

Von Biopiraterie zu Austausch und Kooperation

Das Protokoll von Nagoya über Zugang zu genetischen Ressourcen
und gerechten Vorteilsausgleich*

Professor Dr. GERD WINTER, Lic. rer. soc.
und Dr. iur. EVANSON CHEGE KAMAU
Universität Bremen

I. Von Rio nach Nagoya

Das Übereinkommen von Rio über die biologische Vielfalt von 1992 (CBD) verfolgt die drei Hauptziele, die biologische Vielfalt zu erhalten, ihre Bestandteile nachhaltig zu nutzen und die Vorteile, die sich aus der Nutzung genetischer Ressourcen (GR) ergeben, ausgewogen und gerecht aufzuteilen. Das letzte Ziel dient zugleich instrumentell den beiden Anderen: Die geteilten Vorteile unterstützen die Bereitsteller darin, eigene nachhaltige Nutzungsstrategien zu entwickeln und die biologische Vielfalt zu erhalten.

Artikel 15.1 CBD begründet das zwischenstaatliche Recht eines Ursprungslandes, den Zugang zu seinen GR zu bestimmen. Artikel 15.2 CBD qualifiziert dies in der Weise, dass Ursprungsländer beim Zugang keine unangemessenen Beschränkungen auferlegen dürfen. Nach Artikel 15.7 CBD müssen die Vertragsstaaten dafür sorgen, dass die Forschungs- und Entwicklungsergebnisse sowie monetäre und sonstigen Vorteile aus der Nutzung von GR mit dem Herkunftsland fair und gerecht (*equitable*) geteilt werden. Gemäß Artikel 8(j) sind die Vertragsstaaten – soweit angemessen – verpflichtet, die Vorteile, die aus der Nutzung der traditionellen Kenntnisse, Innovationen und Gebräuche indigener und ortsansässiger Gemeinschaften (im Folgenden: TK¹) entstehen, zu teilen. Dieses Regime wird im Englischen kurz mit *access and benefit sharing* (ABS) bezeichnet.

* Stark überarbeitete deutsche Fassung eines in LEAD 6/3 (2010) S. 248–262 veröffentlichten englischen Artikels von Evanson Chege Kamau, Bevis Fedder und Gerd Winter. Die Arbeitsanteile an der vorliegenden Fassung begründen die geänderte Autorennennung.

¹ Wir übernehmen damit die international gebräuchliche Abkürzung für *traditional knowledge*.

Einige Staaten – hauptsächlich ressourcenreiche Ursprungsländer – haben die ABS-Regeln in nationales Recht umgesetzt.² Pionier waren die Philippinen mit ihrer Executive Order 247 vom 18. Mai 1995. Sie formten das Zugangsverfahren sehr restriktiv aus, so dass für die Nutzer Verzögerungen, Ungewissheit und hohe Transaktionskosten programmiert waren.³ Grundlagenforschungs- und Bioprospektionsprojekte wurden stark behindert.⁴ Zuzufolge Cabrera Medaglia und Dutfield wurden bis 2004, knapp zehn Jahre nach Inkraftsetzung der Philippinischen Regelung, nur einer von acht Anträgen für kommerzielle Forschung und nur einer von 17 Anträgen für Grundlagenforschung bewilligt.⁵ Verschiedene Vertragsstaaten, die nach den Philippinen ABS-Regelungen erlassen haben, folgten dem gleichen Trend.⁶

Diese restriktive Umsetzung des CBD-Konzepts von ABS hat verschiedene Gründe. Viele Staaten des Südens sahen in ABS ein Heilmittel gegen die von ihnen inkriminierte Biopiraterie.⁷ Zugleich erhofften sie sich vom Vorteilsausgleich umfangreiche und schnelle Zahlungsflüsse.⁸ Nutzerstaa-

² Lyle Glowka, A Guide to Designing Legal Frameworks to Determine Access to Genetic Resources, IUCN, 1998, S. 23 ff.

³ Paz Benavidez, Philippines: Evolving Access and Benefit-sharing Regulations, in Santiago Carrizosa et al., eds., Accessing Biodiversity and Sharing the Benefits: Lessons from Implementing the Convention on Biological Diversity, 153–176 at 160–167, IUCN, 2004; Krystyna Swiderska et al., Developing the Philippines Executive Order No. 247 on Access to Genetic Resources, IIED, 2001.

⁴ Marcio de M. Santons und Maria Nunes O. Sampaio, Relatório sobre análise dos artigos 12 e 18 da Convenção da Biodiversidade Biológica (Papier vorgestellt auf dem Workshop estratégia Nacional de Biodiversidade organisiert von PROBIO, São Paulo 1998) und Jorge Cabrera Medaglia, A Comparative Analysis of the Implementation of Access and Benefit-Sharing Regulations in Selected Countries (Bonn: IUCN, 2004).

⁵ Siehe Medaglia (oben Fußnote 4), S. 192 und Graham Dutfield, Developing and Implementing National Systems for Protecting Traditional Knowledge: A Review of Experience in Selected Developing Countries (Referat auf dem UNCTAD Expertentreffen über Systeme und Erfahrungen um traditionelles Wissen, Innovationen und Bräuche zu Schützen, Genf, 30 Oktober – 1 November 2000), verfügbar auf http://r0.unctad.org/trade_env/docs/dutfield.pdf.

⁶ Siehe die Berichte von Juliana Santilli über Brasilien, Anne Angwenyi über Kenia, Rachel Wynberg und Mandy Taylor über Südafrika und Tinbiao Qin über China in Evanson Chege Kamau und Gerd Winter Hrsg., Genetic Resources, Traditional Knowledge and the Law. Solutions for Access & Benefit Sharing, Earthscan, 2009. Australien hat vor wenigen Jahren ein angepassteres Konzept verwirklicht, siehe Geoff Burton, Australian ABS Law and Administration – A Model Law and Approach?, in Kamau und Winter aaO. S. 271.

⁷ Der brasilianische Bundesstaat Acre z.B. hat sein Acre State Law N° 1235/97 als Antwort auf einen einzigen Biopirateriefall verabschiedet, der eine NGO betraf, die einheimische Nutzungsarten von medizinischen Pflanzen katalogisiert hatte. Siehe Jordan E. Erdos, Current Legislative Efforts in Brazil to Regulate Access to Genetic Resources (1999), verfügbar auf http://www.sustain.org/biotech/library/admin/uploadedfiles/Current_Legislative_Efforts_in_Brazil_to_Regul.htm.

⁸ Evanson Chege Kamau, Facilitating or Restraining Access to Genetic Resources? Procedural Dimensions in Kenya, 5/2 Law, Environment and Development Journal, 2009, verfügbar auf <http://www.lead-journal.org/content/09152.pdf>. Siehe auch Darrell A. Posey, (Re)Discovering the Wealth of Biodiversity, Genetic Resources, and the Native Peoples

ten hätten die Ressourcenstaaten dazu motivieren können, eine vertrauensvollere und realistischere Einstellung zu ABS einzunehmen, indem sie ihrerseits Regelungen zu Zugang und Vorteilsausgleich einführten. Sie sind jedoch durchweg untätig geblieben.⁹ ABS-Regelungen von Herkunftstaaten blieben somit das alleinige Instrument gegen Missbrauch und zur Durchsetzung des Vorteilsausgleichs. So ist es nicht verwunderlich, dass die Auflagen für den Zugang sehr einschränkend ausfielen.

