UBA-Berichte 4/2000, S. 115.

Die beiden Annexe enthalten Checklisten für potentielle Vertragsklauseln und Möglichkeiten des Vorteilsausgleichs.

Den Nutzern verlangt die CBD die größte Anpassungsleistung ab. Die Unternehmen sollen Verantwortung dafür übernehmen, dass traditionelles Wissen weiterhin gepflegt und Umwelt erhalten wird. Sie sollen zudem Pflichten anerkennen, die einer patentrechtlichen Abhängigkeit vergleichbar sind. Ihre Arbeit mit dem Material und die »Entwicklung« (spätere Erfindung) soll gegenüber dem Ausgangsmaterial und dem genutzten traditionellen Wissen »verpflichtet« sein. Hier liegt der Knackpunkt der Auseinandersetzungen um die geistigen Eigentumsrechte. Afrikanische Staaten fordern Vorteilsausgleich und lehnen Patentschutz an biologischem Material grundsätzlich ab²⁸. Westliche Patentrechtler bezeichnen diese Position als widersprüchlich²⁹. Sie lehnen einen Vorteilsausgleich ab, der über Maßstäbe der patentrechtlichen Abhängigkeit hinausgeht. Dementsprechend sollten ihrer Ansicht nach Derivate nicht vorteilsausgleichsverpflichtet sein. Diese Position hat sich aber in der CBD nicht durchsetzen können. Derivate sind explizit in den BG erwähnt: Sie unterfallen dem Erfordernis der Zugangsbewilligung (Nr. 36 I BG) und des Vorteilsausgleichs (Nr. 44 I BG)³⁰. Forschungseinrichtungen müssen Abschied nehmen von dem ihnen bislang eingeräumten Privileg des unbeschränkten Zugangs. Auch wenn für die Grundlagenforschung (»non-commercial purposes«) Vergünstigungen empfohlen sind (z.B. Nr. 16 d (viii) BG), ziehen Zugangsbeschränkungen (und-späterer Nutzungswechsel hin zu gewerblicher Nutzung) zusätzlichen Verwaltungsaufwand nach sich³¹. Dabei hält sie sich für einen Vorteilsausgleich, meist blauäugig, nicht verantwortlich. Gerade im Bereich der biologischen und genetischen Forschung ist die Grenze von Grundlagen- und angewandter Forschung bekanntermaßen fließend. Durch die CBD wächst der Forschung die Aufgabe zu, ihrer Verantwortung als »Mittler« nachzukommen (Dokumentationspflichten, Aufbewahrungspflichten, Forschung in den Ursprungsländern, Ausbildung)³².

d. User-Staaten

Die Pflichten der User-Staaten werden demgegenüber in Nr. 16 d BG stiefmütterlich behandelt. An erster Stelle steht die Information der privaten Nutzer über ihre Pflichten (Nr. 16 d (i) BG) und die Anregung der selbstregulativen Durchsetzung via Zertifikatssysteme (Nr. 16 d (v) BG). Danach werden Maßnahmen der Implementationshilfe für *Prior Informed Consent* und *Benefit-Sharing* (Nr. 16 d (iii, iv) BG) aufgeführt. Es sollen Maßnahmen ergriffen werden, die zur Offenbarung der geographischen Herkunft »ermutigen« und die rechtswidrige Nutzung verhindern (Nr. 16 d (ii) (iii) BG). Die sog. Dreifuß-Regelung (»tripod«), die die sog. »Like-Minded Megadiverse Group of Countries« gefordert hatte³³ und die neben der obligatorischen Herkunftsangabe, den Nachweis der Zugangsbefugnis und des Vorteilsausgleichs als Patentvoraussetzung vorsieht, war nicht konsensfähig. In Beschlussteil C werden das CBD-Sekretariat und die WIPO ersucht, die Rolle der geistigen Eigentumsrechte in der Umsetzung des Zugangs- und Vorteilsausgleichs zu klären. Angesprochen sind ausdrücklich die Offenbarungspflicht für die geographische Herkunft und der Nachweis für *Prior Informed Consent*.

3. Erste Umsetzungsschritte

Die Europäische Kommission hat im Dezember 2003 eine Mitteilung zur Umsetzung der BG vorgelegt³⁴. Die in dem Papier gesetzten Schwerpunkte entsprechen der internationalen Verhandlungsposition der EG: Darin weist die Europäische Kommission den Zugangs-Regeln der Ressourcenstaaten als Instrument von Biodiversitätsschutz, Zugangserleichterung und Benefit-Sharing den Vorrang gegenüber den Umsetzungsregeln der Nutzerstaaten

zu. Weiterhin wiederholt die Kommission ihren Standpunkt von der »mutual supportiveness« von CBD und dem WTO-Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums (TRIPS). Demnach widersprechen die beiden Abkommen einander nicht³⁵. Der zurückgesetzten Verantwortlichkeit der EG als regulative Einheit von *user-countries* entspricht die Schlagrichtung der Presseerklärung vom Januar 2004³⁶: Hierin spricht die Europäische Kommission die privaten Unternehmen als Primärverantwortliche an. Die Unternehmen sollen die Zugangsbestimmungen des Provider-Staats einhalten und die Zustimmung der Verfügungsberechtigten einholen. *Access* und *Benefit Sharing* solle Bestandteil von *Codes of Conduct* und Zertifikaten werden³⁷. Unmittelbar angesprochen werden die Pharma³⁸, Kosmetik³⁹, Chemie-, Pflanzenschutz-, Saatgut⁴⁰- und Lebensmittelindustrie⁴¹. Auf dieser Linie stehen auch die Passagen zur eigenen Pflichtenstellung in Bezug auf die Einführung einer geographischen Herkunftsangabe im Patentverfahren: Diese solle ein »freestanding requirement« sein, dessen Verletzung die Erteilung oder den Bestand eines Patents nicht berührt.

Allerdings eröffnet das Papier die Diskussion über die geographische Herkunftsangabe: Bereits im Sommer 2002 erregte das Konzeptpapier der Europäischen Kommission Aufsehen, als sie von der damaligen Verhandlungsposition abrückte und von der möglichen Einführung eines »freestanding requirement« sprach. Zuvor hat die Europäische Kommission jede Überlegung zur geographischen Herkunftsoffenbarung als TRIPS-Verstoß abgelehnt⁴². Die Mitteilung 2003 geht einen Schritt weiter: »Die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten sollten nach Ansicht der Kommission in den einschlägigen internationalen Foren darüber sprechen, ob die Offenlegungspflicht auch als formale Voraussetzung für die Patentfähigkeit und nicht als eigenständige Pflicht in das geistige Eigentumsrecht eingeführt werden sollte«⁴³. Dabei vermittelt die Kommission den Eindruck, das Erfordernis ginge nicht weit über

27 »Take into account ethical concerns«, »ensure customary use of genetic resources«, »joint research, implement rights on inventions obtained and provide licences by common consent«, »joint ownership«.

28 IP/C/W/404 vom 26. 6. 2003 – Joint Communication from the African Group.

29 Straus, *Biodiversity and Intellectual Property*, AIPPI Yearbook 1998, S. 99 (115).

30 Gleichwohl wurde auf der COP-7 (Febr. 04) wieder über die Frage diskutiert, ob Derivate dem Regime unterfallen sollen, *Bridges, Trade BioRes*, Vol. 4, No. 2, 6. 2. 2004.

31 Im Jahr 2000 stoppten die Brasilianer alle Exporte biologischer Samples, auch für Brasilianer im Ausland, *Revkin, Biologists Sought a Treaty; Now They Fault it*, *New York Times* v. 7. 5. 2002.

32 *McManis, Intellectual Property, Genetic Resources and Traditional Knowledge: Thinking Globally, Acting, Faculty Working Papers Series* (Oct. 22, 2002), <http://law.wustl.edu/Academics/Faculty/Workingpapers/IntellectualProp.pdf> f. S. 23.

33 Vorlage der Staaten Brasilien, Indien und China, Kuba, Dominikanische Republik, Ecuador, Pakistan, Thailand, Venezuela, Zambia und Zimbabwe beim TRIPS-Council, IP/C/356, 24. 6. 2002.

34 KOM (2003) 821 endg.

35 Dazu bereits das »Konzeptpapier« (IP/C/W/383) vom 27.10.2002 zur Vorlage an den TRIPS-Council, S. 8. Zu der Diskussion um das Verhältnis von CBD und TRIPS siehe *Godt*, s.o. Fn. 10.

36 IP/04/21 vom 7. 1. 2004.

37 KOM (2003) 821 endg., S. 18.

38 Beispiele sind Kurkuma und Zimt.

39 Als Beispiele genannt sind Aloe Vera, Jojoba-Öl, Grüner Tee.

40 Beispiele sind Neem, Basmati.

41 Grüner Tee und Ginseng. Letzteres wird einigen sog. »Energy-Drinks« zugesetzt, zu diesem Beispiel jüngst *Edwards* (2004), s.o. Fn. 5. Einen Überblick über die kommerzielle Nutzung biologischer Ressourcen in verschiedenen Branchen bieten *ten Kate/Laird, The Commercial Use of Biodiversity*, 2000.

42 Bei den Verhandlungen um die Europäische Biopatentrichtlinie hat sich die Kommission den Wünschen des Europäischen Parlaments und der dänischen Regierung gestellt, eine obligatorische Herkunftsangabe in den verfügbaren Richtlinientext aufzunehmen. Das Ergebnis des Tauziehens war die Aufnahme eines Erwägungsgrundes mit der Formulierung »...so sollte die Patentanmeldung gegebenenfalls Angaben ... umfassen« (Erwägungsgrund 27 RL 98/44/EG, ABl. EG L 213, S. 13).

43 KOM (2003) 821 endg., S. 21 f.

das hinaus, was bereits jetzt vom Patentrecht gefordert wird⁴⁴. In Anerkennung des Beschlusstils 24 C erwägt die Kommission die Verhandlung eines international anerkanntsfähigen Ursprungszeugnisses bei der Patentanmeldung⁴⁵.