Vor diesem Hintergrund richtete die 5. Vertragsstaatenkonferenz 2000 in Nairobi die Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-Sharing (WG-ABS) ein, mit dem Auftrag, Richtlinien und andere Ansätze für die Umsetzung der ABS-Bestimmungen der CBD zu erarbeiten und dabei mit der Arbeitsgruppe zu Artikel 8(j) über den Zugang zu traditionellem Wissen zusammenzuarbeiten (Decision V/26).

Die ABS-Arbeitsgruppe entwickelte daraufhin die Bonner Leitlinien,¹⁰ welche von der sechsten Vertragsstaatenkonferenz 2002 als unverbindliche Empfehlung beschlossen wurden. Die Leitlinien enthalten Konkretisierungen der Vorgaben der CBD, insbesondere eine Aufzählung von mutually agreed terms (MAT) und möglicher Arten monetärer und nicht-monetärer Vorteile. Obwohl den Leitlinien eine wichtige Rolle bei der weiteren ABS-Gesetzgebung auf der Bereitstellerseite zukam, konnten sie die Nutzerseite nicht zu eigenen Regelungen bewegen.

Auf dem Johannesburg-Gipfel der Vereinten Nationen zur Nachhaltigen Entwicklung im August 2002 gaben die megadiversen Länder zu verstehen, das Fehlen klarer völkerrechtlicher Regeln über Zugang zu GR könne sie dazu veranlassen, den Zugang für Forscher, Unternehmen und Privatinvestitionen weiter einzuschränken.¹¹ Zum Ende des Gipfels einigte man sich dann darauf, dass im Rahmen der CBD und der Bonner Leitlinien ein „internationales Regime“ verhandelt werden solle.¹²

Daraufhin erhielt die ABS-Arbeitsgruppe von der 7. Vertragsstaatenkonferenz 2004 den Auftrag, in Zusammenarbeit mit der Arbeitsgruppe zu Artikel 8(j) ein verbindliches ABS Protokoll zu erarbeiten und zu verhan-

of Latin America, verfügbar auf http://gupea.ub.gu.se/bitstream/2077/3240/1/anales_5_posey.pdf.

⁹ Siehe Gerd Winter, Towards Common Pools of Genetic Resources – Improving the Effectiveness and Justice of ABS, in *Kamau und Winter* Hrsg. (oben Fußnote 6), S. 19.

¹⁰ Bonner Leitlinien über den Zugang zu genetischen Ressourcen und die gerechte und ausgewogene Beteiligung an den Vorteilen aus ihrer Nutzung, in Bericht der sechsten Vertragsstaatenkonferenz zum Übereinkommen über die biologische Vielfalt, UN Doc. UNEP/CBD/COP/6/20 (2002) (in englischer Sprache). Für eine deutsche Übersetzung der Leitlinien siehe http://www.abs.bfn.de/fileadmin/ABS/documents/Bonn-Guidelines_englisch-deutsch_Druckfassung.pdf.

¹¹ *Evanson Chege Kamau*, Disclosure Requirement – A Critical Appraisal, in *Kamau und Winter* Hrsg. (oben Fußnote 6), S. 28.

¹² Durchführungplan des Weltgipfels für nachhaltige Entwicklung, Johannesburg 2002, Paragraph 42(o).

deln (COP Decision VII/19). Die 8. Vertragsstaatenkonferenz von 2006 forderte die ABS-Arbeitsgruppe auf, ihre Arbeit so früh wie möglich vor der 10. Vertragsstaatenkonferenz 2010 abzuschließen. Wichtige Sitzungen der ABS-Arbeitsgruppe fanden im Oktober 2007 in Montreal und im Januar 2008 in Genf statt. Der daraus resultierende Bericht (UNEP/CBD/COP IX/6) enthielt mögliche Bestandteile – mit Alternativen – eines Protokolls. Der Text wurde von der 9. Vertragsstaatenkonferenz 2008 konsolidiert und in Annex I der Entscheidung über ABS (COP X Decision IX/12) als Basis für die weitere Ausarbeitung und Verhandlung aufgenommen. Die 9. Vertragsstaatenkonferenz beauftragte die ABS-Arbeitsgruppe, den Entwurf eines ABS Protokolls zur Verabschiedung durch die 10. Vertragsstaatenkonferenz 2010 vorzulegen.

Ihren endgültigen Vorschlag beschloss die ABS-Arbeitsgruppe vor der 10. Vertragsstaatenkonferenz in Cali, Kolumbien.¹³ Er enthielt eine immense Fülle von in Klammern gesetzten Optionen. Auf der Konferenz, die im Oktober 2010 in Nagoya stattfand, blieben viele Punkte bis zum letzten Tag kontrovers. In nächtlicher Klausur formulierten der Gastgeberstaat Japan, der für die Entwicklungsländer agierende Staat Brasilien und die für die Industriestaaten handelnde EU einen Kompromisstext,¹⁴ der trotz erheblicher Proteste gegen das unpartizipative Vorgehen¹⁵ am 29. Oktober 2010 schließlich angenommen wurde.¹⁶ Dies war möglich, weil im Hintergrund ein großer Deal abgeschlossen worden war: Die Ressourcenstaaten akzeptierten einen Strategieplan mit 20 Zielen für Biodiversitätsschutz bis 2010, während die Industriestaaten gewissen – längst nicht sämtlichen – Wünschen der Ressourcenstaaten hinsichtlich ABS entgegenkamen.¹⁷

¹³ 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/COP/10/5/ADD5, verfügbar auf [http://www.cbd.int/doc/?meeting=cop-10\(officialdocuments\)](http://www.cbd.int/doc/?meeting=cop-10(officialdocuments)) (zugegriffen am 14. November 2011).

¹⁴ *Gurdial Singh Nijar*, The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources: An Analysis, Ceblaw Brief (University of Malaya), 2011.

¹⁵ Ebd.

¹⁶ 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, Nagoya, 29 Oktober 2010, verfügbar auf <http://www.cbd.int/cop10/doc/> (zugegriffen am 11.9.2011).

¹⁷ *Matthias Buck, Clare Hamilton*, The 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, in *RECIEL* 20 (1) 2011, S. 47–61 (47); *Gerd Winter*, Die Kompromisse von Nagoya, und wie es weitergeht, *ZUR* 2011, S. 57 f.