III. Würdigung der Bonn Guidelines

Die *Bonn Guidelines* sind in vielerlei Hinsicht ein interessantes Dokument. Hauptadressaten sind die privaten Nutzer⁴⁶ (Unternehmen, botanische und zoologische Gärten, Wissenschaftseinrichtungen und Hochschulen), die in rechtstechnischer Hinsicht völkerrechtlich (bislang jdf.⁴⁷) nicht »in die Pflicht« genommen werden können. Die vorgebliche »Unterstützung« der *Provider-Countries* bei Erlass von Zugangsregeln hätten die CBD-Vertragsstaaten durch Austausch von Modellgesetzen allein bewerkstelligen können. Allerdings konkretisiert die Differenzierung nach »Rollen« von *provider-* und *user countries* das umweltrechtliche Prinzip der »gemeinsamen aber unterschiedlichen Pflichtenstellung«. Im Prinzip stellen sich die BG als eine Form der Regulierung Privater durch Völkerrecht dar: Sie werfen einen »regulatorischen Schatten« auf private Verträge⁴⁸, Selbstverpflichtungen⁴⁹ und Private-Public-Partnerships (PPP). Was das Vertragsrecht betrifft, kann man sie als ersten Schritt ansehen, der noch nicht weit genug geht⁵⁰. Für Private-Public-Partnerships stellen sie eine Anerkennung des Regelungsbedürfnisses dieses im Vordringen befindlichen Handlungsinstrumentes für Private und Staaten dar⁵¹. Vorbild in Bezug auf Handlungsform und Inhalt sind die zahlreichen, nicht bindenden Leitlinien anderer Politikbereiche, wie z.B. zum Technologietransfer⁵², Kulturgüterschutz⁵³ und in der Biotechnologie⁵⁴.

In ihrem Anwendungsbereich erscheinen sie in zweierlei Hinsicht als zu weit. Sie erfassen nicht nur die (nichtintendierte) Aneignung biologischen Materials, das Kleidung und Schuhen nach einer Urlaubsreise anhaftet. Sie wären im Prinzip auch anwendbar auf den »ganz normalen« internationalen Handel von Hölzern und Obst⁵⁵. Die Regelung dieser Bereiche ist aber nicht beabsichtigt. Inhaltlich unzureichend sind die »*User-Measures*« geregelt. Die Pflichtenbestimmung derjenigen Staaten, in denen die Nutzer tätig sind, stellen eine Lücke dar, der sich die kommenden Regime-Bildungsverhandlungen annehmen werden⁵⁶. Eine zentrale Rolle spielt dabei die Einführung der geographischen Herkunftsangabe (im weiteren Sinne) in die Patentanmeldungsverfahren der Industriestaaten. Da die geographische Herkunftsangabe eine unmittelbare Verbindung zwischen Aufsuchen der genetischen Ressource und dem Patentsystem herstellt, wird sie in den Strudel des Streites um das Verhältnis von Biodiversität und Patentschutz, mithin um die Kommerzialisierung genetischer Ressourcen hineingerissen. Bevor die geographische Herkunftsangabe im Detail untersucht wird, soll dieser grundlegende Streit dargestellt werden.

C. Umweltpolitische Kritik an der CBD

Die CBD wird von drei Seiten kritisiert. Von Industrieseite wird die CBD kritisiert als TRIPS-widrig, da sie den Eigentumsschutz verkürzt⁵⁷. Von Seiten der Naturwissenschaftler und Forscher wird sie als unpraktikabel und überbürokratisch verworfen⁵⁸. Von Seiten zivilgesellschaftlicher Organisationen wird die CBD als Instrument des Ausverkaufs von Biodiversität kritisiert. Der folgende Abschnitt konzentriert sich auf die zivilgesellschaftliche Kritik⁵⁹.

I. Die Argumente der zivilgesellschaftlichen Kritik an der CBD

Kritiker wie *Christoph Görg*⁶⁰, *Ulrich Brandt*⁶¹, *Pat Mooney*⁶² und *Vandana Shiva*⁶³ argumentieren, dass durch die Kommodifizierung der

Zerstörung und Vernutzung von Natur erst Vorschub geleistet werde⁶⁴. Umwelt werde zu einer geldwerten Ware herabgestuft, deren Eigenwert nicht mehr zum Tragen komme. Der Anspruch auf Vor-

44 Diese Passagen der Mitteilung haben rechtspolitischen Charakter. Die Ausführungen in Bezug auf die vermeintlich bereits vorhandenen Offenbarungspflichten in den Patentvorschriften (S. 19 f.) sind sachlich mindestens »schief«. Diese sind strikt an der Beschreibung der »Erfindung« als Tatbestandsmerkmal orientiert.

45 KOM (2003) 821 endg., S. 22 f.

46 Das gilt wohl auch bereits für die CBD, die sich in der Sprache aber noch an die völkerrechtliche Struktur hält, insoweit zu eng *Wolfsum*, Völkerrechtlicher Rahmen für die Erhaltung der Biodiversität, in: *Wolf/Köck* (Hrsg.), s.o. Fn. 2, S. 18 (23 und 27), der auf die Staaten als Vertragsadressaten abstellt.

47 Zur völkerrechtlichen Rechtssubjektivität von transnational aktiven Unternehmen *Hobe*, Der Rechtsstatus der Nichtregierungsorganisationen nach gegenwärtigem Völkerrecht, AdV 1999, 152-176, *Hempel*, Die Völkerrechtssubjektivität internationaler nichtstaatlicher Organisationen, 1999.

48 Hier entwickeln sich Fairnessprinzipien für den internationalen Materialtransfer, dazu *Laird*, Benefit-sharing »best practice« in the Pharmaceutical and botanical medicine industries, in: *Svarstad/Dhillion* (Hrsg.), s.o. Fn. 8, S. 89-99 und *Stoll/A. Meyer/Schillhorn*, s.o. Fn. 26.

49 Siehe die Sammlung bei *Stoll/A. Meyer/Schillhorn*, s.o. Fn. 26, S. 315-380.

50 Es fehlt vor allem die Konturierung der Rolle der »*intermediaries*« (Universitäten, wissenschaftliche Einrichtungen, Botanische Gärten), die sich für die Praxis der Bioprospektionsverträge als unerlässlich erwiesen haben. Z.B. bedarf es der Kodierungspflicht, die verhindert, dass der *User-Vertragspartner* willkürlich in ein anderes Land ausweicht, dazu *Guérin-McManus/Famolare/Bowles/Malone/Mittermeier/Rosenfeld*, Bioprospecting in Practice: A Case Study of the Suriname ICBG Project and Benefit Sharing under the Convention of Biological Diversity, www.biodiv.org/COP/IV-Dokumente, 1998, S. 10. Es fehlt eine Pflicht zur Weitergabe ihrer vertraglichen Bindungen an Dritte. Allgemein fehlt es an Klauselverboten und juristischen Durchsetzungsregeln, *Barber/Johnston/Tobin*, User Measures – Options for Developing Measures in User Countries to Implement the Access and Benefit Sharing Provisions of the Convention on Biological Diversity, Dez. 2003, http://www.ias.unu.edu/binaries/UNUIAS_UserMeasures_2ndEd.pdf, S. 37.

51 *Henne/Liebig/Drews/Plan*, Access and Benefit-Sharing (ABS): An Instrument for Poverty Alleviation – Proposals for an International ABS Regime, German Development Institute, 2003, S. 57.

52 Zum Entwurf eines »Code of Conduct on the Transfer of Technology«, *Stoll*, Technologietransfer: Internationalisierungs- und Nationalisierungstendenzen, 1994, S. 97 ff.

53 »International Code of Ethics for Dealers in Cultural Heritage« vom Januar 1999. Zur Handlungsform von PPP siehe *Mucci*, A Comparative Analysis of National Regulations for the Protection of Cultural Heritage, [w3.uniro.ma/it/unimed/copia_audit_db2/legaldocs/comp/](http://www.uniro.ma/it/unimed/copia_audit_db2/legaldocs/comp/) (23.1.03), und für Vorbilder inhaltlicher Regelungen, z.B. zur Befundicherung (wie etwa Dokumentationspflichten, Hinterlegungspflichten, siehe etwa Art. 46 syrisches Antiken-Decree-law Nr. 222) und zum Wissenstransfer (Einbindung der Universitäten und Museen, Art. 28 Ägyptisches Antikengesetz Law).

54 Prominent die beiden Statements der Human Genome Organisation (HUGO): »HUGO Ethics Committee Statement on DNA Sampling: Control and Access« von 1998 und das »HUGO Ethics Committee Statement on Benefit Sharing« von 2000. Letzteres fordert als kollektiven Vorteilsausgleich 1-3% des Jahresprofits als Zahlung an das öffentliche Gesundheitssystem. Dieser Vorschlag wurde aufgegriffen von der Enquetekommission des Deutschen Bundestags zu Recht und Ethik in der modernen Medizin, Erlass einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Spende, Beschaffung, Testung, Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Geweben und Zellen – Gutachterliche Stellungnahme, Berlin Nov. 2003.

55 Zu beidem *Stoll*, s.o. Fn. 2, S. 87.

56 Eine Überblick über die zu diskutierenden Maßnahmen bieten *Barber/Johnston/Tobin*, s.o. Fn. 50.

57 *Godt*, s.o. Fn. 10.

58 Siehe Beiträge des vom BMBF-organisierten Symposiums »Sustainable use and conservation of biological diversity«, 1.-4. 12. 2003 in Berlin. Forschung und Wissenschaft setzen auf freiwillige *Codes of Conduct*, siehe umfassende Sammlung entsprechender Kodizes bei *Stoll/A. Meyer/Schillhorn*, s.o. Fn. 26, S. 315-371.

59 Die Auseinandersetzung um das Argument der TRIPS-Widrigkeit wurde an anderer Stelle geführt, *Godt*, s.o. Fn. 10.

60 *Görg*, Die Inwertsetzung genetischer Ressourcen, Kaperbrief 2003 (11.4.2003), S. 2.

61 *Brandt/Görg*, Access & Benefit Sharing, 2001, S. 19, S. 21.

62 *Mooney*, Why we call it biopiracy, in: *Svarstad/Dhillion* (Hrsg.), *Bioprospecting*, 2000, S. 37 (38); *Mooney*, The Parts of Life, development dialogue, 1996/1997.