II. Inhalt und Bewertung des Nagoya-Protokolls

Das Protokoll, genannt 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, besteht aus 27 Erwägungsgründen, 36 Artikeln und einem Annex. Wir fassen im Folgenden die zentralen Vorschriften des Protokolls zusammen und bewerten sie. Maßstab der Bewertung ist, ob ein sinnvoller Ausgleich der Interessen der Ressourcen- und Nutzerstaaten gefunden worden ist. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass Nutzerstaaten zugleich auch als Ressourcenstaaten und Ressourcenstaaten zugleich auch als Nutzerstaaten agieren können. Tatsächlich hielten die typischen Ressourcenstaaten und die typischen Nutzerstaaten aber daran fest, ihre jeweiligen Hauptinteressen zu verteidigen. Nur bei den großen Entwicklungsstaaten gab es ein gewisses Schwanken. Brasilien z.B. trat zunächst als Vertreter der Ressourcenstaaten auf, war am Schluss aber sehr kompromissbereit.¹⁸

1. Zielsetzung

In seiner Zielsetzung wiederholt das Protokoll wörtlich das dritte Ziel der CBD – „fairen und gerechten Ausgleich der Vorteile aus der Nutzung genetischer Ressourcen“ – und fügt hinzu, dass ABS zu dem „Schutz der biologischen Vielfalt und der nachhaltigen Nutzung ihrer Bestandteile“ beitragen soll.¹⁹ Hierdurch wird ABS in den Dienst der anderen beiden Zielen der CBD gestellt, während in der CBD die drei Ziele gleichrangig nebeneinander stehen. Dieser neue Akzent muss normativ Ernst genommen werden, auch wenn realistisch anzuerkennen ist, dass es bei ABS tatsächlich primär um einen handfesten sozio-ökonomischen Interessenausgleich geht, und dass weder die Entstehungsgeschichte der CBD noch die bisherige Praxis von ABS Belege dafür hergeben, dass durch ABS wirklich Biodiversitätsschutz betrieben wird.²⁰

2. Geltungsbereich

a) Zeitlich

Die Seite der Herkunftsstaaten hat auf dem Gebiet der zeitlichen Anwendbarkeit des ABS-Regimes weitgehend verloren. Viele Varianten wurden vorgeschlagen, von denen vier hervorzuheben sind: Eine minimale Va-

¹⁸ Vgl. *Nijar* (oben Fußnote 14).

¹⁹ Art. 1 (Artikelangaben ohne Nennung der Norm beziehen sich im Folgenden auf das Nagoya-Protokoll).

²⁰ Siehe dazu *P.-T. Stoll*, Access to GRs and Benefit Sharing – Underlying Concepts and the Idea of Justice, in *Kamau/Winter* (Hrsg.) (oben Fußnote 6), S. 3–18 (4 f.).

riante erfasst nur solche GR/TK und die aus diesen gezogenen Vorteile, auf die nach Inkrafttreten der CBD (und nationaler ABS-Gesetzgebung) zugegriffen wurde. Etwas weiter geht die Variante, die zusätzlich Biopirateriefälle einbezieht, d.h. Vorteile von solchen GR und TK, auf die vor oder nach Inkrafttreten der CBD zugegriffen wurde und für die entgegen nationaler Gesetzgebung keine Abmachung über Vorteilsausgleich gemäß CBD oder Nagoya-Protokoll getroffen wurde. Die am weitesten zurückreichende Variante besteht darin, den Vorteilsausgleich auf die Nutzung solcher genetischen Ressourcen (GR) und traditionellen Kenntnisse (TK), auf die vor Inkrafttreten der CBD zugegriffen wurde (d.h. vor Dezember 1993), auszuweiten.²¹ Weniger, aber immer noch umfassend ist die Variante, die nur Vorteile von fortwährenden und neuen Nutzungsarten von GR und TK, auf die vor Inkrafttreten der CBD zugegriffen wurde, einbezieht.²²

Das Nagoya-Protokoll schweigt sich dagegen über die zeitliche Anwendbarkeit aus. Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Protokoll sich implizit die erste genannte Variante zu eigen macht. Die Frage muss vielmehr nach allgemeinem Völkerrecht beantwortet werden. Nach Art. 28 der Wiener Vertragsrechtskonvention binden völkerrechtliche Verträge „eine Vertragspartei nicht in Bezug auf eine Handlung oder Tatsache, 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.“ Hiernach kann der Zugriff auf GR/TK vor diesem Datum nicht retroaktiv einem Zustimmungsvorbehalt unterworfen werden. Ebensowenig können Vorteile, die vor diesem Datum entstanden sind, retroaktiv der Pflicht zum Vorteilsausgleich unterstellt werden. Jedoch lässt sich vertreten, dass die Nutzung der Ressourcen und die Erzeugung von Vorteilen nach diesem Datum eine neue Handlung im Sinne von Artikel 28 der Wiener Vertragsrechtskonvention darstellen, oder, alternativ dazu, dass das Besitzen von GR oder TK eine Lage ist, die nicht zu bestehen aufgehört hat.²³ Was dagegen die Fälle von Biopiraterie angeht, so stellen sie genau genommen kein Rückwirkungsproblem dar, weil Verstöße gegen geltendes nationales Recht vorliegen. Die Frage ist hier lediglich, ob Nutzerstaatenrecht die Verstöße sanktioniert. Verpflichtet sind Nutzerstaaten dazu jedenfalls erst ab Inkrafttreten des Nagoya-Protokolls.

²¹ Dabei ist vorauszusetzen, dass der Herkunftsstaat rückwirkend eine ABS-Gesetzgebung einführt, die Zugang und Vorteilsausgleich regelt.

²² Hierfür ist vorauszusetzen, dass der Herkunftsstaat diese Einbeziehung durch nationale Regelung vorsieht. Genau genommen würde die Vorteilsausgleichspflicht erst mit dem Inkrafttreten dieser Regelung einsetzen.

²³ Siehe Wolff Heintschel von Heinegg, Die völkerrechtlichen Verträge als Hauptrechtsquelle des Völkerrecht, in *Knut Ipsen* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2004, § 12 Rn. 15.

b) Sachlich

Für beide Seiten klärend ist es, dass der sachliche Anwendungsbereich genauer definiert wurde. Bisher unterliegen im Grunde alle GR/TK dem Zugangsregime, gleich zu welchem Zweck sie verwendet werden. Dies führt zu schwierigen Abgrenzungen im Hinblick auf Verwendungen von GR, die nicht auf dem genetischen Programm beruhen, sondern für bulk uses erfolgen wie z.B. Pflanzen als Heizmaterial oder Nahrungsmittel. Das Nagoya-Protokoll umgrenzt den Anwendungsbereich des Zugangsregimes nunmehr nicht mehr nur über den Begriff der GR/TK, sondern zusätzlich über den der Nutzung (utilization), und zwar der Nutzung für Zwecke von Forschung und Entwicklung (F&E) einschließlich der Anwendung von Biotechnologie.²⁴ Vom Nutzungsbegriff nicht erfasst ist dagegen die anschließende Anwendung und Kommerzialisierung (subsequent application and commercialization). Dies ist wichtig für den Anwendungsbereich der Überwachungspflichten.²⁵

Die Herkunftsstaaten waren allerdings erfolgreich, den Nutzungsbegriff auf die Nutzung von biochemischen Stoffen auszudehnen, die aus genetischer Expression oder dem Metabolismus von biologischen und GR stammen. Biochemische Stoffe, die keine Erbinheiten tragen, fallen nicht unter den Begriff genetische Ressource; sie unterliegen somit nicht den souveränen Rechten der Lieferstaaten.²⁶ Jedoch ist Forschung und Entwicklung an Biochemikalien vom Begriff Nutzung genetischer Ressourcen erfasst, denn biochemische Substanzen gelten als Derivative, der Gebrauch von Derivativen gilt als ein Fall von Biotechnologie, und Biotechnologie ist, wie bereits gesagt, als ein Nutzungszweck bestimmt.²⁷ Lieferstaaten können in ihren Zugangsbedingungen hinsichtlich GR also Regelungen zur Forschung und Entwicklung an Biochemikalien treffen und für Vorteile aus Forschung und Entwicklung sowie anschließender Anwendung und Kommerzialisierung Ausgleichspflichten festlegen.²⁸

²⁴ Art. 6.1.