63 *Shiva*, Biopiraterie, in: *Koechlin* (Hrsg.), Das patentierte Leben – Manipulation, Markt und Macht, 1998, S. 76-85; *Shiva*, Stolen Harvest – The Hijacking of the Global Food Supply, 2000.

64 Die Liste lässt sich fortsetzen mit einer Vielzahl internationaler NGO, die den Patentschutz in der Bioprospektion zum Anknüpfungspunkt ihrer Kampagnen gemacht haben, so Greenpeace, die kirchlichen Organisationen (Brot für die Welt, CIDSE) und ForUM for Development and Environment, GRAIN und RAFI/ETC.

teilsausgleich verdränge das Bemühen um Umweltschutz. Da die Wertsteigerung erst in der Wertschöpfungskette erfolge, werden die Ressourcen als solche von marginalem Wert bleiben, so dass der ökonomische Anreiz für die Erhaltung gering bleiben werde. Die Praxis der Bioprospektion mache die Erhaltung der Ökosysteme nicht erforderlich. Die kombinatorische Chemie ersetze bereits jetzt die Bioprospektion. Für die ökonomisch wertvollen natürlichen Ressourcen sei eine Übernutzung zu befürchten. Die Möglichkeit der Patentierung unterlaufe den freien Zugang (Naturstoffrechtsprechung), leiste den Gewinnerwartungen Vorschub, fördere die Kommerzialisierung und unterlaufe die Bemühungen der patentkritischen Zivilgesellschaft. Die biologische Vielfalt sollte im öffentlichen Interesse und zugunsten der heutigen und zukünftigen Generationen bewahrt werden. Der Austausch habe nicht bilateral (»Quid pro Quo«) zu erfolgen, vielmehr müsse der Zugang frei bleiben. Die CBD fördere die Aneignung öffentlicher Güter durch Private. Im Schutz der Umwelt durch Patente läge von vorneherein ein Widerspruch. Patentschutz sei auf Fortschritt angelegt, der sich durch die Verdrängung des Alten durch »Neues« auszeichnet. Dadurch sei die Außerwertung notwendigerweise bedingt. Die »Erhaltung« passe nicht ins Konzept.

II. Argumente der Befürworter

Befürworter verteidigen das Konzept mit folgenden Argumenten: Zum ersten könne der CBD-Mechanismus an der Korrektur der weltweiten Wirtschaftsordnung teilhaben. Er überwinde koloniale Strukturen, die Eigentumsrechte allein für den Westen schaffen, aber Primärressourcen als aneignungsfähiges Allgemeingut konzipierten⁶⁵. Zum zweiten könne der Mechanismus die Abhängigkeit der indigenen Völker von den Regierungen lockern. Zum dritten könnte die Abhängigkeit der Staaten von der Entwicklungshilfe gemildert werden, die von Seiten der Ersten Welt paternalistisch wirke und in den Entwicklungsländern häufig in den korrupten Strukturen versickere. Indem die Transferleistungen im Horizontalverhältnis geschuldet seien, blieben Regierungsbeamte außen vor⁶⁶. Das Geld könne unmittelbar zu Gruppen im Land fließen. Viertens könne der Versuch nicht aus der Hand gegeben werden, via Ausschließungsrechten die Übernutzung zu begrenzen, da die Konzeption als »Common Heritage« diese Übernutzung gerade nicht verhindert habe. Fünftens ginge die Kritik an dem fehlenden Materialwert gehen ins Leere, da die Wertschöpfung ja gerade erst mit Blick auf die Information wahlweise »sofort« oder später (durch *Royalties*) abgeschöpft werden soll. Sechstens läge es am Konzept einer Bioprospektion, ob sie dem Umweltschutz und der lokalen Bevölkerung diene. Allein die Perspektive einer kommerziellen Nutzung untergrabe jedenfalls nicht die Interessen und Bedürfnisse der lokalen Bevölkerung⁶⁷.

III. Stellungnahme

Richtig ist, dass die CBD und BG auf der Stärkung der Verfügungssouveränität fußen und konzeptionell in der umweltökonomischen Idee verankert sind, Umweltschutz durch eine privatrechtlich fundierte Anreizstruktur zu ermöglichen. Darin liegt eine Grundentscheidung gegen eine primär öffentlich-rechtliche Treuhänderschaft bzw. freien Zugang. Diese darf aber nicht als Verzicht auf Regulation missverstanden werden. Vor allem darf die Verfügungssouveränität nicht mit Patentschutz gleichgesetzt werden. CBD und BG kommerzialisieren die biologische Vielfalt weder unmittelbar noch mittelbar: Die CBD verpflichtet weder die Staaten zur Anerkennung von genetischen Ressourcen als geistiges Eigentum (Isolationslehre der Naturstoffrechtsprechung oder Patentschutz für reproduktionsfähiges Material), noch ver-

pflichtet sie Private zur Anmeldung von Patenten. Die CBD fordert allein die Anerkennung von Souveränität und von Patentrechten. Damit sind die gegenläufigen Interessensbereiche konturiert. Zwar ist damit Raum für einen politischen »Mittelweg« eröffnet⁶⁸. Eine Vorentscheidung über die Patentierbarkeit von genetischen Ressourcen ist damit aber ebenso wenig getroffen, wie die Patentierung Voraussetzung eines Vorteilsausgleichs ist⁶⁹.

Vielmehr ermöglicht das neue Arrangement ein unkonditionales »Nein« zu Zugang und Nutzung. Unbestritten gilt dies für Wissen, das einer Gemeinschaft als heilig gilt. Dieses soll unverfügbares »extra commercium« sein können. Es bleibt der Diskretion der Gemeinschaft überantwortet, ob dies so bleiben soll oder unter welchen Bindungen die Information den Status verlassen kann. Dieses Verfügungsrecht stellt sich dem Patentrecht als Gegenrecht entgegen, vergleichbar den derzeit diskutierten Patientenrechten in der Biomedizin⁷⁰. Mit der Anerkennung eines Verfügungsrechts über die Information, wie sie in der Natur oder durch kulturelle Leistung der Generationen entstanden ist, erhält das sich zunehmend ins Vorfeld verlagernde Patentrecht ein Gegengewicht. Dieses Verfügungsrecht bezieht sich auf Material und Information. Es ist zwar in Bezug auf die Information an den Gedankenmodellen des Patentrechts orientiert, aber nicht strukturell gleich⁷¹. Offen ist, ob dies ein kommodifiziertes Gut im westlichen Sinne ist. Traditionelles Wissen wird durch Anerkennung einer Verfügungsbefugnis nicht zu individuellem Eigentum, auch wenn westliche Rechtsordnungen nur Individualeigentum kennen. Es bleibt bei einer kollektiven Zuordnung, auch wenn ein Schamane als »Miterfinder« in der Patentanmeldung genannt sein sollte⁷². Es entsteht ein »Kollisionsrecht« an der Grenze zweier Rechtsbereiche. Es kann ein »unveräußerliches« Recht bleiben, vergleichbar unserem Persönlichkeitsrecht. Auch dieses ist »als solches« nicht »übertragbar«. Damit muss auch die »typische« Gegenleistung nicht die Teilhabe am Patentgewinn sein. Für die Verfügenden können Forschungsteilhabe, Ausbildung, Bau von Gemeinschaftseinrichtungen und Wasserversorgung sehr viel

65 Frein, Das Kind im Bade lassen, Kaperbrief (11.4.2003), S. 2; Swanson, Why is there a biodiversity convention? The international interest in centralized development planning, *International Affairs* 1999 (Vol. 72), 307-331.

66 Wobei Vorkehrungen getroffen werden müssen, dass die Verfügenden auch eine reale Chance haben, diese Verträge gegenüber ihren vertragsbrüchigen, typischerweise wirtschaftlich mächtigeren Vertragspartnern durchzusetzen. Zu Überlegungen über Gerichtsstände, Finanzierungshilfen, Rechtsbeistand siehe Barber/Johnston/Tobin, s.o. Fn. 50.

67 Rosenthal, Curtain has fallen on hopes of legal bioprospecting, *Nature* 2002 (Bd. 416), 15 als Direktor des US-amerikanischen ICBG Programms, nachdem das umstrittene Chiapas Projekt (Mexiko) am Widerstand der lokalen Bevölkerung gescheitert war, die just den »Ausverkauf« ihrer Interessen befürchteten; Dolder, Patente auf der Grundlage biologischer Ressourcen aus Entwicklungsländern, *Mitteilungen der deutschen Patentanwälte* 2003, S. 349; vorsichtig auch Bosselmann, Plants and Politics: International Legal Regime Concerning Biotechnology and Biodiversity, *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol* 1995 (Vol. 7), 111 (142) und Stone, What to Do About Biodiversity: Property Rights, Public Goods, and the Earth's Biological Riches, *Southern Cal. L. Rev.* 1995 (Vol. 68), 577.

68 Diese dialektische, den Patentschutz verstärkende Funktion der rechtlichen Begrenzung von Biopiraterie ist für Indien empirisch fassbar, siehe Ramanna, Shifts in India's Policy on Intellectual Property: The Role of Ideas, Coercion and Changing Interests, in: Drahos (Hrsg.), *Perspectives in Intellectual Property*, 2004, im Erscheinen.

69 So allerdings Straus, s.o. Fn. 29, S. 115.

70 Wobei in diesem Bereich jenseits der kollektiven Dimension die Persönlichkeitsrechte im Vordergrund stehen.

71 Wobei die Gefahr besteht, dass Elemente in eine Kultur hineingetragen werden, die in dieser einen Fremdkörper darstellen, dazu Correa, Traditional Knowledge and Intellectual Property, Genf, <http://www.uno.org>, S. 27; auch de Carvalho, From the Shaman's Hut to the Patent Office: In Search of Effective Protection for Traditional Knowledge, *Conference on Biodiversity, Biotechnology and the Protection of Traditional Knowledge*, 2003, <http://law.wustl.edu/centeris/Confpapers/index.html> (2/04), S. 13.

72 Zu den Problemen der Miterfinderstellung (joint application/joint ownership) Godt, Eigentum an Information – ein Beitrag zur Rückführung der Patenttheorie an die allgemeine Eigentumstheorie am Beispiel genetischer Information, 2005.

günstiger sein. Diese Gegenleistung muss vertraglich vereinbart werden. Dass die ressourcenstaatlichen Bestimmungen eingehalten werden, darauf übt die geographische Herkunftsangabe im Patentverfahren präventiv Druck aus.

D. Die geographische Herkunftsangabe in der Patentanmeldung

Die geographische Herkunftsangabe korreliert die Auffindung der Ressource (Access) mit der gewerblichen Nutzungsabsicht (Benefit). Das gilt im Prinzip gleichermaßen für das Patent- und das Sortenrecht⁷³. Da sie Bestandteil des gewerblichen Rechtsschutzes wäre, wird ihre konzeptionelle Bedeutung häufig auf die finanzielle Teilhabe am Patentgewinn verkürzt⁷⁴. Ihre umweltpolitische Bedeutung wird folglich ausgeblendet⁷⁵. Der folgende Abschnitt sucht nach Differenzierungen und deren Konsequenzen für die Ausgestaltung der Regel.

I. Konzeptionelle Bedeutung

1. Ursprünge und Genese

Die geographische Herkunftsangabe wurde Anfang der 90er Jahre als Instrument der präventiven Verhaltenssteuerung und vorrangig zur Absicherung des *Prior Informed Consent* (Zugang) erdacht. Wohl zeitgleich wurde sie für den Schutz der natürlichen Ressourcen⁷⁶ und für den Schutz traditionellen Wissens⁷⁷ in die Diskussion gebracht. Sie schließt auf innovative Weise die vermeintliche »Lücke« der CBD als »unvollständige Güterordnung«, da die CBD das »rechtswidrige« Außerlandesbringen und die rechtswidrige Nutzung außer Landes nicht regelt⁷⁸.

Der Begriff der »geographischen Herkunftsangabe« hat sich als Oberbegriff für einen Strauß an Informationen herausgebildet, die in der Patentanmeldung in Bezug auf genetische Ressourcen offenbart werden sollen. Informationsgehalt und Rechtsfolgen differieren mit den konzeptionellen Grundlagen. Sie lassen sich zwei Gedankenschulen zuordnen, der patentrechtlichen und der umweltrechtlichen. Aus patentrechtlicher Perspektive dient die »geographische Herkunftsangabe« allenfalls als Verbesserung der Erfindungsbeschreibung⁷⁹ und der patentamtlichen Prüfungsqualität⁸⁰. Vertreter dieser Perspektive lehnen Anforderungen ab, die nicht dem Erfindungsschutz, sondern anderen regulativen Zwecke, etwa dem Umweltschutz, dienen. Dies stünde im Widerspruch zur eigentumsrechtlichen Schutzgewähr⁸¹. Aus der Umweltrechtsperspektive wird die »geographische Herkunftsangabe« als Vollzugsinstrument der CBD diskutiert. Hier wiederum gilt es zu unterscheiden: Das Patent kann als Sanktionsinstrument *ex post* oder als verhaltenssteuerndes Instrument *ex ante* konzipiert sein. Es kann der Vollzug eigener nationalstaatlicher Umweltregeln anvisiert sein⁸², aber auch die Flankierung umweltrechtlicher Regeln im Ausland⁸³.

Die weitere Untersuchung nimmt allein die Vollzugsperspektive in den Blick. Sie allein ist rechtlich umstritten. In dieser Funktion fließen zwei unterschiedliche Aspekte ineinander, der Vollzug der Zugangsregeln und der Vollzug der Pflicht zum Vorteilsausgleich. Diese beiden Aspekte fließen in der bisherigen Diskussion ineinander.

2. Versuch der Entzerrung

a. Funktion: Vorteilsausgleich

Aus der ressourcenstaatlichen Perspektive dient die geographische Herkunftsangabe in den *user*-Staaten der *ex-post* Kontrolle der Vorteilsausgleichsverträge⁸⁴. Im Zentrum steht die Teilhabe. Sie setzt den ökonomischen Anreiz zum Umwelterhalt. Aus dieser Per-

spektive analysiert das Gros der Literatur das Erfordernis der Herkunftsangabe.

An dieser Stelle spiegelt die Diskussion über die geographische Herkunftsangabe die Diskussion um die CBD insgesamt. Sie wird von der Industrie als Zugriff auf die Patentgewinne⁸⁵, von bestimmten Umweltgruppen als Kommerzialisierung abgelehnt. Andere stellen nicht den Vorteilsausgleich als solchen, sondern die Voraussetzungen und Effizienz der geographischen Herkunftsangabe in Frage. Vorgebracht werden die Argumente, die auch gegen den Vorteilsausgleich vorgebracht werden. Die synthetische Chemie habe die Naturstoffchemie verdrängt⁸⁶. Die patentierbaren Produkte (Derivate) seien zu weit vom Naturprodukt entfernt, als dass ein Vorteilsausgleich gerechtfertigt sei (zu dessen Durchsetzung die Herkunftsangabe beiträgt). Bei einer Vielzahl von Ausgangsstoffen sei der Vorteilsausgleich *de facto* nicht zu bewerkstelligen. Die zu erwartenden geringen finanziellen Ansprüche rechtfertigten nicht den Aufbau eines bürokratischen Regimes. Die biodiversitätsreichen Länder missbrauchten die CBD für ihre ökonomischen Interessen⁸⁷. Man müsse den Schwerpunkt auf den *in-situ*-Schutz in den Ressourcenstaaten legen.

73 Während die Angabe aufgrund der weniger engen Voraussetzungen des internationalen Saatgutrechts »rechtlich einfacher« ist und aus diesem Grunde propagiert wird, ist ihre Funktionalität für das Sortenrecht aus guten Gründen umstritten: für eine Aufnahme im Sortenrecht *Henne*, Genetische Vielfalt als Ressource, 1998, S. 223; dagegen *Dutfield*, s.o. Fn. 6, S. 923.

74 Das gilt umgekehrt auch für die Entwicklungsländer, die in der CBD eine Fortsetzung ihrer Bemühungen der 70er Jahre um eine Restrukturierung der Weltwirtschaftsbeziehungen sehen, siehe z.B. *Ansari/Jamal*, The Convention on Biological Diversity: A Critical Appraisal with Special Reference to Malaysia, *Indian Journal of International Law* 2000 (Vol. 40), S. 137-177.

75 Mit der Folge, dass sich das Umweltministerium für die Effektivität dieses Instruments nicht »zuständig« erklärt – und die Kompetenz an das Ministerium für Entwicklungszusammenarbeit abgibt. Die Umweltministerien der Ressourcenstaaten verlieren dadurch ihre »umweltkompetenten« Spiegelreferate in den Industrieländern als Partner.

76 Laut *Dutfield*, s.o. Fn. 6, S. 918 war die Idee »originally mooted by civil society organizations«, gedruckt findet sich die Idee erstmals in *Hendrickx/Koester/Prip*, CBD – Access to Genetic Resources: A Legal Analysis, *Environmental Policy and Law*, 1993, S. 250 (254).

77 *Tobin*, Alternative Measures for Protection of Indigenous Rights, Paper presented at the Symposium of Indigenous Peoples of Latin America: »Indigenous Peoples, Biodiversity and Intellectual Property, Santa Cruz, Bolivien, 27.-30. 9. 1994.

78 *Wolfrum/Stoll*, Der Zugang zu genetischen Ressourcen nach dem Übereinkommen über die biologische Vielfalt und nach dem deutschen Recht, 1996, S. 70.

79 Ist Material nur aus einer einzigen Quelle verfügbar, so ist die Quelle bereits *de lege lata* in der Beschreibung anzugeben. Diese Idee ließe sich auf endemische Pflanzen erweitern, die nur in einem einzigen Land aufzufinden sind. Hier liegt der Schwerpunkt bei *Ho*, Disclosure of Origin and Prior Informed Consent for Applications of Intellectual Property Rights Based on Genetic Resources, UNEP, 2003.

80 Diskutiert als Verhinderung von »qualitativ schlechten« Patenten, die der gerichtlichen Prüfung wg. mangelnder Neuheit, Erfindungsqualität und Erfindungshöhe nicht standhalten, siehe *Dutfield*, s.o. Fn. 6, S. 908-912; *Cailaux/Ruiz*, Legislative Experiences on Access to Genetic Resources and Options for Megadiverse Countries, 2002, www.megadiverse.org (2/04), S. 12; *Correa*, Establishing a Disclosure of Origin Obligation in the TRIPs Agreement, Quaker United Nations Office, www.quono.org, 2003, S. 2.

81 Und bedürfe »der weiteren Klärung«, so diplomatisch bei *WIPO*, Draft Technical Study on Disclosure Requirements Related to Genetic Resources and Traditional Knowledge, 2003, S. 73.

82 Diese Perspektive dominiert bei patentrechtlich geprägten Analysten, siehe *Ho*, s.o. Fn. 79, S. 45 f.

83 *Barber/Johnston/Tobin*, s.o. Fn. 50, S. 29-31.

84 Nach *Carvalho* sei dies das einzige Ziel des Instruments, *de Carvalho*, s.o. Fn. 71, S. 27.

85 *Spranger*, Indigene Völker, »Biopiraterie« und internationales Patentrecht, GRUR 2001, 89-92, im Prinzip auch *Straus*, s.o. Fn. 29, der aber umgekehrt den Patentschutz zu stärken sucht als Voraussetzung eines potentiellen Vorteilsausgleichs.

86 »Lack of realism«, *Dutfield*, s.o. Fn. 6, S. 901.

87 Gegenüber der Privatindustrie versuchten sie ihren Wettbewerbsvorteil auszubauen, gegenüber den Industriestaaten »mehr Entwicklungshilfe« zu erlangen. Der Ausbau der BG zu einem Regime belaste über Gebühr die für die Entwicklungshilfe zur Verfügung stehenden Mittel. So argumentierte die Bundesregierung, die den Chapeau des Para. 44 des WSSD Implementationsplans dahin interpretierte, dass die Regimeentwicklung von der Erreichung von Naturschutzziele abhängt (Auskunft einer Beamtin des Bundesministeriums für Umwelt, Gespräch am 19.1.04).