²⁵ Vgl. Art. 5.1. Dazu unten II.9.

²⁶ Dies bedeutet: Wenn jemand Biochemikalien, die lösgelöst von genetischen Ressourcen in einem Lieferstaat vorhanden sind, erwerben will, unterliegt dieses nicht einer Zugangsregelung.

²⁷ Art. 2 c)-e). Über diesen sehr nützlichen Wechsel der sedes materiae für die Erfassung biochemischer Stoffe vom Begriff der GR zum Nutzungsbegriff siehe *Morten Walloe Tvedt* und *Tomme Young*, *Beyond Access: Exploring Implementation of the Fair and Equitable Sharing Commitment in the CBD, IUCN, Environmental Policy and Law Paper No. 67/2*, 2007, S. 65.

²⁸ Art. 5.1 und 6.1.

c) *Personell*

Natürlich ist das Nagoya-Protokoll zunächst auf die Vertragsparteien anwendbar. Die in ihm niedergelegten Rechte und Pflichten treffen die Vertragsparteien normalerweise gleichermaßen. Einige Rechte und Pflichten sind jedoch spezifischer Art und nötigen zu einer spezifischen Eingrenzung. Besonders bedeutsam ist die Umschreibung der Staaten, die zur Regelung von Zugang und Vorteilsausgleich berechtigt sein sollen. Dies sind die Vertragsparteien, die GR liefern (provide) und die entweder Ursprungsstaaten (countries of origin) der GR sind oder die GR in Übereinstimmung mit der CBD erworben haben. Ursprungsstaaten sind diejenigen, die die GR in situ besitzen.²⁹ Für die Nutzerseite wird dagegen kein Ausdruck Nutzerstaat o. ä. eingeführt. Wo es um die Nutzerseite geht, wird nur von Nutzern gesprochen. Dies berechtigt aber trotzdem, den Ausdruck Nutzerstaat zu verwenden und damit den Staat zu bezeichnen, innerhalb dessen Nutzungen stattfinden und Vorteile aus Nutzungen entstehen.

Die Umschreibung der Staaten, die den Zugang und Vorteilsausgleich zu regeln berechtigt sind, als Lieferstaaten mit in situ oder (legitimen) ex situ Bedingungen belegt, dass ABS der Logik des Tausches folgt: Nicht der Ressourcenstaat, in dem eine Species indigen ist und erhalten werden soll, erhält den Vorteilsausgleich, sondern der Staat, der die Species in situ oder (legitimerweise) ex situ besitzt und liefert. Der bloße Besitz und die Fähigkeit, ihn in den Tausch zu bringen, ist also geschäftsbegründend, nicht die Erhaltungsarbeit.

3. Zugangsbedingungen

Die Vorschriften des Protokolls über Zugang zu GR wiederholen unter Bekräftigung der souveränen Rechte der Staaten über ihre natürlichen Ressourcen, dass der Zugang der vorher eingeholten Zustimmung (prior informed consent – PIC) auf Seiten des Lieferlandes (provider state) unterliegt.³⁰ Angesichts der Erfahrungen mit überbürokratischen und intransparenten Zugangsabläufen bemüht sich das Protokoll sichtlich um prozedurale Erleichterungen. Zu diesem Zweck sollen die Herkunftsstaaten für Folgendes sorgen: Rechtssicherheit, Klarheit und Transparenz der nationalen ABS-Regelungen; ausgewogene und nicht-willkürliche Regeln und Verfahren über Zugang zu genetischen Ressourcen; Verfügbarkeit von Informatio-

²⁹ Art. 2 Abs. 4 CBD. Die Begriffe der CBD werden vom NP in Bezug genommen, siehe Art. 2 NP. Im Folgenden verwenden wir den Ausdruck Lieferstaaten (provider states) in den Zusammenhängen, in denen es um die Ausgestaltung von ABS geht, und sprechen von Ressourcenstaaten, wenn allgemeinere Bemerkungen zu ABS gemacht werden.

³⁰ Art. 6.1. Die bereitstellende Partei ist entweder das Ursprungsland oder die Partei, welche die genetische Ressource in Übereinstimmung mit den Regeln der CBD erhalten hat.

nen über PIC-Antragsverfahren; klare, kosteneffektive und rechtzeitige Entscheidungsfindung; Erteilung von Genehmigungen oder Äquivalenten als Beweis, dass die Zustimmung (PIC) eingeholt wurde; Kriterien und Verfahren, indigene und ortsansässige Gemeinschaften einzubinden; und klare Regeln und Verfahren, sog. einvernehmlich festgelegte Bedingungen (mutually agreed terms; MAT) zu vereinbaren.³¹

Zu den Beteiligten auf der Herkunftsseite, welche in die Vereinbarung von MAT über GR involviert sind und ihnen zustimmen müssen, gehören der Lieferstaat selbst³² und, wenn die nationale Gesetzgebung indigenen und lokalen Gemeinschaften genetische Ressourcen zuordnet und die Nutzung zustimmungspflichtig macht, jene Gemeinschaften.³³ Wird TK genutzt, bedarf es, gemäß nationaler Gesetzgebung, ebenfalls der Zustimmung der indigenen oder lokalen Gemeinschaft.³⁴ Nationale „focal points“ und die zuständigen nationalen Behörden müssen über PIC- und MAT-Erfordernisse Auskunft erteilen.³⁵ Bestimmte Behörden sind zudem damit zu betrauen, Zugang zu GR zu gewähren.³⁶ Dabei kann ein Organ die Funktionen des focal points und der zuständigen Behörde in sich vereinigen.³⁷

4. Vorteilsausgleich

Jede Vertragspartei ist verpflichtet, gesetzgebende, administrative und politische Maßnahmen zu ergreifen um sicher zu stellen, dass Vorteile, die aus der Nutzung von GR und TK sowie anschließender Anwendung und Kommerzialisierung entstehen, in fairer und gerechter Weise mit dem Lieferstaat bzw. den indigenen und lokalen Gemeinschaften geteilt werden.³⁸ Der Anhang zum Protokoll zählt – beinahe wörtlich den Bonner Leitlinien folgend – denkbare monetäre und nicht-monetäre Vorteile auf.³⁹ Zusätzlich schreibt das Protokoll Zusammenarbeit in technischen und wissenschaftlichen Forschungs- und Entwicklungsprojekten vor. Diese sollen vorzugsweise innerhalb und mit Beteiligung des Herkunftslandes statt-

³¹ Art. 6.3(a)–(g). Gemäß Art. 6.3(g)(i)–(iv), beinhalten MAT u.a. Streitschlichtungsklauseln und Konditionen zum Vorteilsausgleich, einschließlich Rechte des geistigen Eigentums, Nutzung durch Dritte, Absichtsänderungen, und Teilen von Informationen über die Durchsetzung von MAT.

³² Art. 6.1.

³³ Art. 6.2. Zu denken ist an GR auf kommunalem Land, insbesondere auch an gemeinschaftlich gezüchtetes Saatgut.

³⁴ Art. 7.

³⁵ Art. 13.1 und 13.2.

³⁶ Art. 13.2.

³⁷ Art. 13.3.

³⁸ Art. 5.1 und 5.5.