Diese teilhabebezogenen Argumente sind zum Großteil zu entkräften. Die moderne kombinatorische Chemie hat nach Erfahrungen des US-amerikanischen ICBG-Programms die Bioprospektion vor Ort nicht ersetzt. Im Gegensatz zur sog. Ethnobotanik habe sie die Forschung nur sehr selten auf die Spur von »important leads« gebracht⁸⁸. Die Bedeutungslosigkeit widerspricht den Zahlen aus der Pharma- und Kosmetikindustrie⁸⁹. Rechtlich unzutreffend ist die Behauptung, dass Derivate nicht zum Vorteilsausgleich verpflichtet⁹⁰. Für den Saatgutbereich, der sich durch die unübersichtliche Zahl von Ausgangsmaterialien auszeichnet, wurde durch den ITPGRFA eine (Teil-) Lösung gefunden⁹¹. Schließlich sind die geographische Herkunftsangabe und der Vorteilsausgleich final nicht auf die Teilhabe an den Patentgewinnen ausgerichtet. Dies entspräche nicht der Ratio der CBD⁹².

b. Funktion: Vollzug

Von der Funktion für den Vorteilsausgleich («Vollzugskontrolle der Verträge») ist der Vollzug der Zugangsregeln zu unterscheiden. Dieser richtet sich weniger auf eine *ex post* Kontrolle als auf eine *ex ante* Verhaltenssteuerung⁹³. Diese Perspektive richtet den Blick auf diejenigen, die Zugang suchen und die Zugangsregime einhalten sollen. Diese Akteure sind typischerweise Unternehmen und Forscher in Industriestaaten.

Gegen die Instrumentalisierung des Patentrechts zur Vollzugskontrolle der Zugangsregime wird vorgebracht, dass das Patentrecht kein Sanktionsinstrument sei⁹⁴. Zudem sei es dazu ungeeignet, da nicht alle Materialien für ein Schutzrecht angemeldet werden⁹⁵. Die Zugangsregeln in den Ursprungsländern seien zu bürokratisch. Sie stellten bereits jetzt ein Investitions- und Forschungshindernis dar, so dass sich die Industrie aus der Bioprospektion zurückgezogen habe⁹⁶. Von diesen Regeln könne Patentschutz nicht abhängig gemacht werden.

In diesen Argumenten offenbaren sich wichtige, konzeptionelle Missverständnisse.

Erstens ist die geographische Herkunftsangabe kein *ex-post*-Vollzugsinstrument für ressourcenstaatliche Zugangsregeln. Das Diktum von der »güterrechtlichen Lücke«⁹⁷ negiert den Umstand, dass die CBD die internationale Regelungskoooperation einfordert⁹⁸. Die Ressourcenstaaten können ihre Zugangsregeln *de facto* nicht durch noch so strenge Polizei-, Zoll- und Transportregeln durchsetzen⁹⁹. Rechtswidrig erlangte Bioinformation kann im Wege geringster Mengen leicht außer Landes geschmuggelt werden. Es bedarf der ressourcenstaatlichen Vollzugsunterstützung durch Regeln in den Nutzerstaaten¹⁰⁰. Wegen der ökonomischen Bedeutung des Patentschutzes für die chemische und pharmazeutische Industrie kommt den industriestaatlichen Anmeldeverfahren für geistige Eigentumsrechte eine Schlüsselstellung zu. Patentschutz wirkt als regulatives Instrument primär *ex ante*¹⁰¹. Für die Industrie sind Patente wichtig, um in einem leicht kopierbaren Technologiefeld einen zeitlichen Vorsprung erhalten zu können. Um die Gefährdung dieser Option geht es, wenn der Anmelder die Voraussetzungen der geographischen Herkunftsangabe im Vorfeld nicht erfüllt. Aus der verhaltenssteuernden Perspektive verliert deshalb das Argument Bedeutung, dass nicht »alles« Material zum Patent angemeldet wird. Selbst wenn völlig unklar ist, ob die beabsichtigte Bioprospektion ein patentfähiges Ergebnis zeitigt, so geht von dem Wissen, dass Nachweise bei der etwaigen Patentanmeldung vorgelegt werden müssen, eine präventive Wirkung zur Einhaltung der ressourcenstaatlichen Regeln aus.

Ein zweites Missverständnis offenbart der Verweis darauf, dass ein Patent »kein Zertifikat für Wohlverhalten« sei. Moderner Patentschutz ist kein sachenrechtlich abstrakter Eigentumsschutz, sondern ein wirtschaftspolitisches Instrument der Innovationsförderung. Er ist ein regulatives Instrument, das ein bestimmtes

Verhalten zur Erreichung bestimmter Ziele befördern will¹⁰². Es wird nicht bedingungslos gesetzt¹⁰³ – auch wenn nicht alle Rechtsverstöße im Vorfeld durch Patentschutz sanktioniert werden können und sollen¹⁰⁴. Deshalb können negative Auswirkungen nicht mit Verweis auf den Eigentumsschutz hingenommen werden, wenn sie nicht aus übergeordneten Gründen gerechtfertigt sind. Die industriestaatliche Duldung setzt aber einen Anreiz, die lästigen ressourcenstaatlichen Zugangsregeln zu umgehen. Damit zwingt sie die Ressourcenstaaten zu einer strengen Zugangspraxis, da sie auf komplementären Vollzug in den anderen Vertragsstaa-

88 ICBG-Report, S. 19, zitiert nach *McManis*, s.o. Fn. 32; die gleiche Einschätzung legen die Erfahrungen des Unternehmens *Shaman* nahe, das in 400, in Begleitung der ortsansässigen Indigenen der Völker der *Aguaruna* und *Huambisa* gesammelten Pflanzen, in nahezu der Hälfte der Proben Wirkstoffe mit therapeutischem Potential fand – und so die Kosten auf 1/10 der traditionellen Techniken senken konnte. 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*, 2000, S. 139 (141).

89 Siehe Europäische Kommission in KOM (2003) 821 endg. und IP/04/21 vom 7. 1. 2004; auch *Edwards*, s.o. Fn. 5.

90 Ausdrücklich Nr. 36 I und Nr. 44 I BG.

91 Die Arten, die in das multilaterale System aufgenommen wurden, sind vom bilateralen CBD-Vorteilsausgleich befreit. Für eine Erweiterung jenseits der in das multilaterale System aufgenommenen Arten plädiert *Dutfield*, s.o. Fn. 6, S. 923.

92 Soweit auch *de Carvalho*, s.o. Fn. 71, S. 28.

93 Die Doppelfunktion von Sanktion und Prävention ist im Haftungsrecht breit diskutiert, siehe nur *Brüggemeier*, *Prinzipien des Haftungsrechts: Eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, 1999, S. 3. Er weist darauf hin, dass Voraussetzung der Präventionswirkung ein planungsfähiges Rechtssubjekt ist. Just diese (im allgemeinen Haftungsrecht prekäre) Voraussetzung ist bei Bioprospektionsvorhaben erfüllt.

94 *De Carvalho*, s.o. Fn. 71, S. 34.

95 *Ho* (2003), s.o. Fn. 79, S. 8; selbst *Sampath/Tarasowsky*, *Study on the Inter-Relations between Intellectual Property Right Regimes and the Conservation of Genetic Resources*, EC-Kommission, www.biodiv.org (information paper for the second meeting of the ad hoc open ended WG-ABS on 1.-5. 12. 2002 (2002), S. 114.

96 Hoechst Indien; Bayer-Crops. Der Verband der Forschenden Arzneimittellindustrie (VFA) spricht in Bezug auf den Vorteilsausgleich von einer Scheindiskussion.

97 Die CBD regelt die rechtswidrige Nutzung außerhalb des Ressourcenstaates nicht, so *Wolfrum/ Stoll*, s.o. Fn. 78.

98 Zur komplementären Pflicht der Industriestaaten zur Unterstützung der Ressourcenstaaten *Godt*, *IPRs and Environmental Protection after Cancún*, <http://www.ecologic-events.de/Cat-E/en/presentations.htm>, 2003.

99 Funktionalität und Grenzen der Import- und Transportregeln beschreiben *Barber/Johnston/Tobin*, s.o. Fn. 50, S. 25-28.

100 Eine Übersicht möglicher Handlungsinstrumente geben *Barber/Johnston/Tobin*, ebenda.

101 Dabei wird unbenommen Patentschutz in seiner ökonomischen Bedeutung betriebswirtschaftlich überschätzt. Das gilt für die Gewinnerwartungen, wie für die Schutzfunktion, dazu *Straus*, *Elemente eines Änderungsprozesses zur ggf. erforderlichen Verbesserung und Präzisierung der Richtlinie 98/44 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. 7. 1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen in Folge der technischen und gesellschaftlichen Entwicklung der letzten Zeit unter Berücksichtigung der Aspekte des internationalen Rechtsrahmens – Stellungnahme erstellt im Auftrage des Bundesministeriums der Justiz, Bundesministeriums der Justiz*, 2001, Abschnitt IV.3. Die Praxis geht von einem »Drittelmix« aus: In den Nichtigkeitsverfahren erweist sich 1/3 der Patente als nichtig, 1/3 als unverändert wirksam, 1/3 werden eingeschränkt, *Kreukenschrijver*, *Europäische Patente mit Wirkung für Deutschland – dargestellt anhand jüngerer Entscheidungen des BGH*, GRUR 2003, S. 177 (178).

102 Das regulative Verständnis von Patentschutz ist beschrieben in Artt. 7 und 8 (Ziele und Grundsätze) des TRIPS-Abkommens. Danach ist Patentrecht den sozio-ökonomischen Entwicklungszielen, also auch Umweltschutz, verpflichtet.

103 Z.B. muss in den USA ein Patentanmelder offenbaren, ob seine Erfindung durch öffentliche Finanzierung ermöglicht wurde, 37 CFR 1.51 (c) (1), darauf verweisen *Ho*, s.o. Fn. 79, S. 40 und *de Carvalho* (2003), s.o. Fn. 71, S. 53 ff. Hintergrund der Vorschrift war das Eigentumsrecht des Staates am Patent, das aus staatlich finanzierter Forschung hervorging, dazu *Eisenberg*, *Public Research and Private Development: Patents and Technology Transfer in Government-sponsored Research*, *Virginia Law Review* 1996 (Vol. 82), S. 1663-1752.