³⁹ Art 5.4 und Annex (Monetäre und nicht-monetäre Vorteile). Siehe auch Bonn Leitlinien (oben Fußnote 10), Appendix II.

finden.⁴⁰ Hinzu kommen Maßnahmen zum Kapazitätsaufbau,⁴¹ der einer der zentralen Vorteile des Protokolls ist.⁴² Die Vertragsparteien müssen in Bezug auf Kapazitätsaufbau, Kapazitätsentwicklung, Stärkung menschlicher Ressourcen und institutioneller Kapazitäten zusammenwirken.⁴³ Entwicklungs- und Übergangstaaten sollen Selbsteinschätzungen durchführen, um ihre nationalen Bedürfnisse und Prioritäten zu identifizieren.⁴⁴ Hauptfelder des Kapazitätsaufbaus sind die Umsetzung der ABS-Regeln und die Teilnahme an Forschung und Entwicklung an GR.⁴⁵

5. Nutzung genetischer Ressourcen

Jedwede Nutzung von GR, die Vorteile hervorbringt, kann Anlass für Vorteilsausgleich sein. Deswegen ist eine Definition dieses Ausdrucks von erheblicher Bedeutung. Die Nutzung von GR wird definiert als „Forschung und Entwicklung der genetischen und/oder biochemischen Beschaffenheit der GR, einschließlich durch die Anwendung von Biotechnologie, wie in Artikel 2 der [CBD] definiert.“⁴⁶ Jedoch enthält das Protokoll keine Liste der unterschiedlichen Nutzungsarten von Forschung und Entwicklung. Damit wurden Listen, die in früheren Entwürfen enthalten waren, verworfen. Sie können aber weiterhin als Interpretationshilfe herangezogen werden. Die letzte Fassung der Liste der rechtlichen und technischen Expertengruppe über Konzepte, Begriffe, Arbeitsdefinitionen und bereichsübergreifende Ansätze⁴⁷ enthielt eine nicht-abschließend gemeinte Aufzählung folgender Tätigkeiten:

- Genetische Modifizierung,
- Biosynthese (Nutzung genetischen Materials als Fabrik von organischen Stoffen),
- Züchtung und Selektion,
- Vermehrung und Kultivierung der genetischen Ressource in der empfangenen Form,
- Konservierungsmaßnahmen,
- Charakterisierung und Bewertung,
- Sequenzierung von Genen oder Genomen und

⁴⁰ Art. 23 3, Satz.

⁴¹ Art. 22.

⁴² Annex zum Protokoll, Nr. 2 (g)–(j).

⁴³ Art. 22.1.

⁴⁴ Art. 22.3.

⁴⁵ Art. 22.4., 22.5.

⁴⁶ Art. 2(c).

⁴⁷ Siehe Access and Benefit Sharing, COP Decision IX/12, Sektion B von Annex II und WG-ABS official document 7/2, 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/7/2 (2008).

- Herstellung von Stoffen, die in natürlichem genetischen Material vorkommen (Extraktion von Metaboliten, Synthese von DNA-Segmenten und Kopien).

Wie bereits erwähnt⁴⁸, ist besonders bedeutsam, dass die Erforschung und Entwicklung der biochemischen Beschaffenheit der genetischen Ressource in die Nutzungsdefinition einbezogen wurde. Dies bedeutet, dass z.B. Arzneimittel, die auf der Entnahme von chemischen Stoffen aus biologischen Ressourcen basieren, dem Vorteilsausgleich unterliegen.

6. Vereinfachte Bedingungen für Grundlagenforschung

Die transnationale Gemeinschaft der Forschenden hat sich erfolgreich für eine Klausel über den erleichterten Zugang der Grundlagenforschung (simplified measures for access) eingesetzt.⁴⁹ Die Ressourcenstaaten waren über die Möglichkeit besorgt, dass der erleichterte Zugang missbraucht werden könnte, insbesondere, weil keine klare Abgrenzung zwischen Grundlagenforschung und kommerzieller Forschung existiert und weil Grundlagenforschung sich problemlos in kommerzielle Forschung verwandeln kann.⁵⁰ Zusätzlich könnten Ergebnisse der Grundlagenforschung von Dritten für kommerzielle Zwecke benutzt werden. Doch waren die Herkunftsstaaten schließlich kompromissbereit, darauf vertrauend, dass die Nutzer durch vertragliche Klauseln dazu verpflichtet werden können, bei Umorientierung auf kommerzielle Forschung und Entwicklung erneut eine Zustimmung (PIC) einzuholen und bei Weitergabe an Dritte diese auf Eintritt in den ABS-Vertrag zu verpflichten.⁵¹

⁴⁸ Oben zu Fußnote 27.

⁴⁹ Art. 8 (a).

⁵⁰ Manche CBD-Quellen charakterisieren nicht-kommerzielle Forschung durch a) öffentliche Zugänglichkeit, b) nicht-kommerzielle Absichten, c) die Ergebnisse nützen Bereitstellung, dem Naturschutz, der Ökosystemanalyse und der Charakterisierung von Organismen und d) der Erbringung zeitnaher, nicht-monetärer Vorteile. Beispiele sind a) Naturschutz, b) Taxonomie, c) Produktion natürlicher Stoffe und d) DNA Synthese. Kommerzielle Forschung dagegen a) beschränkt Zugang oft, b) entwickelt Marktprodukte, c) ist in erster Linie für Nutzer von Vorteil und d) generiert langfristige, monetäre Vorteile. CBD GTLE information document 1/INF/2, Concepts, Terms, Working Definitions and Sectoral Approaches Relating to the International Regime on Access and Benefit Sharing, UN Doc. UNEP/CBD/ABS/GTLE/1/INF/2 (2008), Nr. 5 und CBD WG-ABS official document 7/2, 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/7/2 (2008), Nr. 13 und 43–44.

⁵¹ Vgl. Art. 8 (a) a.E.

7. Zugang in Notsituationen

Im Fall der indonesischen Vogelgrippe wurde deutlich, dass pathogene Organismen in Notfällen schnell zugänglich gemacht werden müssen, damit Impf- und Gegenmittel entwickelt werden können. Während die Nutzerstaaten auf einer Pflicht der Ressourcenstaaten zu sofortigem Zugang bestanden⁵², setzten sich die Ressourcenstaaten damit durch, die strenge Pflicht zu einer Erwägungspflicht abzumildern. Dies schließt selbstverständlich nicht aus, dass sie in ihrer nationalen Gesetzgebung strengere Pflichten akzeptieren.