104 Dies ist ein Problem des Verhältnisses von Patentrecht zu anderen Rechtsgebieten. Berührt ist insbesondere das Verhältnis zum Strafrecht (Industriespionage). Aus diesem Grunde ist bislang h.M., dass der Patentschutz nicht auf das Vorfeld einwirkt. Man wird aber zwischen den Rechtsgütern differenzieren müssen, dazu *Godt*, s.o. Fn. 72.

ten nicht vertrauen können¹⁰⁵. Damit konterkarieren die Industriestaaten nicht nur ihre eigenen Ziele der Forschungsförderung. Vor allem verletzen sie ihre Pflichten aus Art. 15 Abs. 2 und Abs. 7 CBD. Diese verpflichten jede Vertragspartei, also auch die Nicht-Ressourcenstaaten (user countries), Maßnahmen mit dem Ziel zu ergreifen, den Zugang zu erleichtern sowie die Ergebnisse und Vorteile aus der Nutzung ausgewogen und gerecht zu teilen.

Das dritte Missverständnis liegt in der Verengung auf den Patentgewinn. Der Vorteilsausgleich richtet sich nicht allein auf dessen Teilhabe und er liegt nicht allein im Interesse des »provider«. Die geographische Herkunftsangabe fördert *ex ante* den Abschluss von Verträgen über den Vorteilsausgleich. Dies liegt im Interesse aller Vertragsstaaten, auch der Industrieländer. Der Vorteilsausgleich soll ökonomische Grundbedürfnisse mit dem Ziel befriedigen, dass Umwelt erhalten wird. Dieser Konnex von Armutsbekämpfung und Umweltschutz ist Kern der CBD¹⁰⁶. Deshalb hat sich der Vorteilsausgleich nicht notwendig auf Geld zu beziehen. Wichtig ist, dass der Vorteilsausgleich der Bevölkerung vor Ort zufließt, nicht allgemein der Staatskasse¹⁰⁷. Das bedeutet nicht, dass der einen lokalen Gemeinschaft, auf deren Gebiet die Bioprospektion stattfindet, der volle Umfang zusteht. Diese normativen Ansprüche an CBD-konformen Vorteilsausgleich müssen auch die Industriestaaten im Interesse des Umweltschutzes im Rechtsrahmen des internationalen Materialtransfers zum Tragen bringen. Die Herkunftsangabe ist als *ex-ante*-Anreiz ein Baustein dieses Rahmens.

Klarstellend kann für die präventive Verhaltenssteuerung durch die geographische Herkunftsangabe in den Patentverfahren der *user*-Staaten festgehalten werden, dass sie selbst dann funktional ist, wenn der vereinbarte Vorteilsausgleich keine Beteiligung am Patentgewinn (sondern andere *benefits*) vorsieht oder gänzlich auf Vorteilsausgleich verzichtet wurde.

3. Stellungnahme

Die konstruierte Differenzierung zwischen Vorteilsausgleich und Vollzug darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Realität untrennbare Zwischenformen kennt. So erlässt z.B. das brasilianische Recht einer Bioprospektorin die Vorlage eines *Benefit-Sharing*-Vertrags, wenn sie sich vor Zugang zur nicht-kommerziellen Nutzung verpflichtet¹⁰⁸. Hier sind Zugangserlaubnis und *Benefit-Sharing* untrennbar miteinander verknüpft.

Die argumentative Entzerrung zeigt indes zweierlei: Es gibt spezifisch umweltpolitische Gründe für die Einführung der geographischen Herkunftsangabe und die jeweilige Zielsetzung determiniert Gehalt und Rechtsfolge («das Design») der geographischen Herkunftsangabe. Mag der Vollzug der CBD innerhalb der Industrieländer primär das Aufhalten der industriellen Vernutzung von Natur bedeuten. In den Entwicklungsländern, wo sich die («für uns») bedeutsame Biodiversität (tropisch wie arid) primär befindet, wird der Vollzug der CBD gleichgesetzt mit »Aufhalten der Biopiraterie« (d.h. rechtswidrige Aneignung und Export von Material). Diese Ziel-differenz löst sich auch nicht durch Negation des Unterschieds auf¹⁰⁹. Das industriestaatliche Interesse an Umwelterhalt ist abzuschließen durch einen internationalen Rechtsrahmen für Materialtransferverträge mit Vorteilsausgleich. Da der ökonomische Wert vor allem auf der Information liegt, ist diese Ordnung an die informatorische Güterordnung (gewerblicher Rechtsschutz) anzuschließen. Dabei ist die geographische Herkunftsangabe als Baustein von zentraler Bedeutung: Bei der Schutzrechtsanmeldung erblickt die »erbeutete« Information »erstmal das Licht der Welt«. Sie taucht aus der Anonymität auf und beansprucht ein staatliches Schutzrecht. *Ex ante* gibt die geographische Herkunftsangabe Anreiz zur Einhaltung der Zugangsregeln. *Ex post* zwingt sie zu Nachver-

handlungen, indem sie den in der Vergangenheit erfolgten (non commercial use) Zugang mit der aktualisierten Kommerzialisierungsabsicht verbindet.

Somit ist die Einführung der geographischen Herkunftsangabe im Patentverfahren eine Pflicht der Industrieländer, die **rechtlich komplementär** ist zur Pflicht der biodiversitätsreichen Entwicklungsländer zur Einführung der Zugangsregeln¹¹⁰.

II. Die Ausgestaltung

1. Das Gestaltungsspektrum

In der Diskussion steht eine Vielzahl von Regelungsalternativen. Diese definieren sich durch die beiden Parameter von potentiellen Offenbarungselementen und der Eingriffstiefe¹¹¹. Gefordert werden kann die bloße Offenbarung der regionalen Herkunft/der Bezugsquelle¹¹², die Vorlage eines Dokumentes, das die Zugangsgenehmigung (durch Staat und/oder lokale Gemeinschaft) bekundet, und die Vorlage eines *Benefit-Sharing*-Vertrags (horizontale Achse). Alle drei Informationen werden als »*Tripod*« von der sog. »*Group of Megadiverse Countries*« gefordert¹¹³. Auf der Rechtsfolgenseite kann die Ausgestaltung auf (mindestens) sieben Stufen erfolgen. Die Regelung kann fakultativ gehalten sein¹¹⁴. Die Freiwilligkeit kann durch Gebührenreduzierungen gefördert werden. Ein Offenbarungsverstoß kann strafbewehrt sein¹¹⁵ oder als Durchsetzungshindernis ausgestaltet sein¹¹⁶. Die Vorlagepflicht kann der Erteilung des Patents im Wege stehen¹¹⁷, der Verstoß kann Widerrufs-¹¹⁸ oder Nichtigkeitsgrund sein¹¹⁹.

Die unterschiedlichen Regeln spiegeln die oben dargestellten »Schulen« wider. Die freiwilligen Ausgestaltungen, die keine Rechtsfolge zeitigen, beruhen auf einer eigentumsrechtlichen Konzeption

105 Die mangelnde industriestaatliche Unterstützung bei der CBD-Umsetzung wirkt sich in den Ressourcenstaaten als hilflose Überregulierung aus, dazu *Drews/Gettkant*, *The Philippine Access Legislation: A View from Practice*, in: *Wolfrum/Stoll* (Hrsg.), s.o. Fn. 88, S. 59-83; *Liebig/Alker/Chih/Horn/Illi/Wolf*, *Governing Biodiversity – Access to Genetic Resources and Approaches to obtaining Benefits from their Use: the Case of the Philippines*, German Development Institute, in *Zus.arb. m. SEARICE*, 2002, S. 77.

106 *Henne/Liebig/Drews/Plän*, s.o. Fn. 51, S. 28-30

107 Der Vorteilsausgleich muss an Zielen ausgerichtet sein, die »nachhaltig« sind: D.h. ein »Abwerfen von Geld« oder das bloße Abfinden von Dienstleistungen durch die »user« erfüllt die Anforderungen des CBD-Vorteilsausgleichs ebenso wenig, wie die kurzfristige Bereicherung auf Seiten der »provider«.

108 Art. 16 § 4 *Medida Provisoria* No. 2.186-16 (23.8.2001).

109 Dies betonen zu Recht *Brandt/Görg*, s.o. Fn. 61, S. 19.

110 *Godt*, s.o. Fn. 98.

111 Detailliert bei *Godt*, s.o. Fn. 72.

112 Oder beides, so Sec. 10 (4) d ii D indisches Patentgesetz, abgedruckt bei *de Carvalho*, s.o. Fn. 71, S. 37.

113 Bekräftigt in *IP/C/W/403* vom 24. 6. 2003.

114 Sog. »*freestanding requirement*«: Erwägungsgrund 27 der Biopatentrichtlinie 98/44/EG, Verhandlungsposition der Europäischen Kommission bis Dez. 2003 (siehe etwa Mitteilung der Europäischen Kommission an den TRIPS-Council vom 8.7.2002) und der dt. Bundesregierung, siehe § 34a dt. Vorschlag der Bundesregierung zur Umsetzung der RL 98/44/EG vom 18. 8. 2003, BR-Drs. 546/03.

115 § 3 Stk. 5 des dänischen Gesetzes 374 vom 19.6.1998; eingefügt durch Ministerial-Verordnung Nr. 1086 vom 11. 12. 2000; so auch der Entwurf einer Sec. 166 des norwegischen Strafgesetzbuches vom Mai 2003. Wollte man eine vergleichbare Regelung für die Bundesrepublik ins Auge fassen, sind die strengen Voraussetzungen des § 156 dt. StGB zu bedenken, dazu *Godt*, s.o. Fn. 72.

116 *De Carvalho*, *Requiring Disclosure of the 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* 2000 (Vol. 371), 371-401.

117 Art. 31 brasilianische Provisional Measure No. 2.186-16.

118 Art. 64 (p) indisches Patent-(Amendment)-gesetz von 2002, dazu *de Carvalho*, s.o. Fn. 71, S. 38; auch Art. 30 § 1 Abs. IX brasilianische Provisional Measure No. 2.186-16.

119 Second and Third Complementary Measures zu Entscheidung Nr. 391 des Andenpaktes, abgedruckt bei *Stoll/A. Meyer/Schillhorn*, s.o. Fn. 26, S. 160; Art. 81 des Biodiversity Law Costa Ricas; Art. 4, § 4 Umsetzungsvorschlag des belgischen Wirtschaftsministers.

eines Patents. Die Vertreter dieser Konzeption argumentieren, dass alle anderen Gestaltungsformen je nach Schwerpunktsetzung entweder Art. 27 TRIPS¹²⁰ oder Art. 29 TRIPS¹²¹ widersprechen¹²². Demgegenüber beruhen die anderen Gestaltungsformen auf einem regulativen Verständnis von Patentschutz. Dieses versteht Patentrecht als ein wirtschaftliches Förderinstrument, das mit der Verfolgung anderer politischer Ziele kompatibel sein muss. Danach sind Klauseln, die an die Offenbarungsfunktion von Patentschutz anknüpfen, aber nicht ausschließlich patentrechtliche Ziele verfolgen, mit den Grundsätzen von Patentschutz und TRIPS vereinbar. Sanktionsverbundene Formen lassen sich nach der Schwerpunktsetzung unterscheiden. Je nachdem, ob sie Zugangs- oder Vorteilsausgleichspflichten in den Vordergrund stellen und welchen Stellenwert sie diesen Werten zumessen, differiert die Eingriffstiefe. Mit einer hohen Wertschätzung traditionellen Wissens korreliert die Patentnichtigkeit, wenn Zugang und Vorteil nicht auf rechtmäßigem Wege erlangt sind. Wenn der belgische Entwurf den Offenbarungsverstoß mit der Nichtigkeit des Patents ahndet, dann misst er dem traditionellen Wissen der Ressourcenstaaten die Bedeutung eines »tragenden Grundsatzes der Rechtsordnung« bei¹²³. Zur Erfüllung der CBD-Pflichten dürfte es für die Industriestaaten ausreichen, die Herkunftsangabe und den fehlenden Nachweis der Zugangsgenehmigung als Erteilungshindernis mit Widerrufssanktion auszugestalten. Eine bloße ordnungsrechtliche Rechtsfolge (Gebührenreduzierung) wird aus dem Grunde ausscheiden, weil dadurch den Betroffenen der Ressourcenstaaten kein ausreichender Rechtsbehelf eröffnet ist.

Aus der gebotenen Distanz betrachtet, darf die Diskussion um die TRIPS-widrigkeit nicht überschätzt werden. Im intergouvernementalen Diskurs werden in Rechtsargumenten politische Positionen vertreten¹²⁴. Einer juridiziellen Überprüfung nach Maßstäben der Streitschlichtungsinstanzen der WTO dürften die bisher vorgebrachten Argumente der TRIPS-widrigkeit nicht stand halten. Argumentativer Kern der Schiedssprüche ist, dass die Regeln nicht »diskriminierend« wirken dürfen¹²⁵. Insofern erlegt TRIPS den Staaten erhöhte Begründungsanforderungen für Differenzierungen in der Regelsetzung auf¹²⁶. Da die geographische Herkunftsangabe aber nicht eine Branche diskriminiert¹²⁷, die Patentierung nicht ausschließt und zudem als Vollzug der CBD gerechtfertigt sein dürfte, unterfällt sie nicht dem TRIPS-Verdikt. Die Diskussion verschiebt sich mithin von der Frage des TRIPS-Verstoßes auf die Frage der Einführung eines internationalen Zertifikats¹²⁸. Es würde nicht nur die administrative Belastung verringern. Vor allem würde es die Prüfung auf international abgestimmte Kernfragen reduzieren und im Übrigen die Regelung den Staaten überlassen.

2. Probleme der Ausgestaltung

Die strengen Ausgestaltungsformen stoßen auf drei Probleme:

a. Nutzungsänderung

Probleme der internationalen Kooperation wirft nicht allein der Export von *ab initio* rechtswidrig erlangtem Material auf¹²⁹. Eine Herausforderung stellt die spätere Nutzungsänderung (im Nutzerstaat) dar, die den Abschluss oder die Änderung des *Benefit-Sharing-Agreement* erforderte. Dies ist von großer Bedeutung, da für die (zunächst) »nicht-kommerzielle« Bioprospektion zu Forschungszwecken in vielen Ländern eine vereinfachte Zugangsgenehmigung unter Verzicht auf *Benefit-Sharing-Verträge* erteilt wird¹³⁰. Muss sich dies auf die patentrechtliche »geographische Herkunftsangabe« auswirken? Man wird differenzieren: Im Grundsatz sollten Nutzungseinschränkungen in der privatrechtlichen und nationalstaatlichen Rechtsmacht verbleiben (und keine patentrechtliche Verknüpfung haben). Eine Ausnahme sollte die Be-

grenzung auf »non-commercial use« («nicht-kommerzielle Grundlagenforschung») sein, die den Verzicht auf »mutual agreed terms« nach sich gezogen hat. Eine solche Klausel diene der Zugangerleichterung (im »User«-Interesse). Diese Einschränkung sollte der Patenterteilung im Wege stehen. Sie sollte im internationalen Zertifikat vermerkt sein.

b. Kein Zugangszeugnis, kein Patent?

Ist ein Automatismus zwischen fehlendem Zugangszeugnis und der Patentverweigerung zwingend? Dies stellt ein Problem dar, wenn eine bestimmte Regel im Verdacht steht, völkerrechtswidrig zu sein. So tauchen etwa Klauseln in Biodiversitätsgesetzen auf, die früher in Technologietransfergesetzen geregelt waren, aber heute als TRIPS-widrig gelten. Als verboten gilt heute etwa die »*local working*«-Klausel¹³¹. Zur Sicherung der nationalen Kontrolle sieht jetzt z.B. das brasilianische Zugangsgesetz eine »joint venture« Pflicht vor, wobei die Kontrolle der nationalen Einrichtung zu obliegen hat, es sei denn, es handele sich um reines Forschungsvorhaben¹³².

In Bezug auf die Versagung eines Patents mangels Zugangsnachweises oder Zertifikats ist nach dem Zweck der »Herkunftsangabe« i.w.S. zu differenzieren. Ihr Zweck ist die Einhaltung der CBD-konformen Zulassungsregeln. Im Kern sind dies »*prior informed consent*« und »*benefit sharing*«. Ressourcenstaaten dürfen den Zugang nicht völkerrechtswidrig einschränken. Um die Pa-

120 Spranger, s.o. Fn. 85; Brasilien fordert umgekehrt spiegelbildlich die Ergänzung von Art. 27 TRIPS.

121 Nach der indischen Verhandlungsposition sei Art. 29 TRIPS zu ergänzen.

122 Zu diesem Streit um das Verhältnis von geistigem Eigentumsrecht und der CBD gibt es umfangreiches Schrifttum, siehe nur Dutton/Levere, s.o. Fn. 20, und Sampath/Tarasowsky, s.o. Fn. 95.

123 Zur Analyse der belgischen Klausel Godt, s.o. Fn. 2, S. 56 f. und Overwalle, Belgium Goes its Own Way on Biodiversity and Patents, EIPR 2002, S. 233; zur gangbaren Konzeption des Ordre-Public-Verstoßes Rott, Patentrecht und Sozialpolitik unter dem TRIPS-Abkommen, 2002, S. 225, 229 f.; Dolder, s.o. Fn. 67, S. 360 ff.

124 Das gilt auch für die akademischen Stellungnahmen. Dies gilt z.B. insbesondere für die Ausarbeitung Correa, s.o. Fn. 80, der ebenfalls vertritt, dass die Herkunftsangabe TRIPS widerspreche. Er darf seinen Heimatregierungen aber nicht in den Rücken fallen, die diese im TRIPS-Rat auf Änderung des TRIPS-Vertrags drängen, weil TRIPS der CBD widerspreche! In inhaltlicher Sicht unterstreichen seine Argumente die Funktionalität des Instruments.

125 Es gilt zwischen Diskriminierung und Differenzierung zu unterscheiden. Regelungen, die sich aus den Besonderheiten eines Technikbereiches ergeben, unterfallen nicht dem Diskriminierungsverbot, WTO-Panel-Report vom 17. 3. 2000, Canada-Patent Protection of Pharmaceutical Products (WT/DS114/R, unter Randziff. 7.92).

126 Über den klaren Wortlaut von TRIPS hinaus, will TRIPS den nationalen Gestaltungsspielraum nicht verkürzen. Zwar schließt Art. 27 Abs. 1 TRIPS das tatbestandliche Stoffschutzverbot für Pharmazeutika und Lebensmittel aus. Sie sind bezogen auf die Definition dessen, was eine Erfindung ist. Ein Verbot für »weitere Patentierungsvoraussetzungen«, wie sie für den in der Verhandlung befindlichen internationalen Patentvertrag in der Diskussion ist, kann in Art. 27 TRIPS nicht hineingelesen werden.

127 Betroffen sind so verschiedene Branchen wie die Chemie, die Agrochemie, die Pharmazeutische Industrie, die Biotechnologie etc.

128 Die Idee des internationalen Zertifikats geht zurück auf Tobin, Certificates of Origin. A Role for IPR regimes in Securing Prior Informed Consent, Vortragspapier zu einem Workshop zu »Regulating Access to Genetic Resources, organisiert von ACTS, ILS, IUCN, SPDA, WRI in Jakarta, Indonesien, 4.-5. 11. 1995. Auf erforderliche Rahmenbedingungen zur Verhinderung von »Billigzertifikaten« verweist Dolder, s.o. Fn. 67, S. 368.

129 So aber noch Stoll, s.o. Fn. 2, S. 73-88.

130 Art. 16 § 4 brasilianisches Dekret No. 2.186-16 vom 23. 8. 2001; ähnlich ist die Situation in Indien: Laut Sec. 5 des indischen Biodiversitätsgesetzes gilt der Genehmigungsvorbehalt für Zugang nicht für gemeinsame Forschungsunternehmungen (collaborative research project). Damit ist der Nutzer aber nicht von der Genehmigungspflicht vor Patentanmeldung befreit (Sec. 6).

131 Wobei diese Bewertung umstritten ist, siehe Shanker, Legitimacy and the TRIPS-Agreement, Working Paper Series 2002 (WPO2-01) www.uow.edu.au/commerce/econ/workingpapers/WPO2.01.pdf, S. 12 und Shanker, The Vienna Convention on the Law of Treaties, the Dispute Settlement System of the WTO and the Doha Declaration on the TRIPS Agreement, JWT 2002, S. 721 (758 f.), Rott, s.o. Fn. 123, S. 193 ff.