8. Indigene und lokale Gemeinschaften und traditionelle Kenntnisse

Indigene und lokale Gemeinschaften, in deren Besitz sich GR und mit diesen Ressourcen assoziierte traditionelle Kenntnisse (TK) befinden, werden in verschiedenen Vorschriften des Protokolls besonders begünstigt. Soweit ihnen nach innerstaatlichem Recht GR zugeordnet werden, bzw. soweit sie TK besitzen, sollen Vertragsparteien Maßnahmen ergreifen, die sicherstellen, dass in den betroffenen Gemeinschaften für den Zugang eine vorherige Zustimmung (PIC) eingeholt und entstehende Vorteile nach einvernehmlich festgelegten Bedingungen (MAT) geteilt werden.⁵³

Die Vertragsparteien sind verpflichtet, Mechanismen vorzusehen, die dafür sorgen, dass die Nutzer von TK über ihre Verpflichtungen informiert werden.⁵⁴ Solche Verpflichtungen können in Gemeinschaftsprotokollen, Mindestanforderungen für MAT und Mustervertragsklauseln niedergelegt werden, die mit Unterstützung der Vertragsparteien von den indigenen und lokalen Gemeinschaften entwickelt werden.⁵⁵

Um das Bewusstsein der Gemeinschaften über GR und TK zu steigern, sollen Vertragsparteien Gemeinschaftstreffen organisieren, eine Beratungsstelle für Gemeinschaften einrichten und Gemeinschaften in die Umsetzung des Protokolls einbinden.⁵⁶

Damit eine effektive Beteiligung von Gemeinschaften bei der Umsetzung des Protokolls ermöglicht wird, sollen die Kapazitäten der Gemeinschaften verbessert werden. Dabei betont das Protokoll besonders die Verbesserung der Fähigkeiten von Frauen.⁵⁷ Darin spiegelt sich das Ziel wider, den Frauen eine wichtige Rolle in ABS-Prozessen, politischen Entscheidungsprozessen und der Umsetzung des Biodiversitätsschutzes zuzumessen.⁵⁸

⁵² Vgl. Art. 6 (b) des Draft Protocol i.d.F. von Cali (oben Fußnote 13).

⁵³ Art. 5.2, 6.2 und 7.

⁵⁴ Art. 12.2.

⁵⁵ Art. 12.1 und 12.3.

⁵⁶ Art. 21(b)–(c) und (h).

⁵⁷ Art. 22.3 und 22.5(j).

⁵⁸ Elfte Präambel des Protokolls.

9. Maßnahmen zur Durchsetzung und Überwachung

Bis jetzt hat kaum ein Nutzerstaat gesetzliche, administrative oder politische Maßnahmen getroffen, die die Einhaltung der Zugangsbedingungen oder die Verpflichtung zum Vorteilsausgleich sicherstellen. Die neuen Vorschriften zwingen sie jetzt, mehr zu tun. Allerdings sind die Vorschriften des Protokolls insoweit recht unübersichtlich aufgebaut und in spezifischer, keineswegs unbeabsichtigter Weise lückenhaft.

Die Vertragsstaaten – dies ist besonders für die Nutzerstaaten bedeutsam – werden erstens ergebnishaft zur Sicherung der Einhaltung bestimmter Regeln (compliance) verpflichtet; zweitens werden zu diesem Zweck bestimmte Beobachtungspflichten (monitoring) festgelegt; und drittens wird ein Instrument zum Beweis der Regeleinhaltung eingeführt.

Für die Sicherung der Regeleinhaltung sind „angemessene, effektive und verhältnismäßige gesetzgeberische, administrative und politische Maßnahmen“ zu treffen.⁵⁹ Die Staaten müssen im Auge behalten, welche GR oder TK in ihrem Hoheitsgebiet für Forschung und Entwicklung genutzt werden, und sie müssen absichern, dass diese GR und TK nach Einholung der vorherigen Zustimmung und auf Grund einvernehmlicher Festlegung der Nutzungsbedingungen, soweit dies von den Lieferstaatsregeln gefordert wird, erlangt worden sind. Festgestellte Rechtsverstöße müssen abgestellt werden. Die Vertragsparteien sollen dabei kooperieren.⁶⁰ Zur Lösung möglicher Streitigkeiten über ABS müssen die Vertragsparteien Streit-schlichtungsmechanismen zur Verfügung stellen und für die gegenseitige Anerkennung und die Durchsetzung von Urteilen und Schiedssprüchen sorgen.⁶¹ Konkretisierungen der Vorschriften zum Vollzug sollen auf der ersten Konferenz der Vertragsparteien verhandelt werden.⁶²

Die Beobachtungspflichten beziehen sich nur auf GR als solche, nicht auch auf TK.⁶³ Sie umfassen die Einrichtung von Kontrollpunkten (check-points), die Begründung und Durchsetzung von Mitteilungspflichten der Nutzer gegenüber den Kontrollpunkten sowie die Weitergabe der Informationen an die zuständigen Behörden des Vertragsstaates, den Herkunfts-

⁵⁹ Art. 15.1. und 16.1.

⁶⁰ Art. 15 und 16.

⁶¹ Art. 18.2. und 3. Um für Rechtssicherheit bei der Streitschlichtung zu sorgen, sollen die Vertragsstaaten nach Art. 18.1 Lieferanten und Nutzer „ermutigen“, bereits beim Abschluss von einvernehmlich festgelegten Bedingungen (MATs) das anwendbare Recht und die Streitschlichtungsverfahren zu klären.

⁶² Art. 17.1. Die Vertragsstaaten sollen nach Art. 17.1 (b) Lieferanten und Nutzer „ermutigen“, die Mitteilungspflichten bereits beim Abschluss der einvernehmlich vereinbarten Bedingungen (MAT) zu spezifizieren.

⁶³ Die Gründe für diese Einschränkung liegen darin, dass hinsichtlich der Erstreckung des TK-Regimes zu viele Unklarheiten bestanden. Vgl. *Buck/Hamilton* (oben Fußnote 17), S. 56.

staat und das ABS Clearing House.⁶⁴ Dabei soll der Gebrauch von kosten-effektiven Kommunikationstechniken gefördert werden.⁶⁵ Die von den Kontrollstellen zu sammelnden Informationen beziehen sich auf die vorherige informierte Zustimmung (PIC), den Ursprung der GR, die einvernehmlich festgelegten Bedingungen (MAT) und/oder die Nutzungen.⁶⁶

Als Instrument der Beweisführung hinsichtlich der Regeleinhaltung wird ein international anerkanntes Zertifikat eingeführt. Es enthält nicht-vertrauliche Angaben über die Genehmigungsbehörde, Datum, Bereitsteller, Zugangsberechtigte, die genetische Ressource, deren Nutzung, ein spezifisches Identifizierungsmerkmal (unique identifier) und die Bestätigung, dass die vorherige informierte Zustimmung (PIC) eingeholt und einvernehmlich festgelegte Bedingungen (MAT) vereinbart wurden.⁶⁷ Die PIC-Genehmigung des Herkunftsstaates gilt als ein solches Zertifikat.⁶⁸

Bedeutsam für die Effektivität dieser Verpflichtungen dürfte sein, dass jede Vertragspartei in noch zu beschließenden Intervallen und Formaten der Vertragsstaatenkonferenz Bericht über ihre Vollzugsmaßnahmen zu erstatten hat.⁶⁹

In bewertender Perspektive sind Lösungen für drei Probleme von Interesse: Welches Organ soll für die Beobachtung zuständig sein, an welchem Punkt der Inwertsetzungskette der GR soll die Beobachtung stattfinden, und welche Umstände müssen im Ergebnis durchgesetzt werden?

Was die verantwortlichen Organe betrifft, verlangt das Protokoll lediglich, dass Nutzerstaaten überhaupt Kontrollpunkte bestimmen, nicht jedoch, welche dies sein sollen. Im Protokollentwurf von Cali waren noch einige Kontrollpunkte aufgelistet, wie z.B. Forschungsinstitute, Patentämter und Aufsichtsbehörden. Diese Zurückhaltung erscheint uns als angemessen, weil die organisatorischen Verhältnisse in den Vertragsstaaten sehr unterschiedlich sind.