132 Art. 16 § 6 des brasilianisches Dekretes 2.186-16 vom 23. 8. 2001. Die Ausnahme Klausel für Grundlagenforschung macht gemessen dem Ziel des Wissenstransfers jedenfalls keinen Sinn, auch wenn sie zentral ist für die Zugangerleichterung zugunsten »non-commercial purposes«.

tentämter von der Einzelfallprüfung zu entlasten, bedarf es eines international konsentierten Zertifikats. Seine Vorlage löst in dogmatischer Hinsicht die Bindung von nationalem öffentlichem Recht und zum Vertragsrecht auf. Ist ein solches Zertifikat nicht beizubringen, kann der Patentanmelder die Vorlage des Zertifikats durch die Vorlage eines privaten *Benefit-Sharing*-Vertrages ersetzen und sein Bemühen um eine amtliche Zugangsgenehmigung amtlich bekunden. In diesen Fällen trägt der Anmelder das Risiko, dass das Patent an den Bestand des Vertrages gebunden ist.

c. Schutz von indigenem Wissen vor Veröffentlichung

Der Schutz von indigenem Wissen vor Veröffentlichung muss gewahrt sein¹³³, sofern die Gemeinschaften Geheimnisschutz wünschen¹³⁴. Bei Patentanmeldung ergibt sich das Problem potentiell vertragswidriger Offenbarung traditionellen Wissens. Der gebotene Geheimnisschutz ist abzugrenzen von der rechtlich nicht schützenswerten Geheimhaltung von Prospektionszulassungen (sei es als Schutz vor der Brandmarkung von Biopiraterie, sei es als Schutz vor Nachbarstaaten, die die vertraglichen Bedingungen »unterbieten« könnten¹³⁵). Die Grenze ist dadurch zu ziehen, dass nur die Offenbarung der geographischen (Landes-)Herkunft und der Nachweis des rechtmäßigen Zugangs gefordert wird. Dazu reichen Randdaten, die vom Patentprüfer aktenkundig gemacht werden. Der Inhalt des traditionellen Wissens unterfällt dem Geheimnisschutz. Er darf nicht Bestandteil der Patentbeschreibung werden.

E. Ausblick: Auf dem Wege zu einem ABS-Protokoll?

Die 7. Vertragsstaatenkonferenz in Kuala-Lumpur im Februar 2004 beschloss, auf Grundlage der *Bonn Guidelines* ein »Regime« für Zugang und Vorteilsausgleich zu verhandeln¹³⁶. Dabei wird zu klären sein, ob es einer verbindlichen Regelung (etwa eines Protokolls) bedarf. Während der Vertragsstaatenkonferenz ist deutlich geworden, dass das Regime nicht von bestimmten Zielen im Naturschutz abhängig gemacht werden kann¹³⁷.

Damit haben die Verhandlungen den richtigen Weg eingeschlagen. Denn die effektive Regelung von Zugang und Vorteilsausgleich liegt nicht allein im Interesse der Entwicklungsländer, die man im Wege eines Kuhhandels gegen Zugeständnisse beim Naturschutz im Interesse der Industriestaaten »eintauschen« kann. Zugang und Vorteilsausgleich sind auszugestalten als *in-situ*-Schutz-Instrumente, die erst in die Welt zu setzen sind, bevor ein »Funktionieren der CBD« erwartet werden kann. Dies liegt im Eigeninteresse der Industriestaaten. Es hieße die CBD grundsätzlich misszuverstehen, reduzierte man sie auf den klassischen Naturschutz. Die CBD und die BG schaffen vielmehr einen Rechtsrahmen für Materialtransfer und Ressourcennutzung. Sie sind Teil des Rechtsrahmens einer sich ausdifferenzierenden »Globalisierung«. In diese Neuordnung muss sich die Umweltpolitik gestaltend einbringen und die CBD als Forum für eine umweltgerechte Einhegung von internationalem Wirtschaftshandeln nutzen.

In diesem Sinne ist der Bundesregierung angeraten, dreierlei in die Wege zu leiten: (1) Endlich muss eine interministerielle Arbeitsgruppe eingesetzt werden, die Pilotprojekte nach Muster der US-amerikanischen ICBGs anstoßen kann¹³⁸. In den Unternehmen und Behörden fehlt es an Erfahrungen, ebenso bei den wissenschaftlichen Organisationen und den Nicht-Regierungsorganisationen (Botanische Gärten und NGOs). Das gilt für die internationale Kooperation wie für die konkrete Vertragsgestaltung¹³⁹. Der Erfahrungsvorsprung muss eingeholt werden. Dazu ist es wichtig, dass die Bundesregierung ihre Haltung zu Public-Private-Partnerships überdenkt und praktikable Leitlinien entwickelt¹⁴⁰.

(2) Ein wichtiger Baustein für das Rechtsregime des internationalen Transfers von biologischem Material ist die Einführung der obligatorischen geographischen Herkunftsangabe bei der Anmeldung von Patenten in den Industriestaaten. Die Vorstöße der EG-Kommission sollten von der Bundesrepublik aktiv unterstützt werden. In diesem Sinne sollte das Bundesministerium für Umwelt das Legislationsverfahren zur Umsetzung der EG-Biopatentrichtlinie 98/44/EG in deutsches Recht dazu nutzen, um der bundesrepublikanischen Vorreiterrolle in der Umweltpolitik gerecht zu werden: Die Herkunftsangabe darf nicht freiwillig sein, die Falschangabe muss rechtliche Folgen zeitigen und darf die Anmeldung von Derivaten vom Patentschutz nicht von der Pflicht zur Offenbarung des zugrundeliegenden Materials befreien.

(3) Innerhalb der CBD sollte die Entwicklung eines international anerkanntsfähigen Zertifikats vorangetrieben werden, das die Prüfung der Patentanmeldung erleichtert. Die Bundesregierung sollte sich (über die EG) in der CBD-Vertragsstaatenkonferenz und im TRIPS-Rat entsprechend positionieren.

133 B. Tobin, Redefining Perspectives in the Search for Protection of Traditional Knowledge: A Case Study from Peru, RECIEL 2001, S. 47; Barber/Johnston/Tobin, s.o. Fn. 50, S. 8.

134 Das Gegenmodell zum Geheimnisschutz bieten die zahlreichen, öffentlich zugänglichen Datenbanken, die zu Zwecken der Zerstörung patentrechtlicher Neuheit aufgebaut wurden, siehe dazu WIPO, Progress Report on the Status of Traditional Knowledge as Prior Art, Dok. WIPO/GRTKF/IC/2/6 (1. 7. 2001).

135 Zur Angebotskonkurrenz der Ressourcenstaaten untereinander Brandt/Görg, s.o. Fn. 61, Drahos, Indigenous Knowledge, Intellectual Property and Biopiracy: Is a Global Bio-Collecting Society the Answer?, EIPR 2000, S. 245-249; auch bereits Bosselmann, s.o. Fn. 67, S. 143.

136 The Kuala Lumpur Declaration vom Febr. 2004, <http://www.biodiv.org/meetings/cop-07/press/default.asp>.

137 Dieses Junktim wurde in die Chapeau-Klausel der Nr. 44 des Implementationsplans hinein interpretiert, s.o. Fn. 87. Diese Interpretation widerspricht Art. 1 und Art. 20 Abs. 4 CBD. Nach Art. 1 CBD stehen die Ziele der CBD nicht in einem Stufenverhältnis. Mithin kann der Vorteilsausgleich nicht an die Erreichung von Naturschutzziele gebunden werden. Nach Art. 20 Abs. 4 CBD sind die Aktivitäten der Industrieländer weder abhängig von den eigenen finanziellen Möglichkeiten, noch von Vorleistungen der Ressourcenstaaten. Art. 20 CBD macht umgekehrt die Umsetzung in den Ressourcenstaaten abhängig von Technologietransfer von Seiten der Industrieländer, dazu Bragdon, The Evolution and Future of the Law of Sustainable Development: Lessons from the Convention on Biological Diversity, Georgetown International Environmental Law Review 1996 (Vol. 8), S. 423-436, S. 435.

138 Zum Programm selbst siehe <http://www.fic.nih.gov>. Eine Übersicht über das Programm vermitteln Rosenthal et al., Combining High Risk Science with Ambitious Social and Economic Goals, Pharmaceutical Biologogy, 1999 (Vol. 37), S. 6-21.

139 Daraus resultiert das widersprüchliche Verhalten, nach der die Industrie zum einen nach einem verlässlichen administrativen Rahmen für Bioprospektion ruft, bevor sie in einem Land aktiv werden will (und anderenfalls als Verzicht auf die Rechte qualifiziert, Spranger, Der Zugriff auf pflanzliche Genressourcen im internationalen Regelungsgeflecht, Archiv des Völkerrechts 2002 (Bd. 40), S. 64 (72); zum anderen aber meidet die Industrie just solche Länder mit Verweis auf die belastende staatliche Überregulierung, darauf verweisen Drews/Gettkant s.o. Fn. 105, S. 65.

140 Bislang beschränkt die Bundesregierung »Public-Private-Partnerships« auf die Kooperation mit Staaten, die dafür hinreichende gesetzliche Grundlagen vorsehen. Durch diese Entscheidung werden asiatische Staaten begünstigt, afrikanische Staaten benachteiligt.

Dr. Christine Godt

Wissenschaftliche Assistentin am juristischen Fachbereich der Universität Bremen und Mitglied des Zentrums für Europäische Rechtspolitik, ZERP.

Aktuelle Veröffentlichungen: Streit um Biopatenschutz: Stoffschutz, Patente auf Leben und *Ordre Public*, ZERP-DP 2003 (download über <http://www.zerp.uni-bremen.de>); IPRs and Environmental Protection after Cancin (download unter <http://www.ecologic-events.de/Cat-E/en/presentations.htm>, Okt. 2003); International Economic and Environmental Law – Exercises in Untangling the Dogmatic Conundrum, in: Krämer, I. (Hrsg.), Recht und Um-Welt-Essays in Honour of Prof. Dr. Gerd Winter, S. 235-252; Patentschutz für Forschungsergebnisse – eine Herausforderung für die Wissenschaft, *WissR* 2003, S. 25-51.