Hinsichtlich des Zeitpunktes der Kontrolle nennt das Protokoll sehr umfassend „jede Stufe von Forschung, Entwicklung, Innovation, Vor-Kommerzialisierung und Kommerzialisierung“.⁷⁰ Durch Gebrauch des Wortes „should“ räumt die Vorschrift den Nutzerstaaten Ermessen ein, strategische Punkte festzulegen. Eine Pflicht zur Offenlegung der Herkunft bei Antrag auf Patentierung von Erfindungen aus GR, welche im Vorfeld der zehnten Vertragsstaatenkonferenz verbreitet diskutiert worden

⁶⁴ Art. 17.1(a)(i).

⁶⁵ Art. 17.1 (c).

⁶⁶ Art. 17.1 (a) (i).

⁶⁷ Art. 17.2–4.

⁶⁸ Art. 17.2.

⁶⁹ Art. 29.

⁷⁰ Art. 17(1)(a)(iv).

war, wurde nicht ins Protokoll aufgenommen, bleibt aber als Möglichkeit für nationale Gesetzgebung offen.

Das Hauptproblem besteht jedoch darin, dass der sehr weit gesteckten Beobachtungspflicht eine verengt gefasste Durchsetzungspflicht gegenübersteht. Die Durchsetzungspflicht bezieht sich lediglich darauf, dass die in Nutzung befindlichen GR und TK legal beschafft worden sind. Sie erstreckt sich dagegen nicht darauf, dass die Nutzungsweisen, das heißt die jeweiligen Forschungs- und Entwicklungsmaßnahmen, den Genehmigungs- und Vertragsbestimmungen entsprechen.⁷¹ Sie erstreckt sich auch nicht darauf, dass die Kommerzialisierung diesen Bestimmungen gehorcht, und ebensowenig darauf, dass die erzielten Vorteile mit dem Lieferstaat geteilt werden. Diese Umstände sind also wie nach gegenwärtiger Rechtslage der Initiative der Lieferanten und ihrer Staaten überlassen. Diese tragen die Last, die Genehmigungsaufgaben und Vertragsbedingungen durchzusetzen⁷², mitsamt allen Schwierigkeiten der zuständigen Foren, Prozesskosten und gerichtlichen Verfolgung der Rechtsansprüche. Der Umstand, dass das Protokoll hier nicht weitergeht, ist ein erheblicher Rückschlag für die Seite der Lieferstaaten.

10. Common Pools

Während ABS weitgehend als bilaterales Unterfangen zwischen Liefer- und Nutzerstaaten von GR und TK angelegt ist, existieren seit Langem de facto und de iure viele unterschiedliche common pools: So haben sich lokale und teils grenzüberschreitende Gemeinschaften für GR (wie z.B. Saatgut) oder TK (wie z.B. Wissen über Heilpflanzen) entwickelt.⁷³ Netzwerke von ex situ Sammlungen von GR haben sich herausgebildet, die biologisches Material untereinander und mit Wissenschaftlern zur Förderung von Grundlagenforschung austauschen, jedoch Kommerzialisierung, und infolge dessen einen monetären Vorteilsausgleich, ausgrenzen.⁷⁴ Weltweite Pools existieren insbesondere für Pflanzen, Tiere und Mikroorganis-

⁷¹ Vgl. Art. 15.1 und 16.1.

⁷² *Buck/Hamilton* (oben Fußnote 17) S. 52.

⁷³ *Regine Anderson und Tone Winge*, Success Stories from the Realization of Farmers' Rights Related to Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, Fritjof Nansen Institute, Report No. 4/2008, S. 33–52.

⁷⁴ Siehe *Bert van den Wollenberg* et al., Konsortium Botanischer Gärten in der EU, verfügbar auf <http://www.hortus-botanicus.info/assets/files/HBH-IPEN-de.pdf>; *Marliese von den Driesch* et al., The International Plant Exchange Network (IPEN): An Instrument of Botanic Gardens to Fulfil the ABS Provisions, in *Ute Feit, Marliese von den Driesch, Wolfram Lobin* (Hrsg.), Access and Benefit-sharing of Genetic Resources. Ways and Means for Facilitating Biodiversity Research and Conservation While Safeguarding ABS Provisions, BfN, 2005, verfügbar auf http://www.abs.bfn.de/fileadmin/ABS/documents/Gesamt_163.pdf.

men, die als Lebensmittel und in der Landwirtschaft eingesetzt werden.⁷⁵ Von ihnen ist das multilaterale System nach dem Internationalen Vertrag über pflanzengenetische Ressourcen für Ernährung und Landwirtschaft (ITPGR) vom 3.11.2001 das bekannteste und rechtlich am stärksten durchgeregelte. Datenbanken über Organismen, genetische Sequenzen, Proteine und Biochemikalien existieren und bilden sich in reichhaltiger Vielfalt neu. Die meisten davon verstehen sich als public domain und erlauben das kostenlose Einfüttern von Daten und freien Zugang zu denselben.⁷⁶ Zunehmend werden auch Datenbanken über TK aufgebaut, die allerdings eher dem Schutz vor freier Nutzung dienen.

Aus der Perspektive dieser existierenden pools erscheint ABS als eine neue Herausforderung, der man sich unter Umständen anpassen muss. Insbesondere ist jeweils zu fragen, ob dem Vorteilsausgleich mit dem Lieferstaat ausreichend Rechnung getragen wird. Umgekehrt weist das bilaterale Konzept von ABS, wie es die CBD und das Nagoya-Protokoll ausformulieren, verschiedene Mängel auf, die durch common pools überwunden werden können.⁷⁷ Diese Mängel bestehen darin, dass weder die Lieferstaaten noch die Nutzerstaaten in der Lage sein werden, den oft langen und komplexen Prozess der Nutzung von GR und TK bis hin zum kommerziellen Endprodukt zu verfolgen. Lieferstaaten werden deshalb versuchen, die freie Forschung und Entwicklung einzuengen. Zudem ist es ungerecht, dass ein Lieferstaat den ganzen Vorteilsausgleich erhält, obwohl die GR oder TK normalerweise in mehreren Staaten vorkommen. Aus diesen und anderen Gründen sieht das Nagoya-Protokoll selbst vor, dass Common Pools möglich sein sollen. Drei Bestimmungen sind insofern von besonderer Bedeutung:

- Das Nagoya-Protokoll ermutigt zu der Einrichtung regionaler Pools, in denen sich Ressourcenstaaten zusammenschließen, die grenzüberschreitend vorkommende GR und TK besitzen. Sie können dadurch ihre Verhandlungsposition gegenüber Nutzerstaaten verbessern und für gerechteren Vorteilsausgleich sorgen.⁷⁸
- Für grenzüberschreitend vorkommende GR und TK können auch globale multilaterale Vorteilsausgleichssysteme begründet werden, in denen die Verbindung zu bestimmten Lieferstaaten getrennt wird und

⁷⁵ Siehe dazu *Marie Schloen, Sélim Louafi, Tom Dedeurwaerdere*, Access and Benefit-Sharing for Genetic Resources for Food and Agriculture – Current Use and Exchange Practices, Commonalities, Differences and User Community Needs. Report from a Multi-Stakeholder Expert Dialogue, Background Study Paper No. 59, Commission on Genetic Resources for Food and Agriculture 2011.

⁷⁶ Für mikrobielle Forschung siehe *Tom Dedeurwaerdere*, Self-governance and International Regulation of the Global Microbial Commons: Introduction to the Special Issue on the Microbial Commons, 4/1 International Journal of the Commons 390, 2010.

⁷⁷ Siehe *Winter* (oben Fußnote 9), S. 24–27.

⁷⁸ Art. 11. Zu solchen regionalen pools siehe *Winter* (oben Fußnote 9), S. 30 f.

die Vorteilsanteile freier für Biodiversitätsschutz und nachhaltige Nutzungen zugeteilt werden. Solche Systeme werden auch für grenzüberschreitende GR und TK vorgesehen, für die die Einholung einer vorherigen Zustimmung (PIC) nicht vorgesehen ist, z.B. weil die GR in einem Gebiet außerhalb staatlicher Souveränität (wie der Hohen See) liegt. Sie können insbesondere auch für solche GR und TK geschaffen werden, deren Zugang in der Zeit vor Inkrafttreten der CBD liegt. Auf diese Weise können ex situ-Sammlungen in den Vorteilsausgleich einbezogen werden.⁷⁹

- Das Protokoll ermöglicht spezielle Abkommen über Zugang zu GR und TK, solange sie die Ziele der CBD unterstützen und ihnen nicht zuwiderlaufen.⁸⁰ Soweit spezielle völkerrechtliche Übereinkommen über Zugang und Vorteilsausgleich bezüglich GR bestehen, haben sie Vorrang vor dem Protokoll, vorausgesetzt, dass sie nicht gegen die Ziele der CBD und des Protokolls verstoßen.⁸¹ Dies bedeutet z.B., dass die Vertragsparteien eines solchen speziellen Abkommens sich darauf einigen können, keine Verpflichtungen für Vorteilsausgleich mit einzelnen Lieferstaaten vorzuschreiben. Ein Beispiel ist der Internationale Vertrag über pflanzengenetische Ressourcen (ITPGR), welcher – nach Verbesserung seiner Anforderungen an Vorteilsausgleich – als Vorlage für weitere GR oder auch für TK dienen könnte.

III. Umsetzung in F&E-Praxis und nationales Recht

Die Vorgaben des Protokolls müssen von den beteiligten individuellen Akteuren (wie z.B. Forschern) und Staaten umgesetzt werden. Akteure und Staaten könnten warten, bis das Protokoll in Kraft getreten ist, wofür die Ratifizierung durch mindestens 50 Staaten erforderlich ist.⁸² Sie können jedoch auch sofort nationale Gesetzgebung und Praxis entwickeln und dafür das Protokoll als unverbindliche Leitlinie benutzen. Dies ist wünschenswert, da klare Bedingungen für Zugang, Nutzung und Vorteilsausgleich dringend benötigt werden.

Für die Umsetzung des Protokolls müssen die Akteure und Staaten sich entscheiden, ob sie die Vorgaben als Höchst- oder Mindestanforderungen umsetzen. Uns erscheint es sinnvoll solche Regelungen zu treffen, die sich auf Vernunft gründen anstatt die Vorschriften sklavisch zu kopieren. Zum

⁷⁹ Art. 10. Auf diese Möglichkeit retrospektiven Vorteilsausgleichs haben die Ressourcenstaaten gesetzt, als sie sich darauf einließen, dass der Protokolltext den zeitlichen Anwendungsbereich offenlässt.

⁸⁰ Art. 4.2.

⁸¹ Art. 4.4.

⁸² Art. 33.

Beispiel mögen sich Herkunftsstaaten dafür entscheiden, nicht die volle Bandbreite an übertragenen Rechten auszunutzen, während Nutzerstaaten im Bestreben Vertrauen aufzubauen es vorziehen können, insbesondere im Bereich der Überwachung des Vorteilsausgleichs weiter zu gehen als vorgeschrieben.

Im Folgenden werden wir die Auswirkungen einerseits für individuelle und institutionelle Forschung und Entwicklung bezüglich GR und TK und andererseits für Herkunfts- und Nutzerstaaten skizzieren.

1. Forschung und Entwicklung durch Individuen und Institutionen

Wenn ein Forscher Zugang zu GR und/oder TK mit Nutzungsintention sucht, muss er sich über die einschlägigen Regelungen und Verfahren des Herkunftsstaates informieren. Bisher war eine wichtige Informationsquelle dafür die Website der CBD. Sie enthält eine Vielzahl staatlicher ABS-Regelungen und Länderprofile.⁸³ In Zukunft wird der vom Protokoll vorgesehene Clearing House Mechanism den primären Knotenpunkt darstellen. Für speziellere Informationen über nationale Zugangsregeln und -verfahren können staatliche focal points kontaktiert werden.

Auf der Nutzerseite haben manche Forschungsorganisationen Leitfäden⁸⁴ und Musterverträge⁸⁵ entwickelt, die von Forschern befolgt oder in Verhandlungen eingebracht werden können, falls Herkunftsstaaten keine eigenen Muster anwenden.

Wie bereits erwähnt, soll der Herkunftsstaat vereinfachte Verfahren für nicht-kommerzielle Forschung vorsehen. Allerdings wird eine scharfe Abgrenzung manchmal schwierig sein. In der Praxis wird es zwar eindeutige Fälle nicht-kommerzieller und kommerzieller Forschung, aber doch auch Fälle im Graubereich geben. Der probate Weg ist, für den Fall einer Änderung der Forschungsziele hin zu einer Kommerzialisierung eine Rückkehrklausel in den ABS-Vertrag aufzunehmen. Wir denken im übrigen, dass es für Forscher, die auf nicht-kommerzielle Forschung abzielen, kein Risiko darstellt, wenn sie einem Vertrag zustimmen, der auch Verpflichtungen zum Ausgleich monetärer Vorteile, die sie erwirtschaft-

⁸³ Übereinkommen über die biologische Vielfalt, ABS Measures, CBD Website, verfügbar auf <http://www.cbd.int/abs/measures>. Dort werden 55 Vertragsparteien und sechs regionale Organisationen bzw. Staatengruppen aufgelistet (Stand 11.9.2011). Siehe auch Übereinkommen über die biologische Vielfalt, Country Profiles, CBD Website, verfügbar auf <http://www.cbd.int/countries/contacts.shtml>. Die Website führt nationale focal points auf.

⁸⁴ Deutsche Forschungsgemeinschaft, Ergänzender Leitfaden für die Antragsstellung von Forschungsvorhaben, die unter das Übereinkommen über die biologische Vielfalt (Convention on Biological Diversity – CBD) fallen. DFG, 2008, verfügbar auf http://www.dfg.de/formulare/1_021/1_021.pdf.

⁸⁵ Siehe den ABS-Mustervertrag der australischen Regierung, wiedergegeben in Kamau und Winter Hrsg. (oben Fußnote 6), S. 455.

ten, mit abdeckt. Die entsprechenden Klauseln laufen dann leer, wenn sich keine solchen Vorteile ergeben. Diese Verpflichtung zu unterschreiben kann hilfreich sein, wenn es darum geht zu vermeiden, dass der Herkunftsstaat die Arten der erlaubten Nutzung der GR oder des TK allzu restriktiv umschreiben möchte. Je strenger die Verpflichtung ist Vorteile zu teilen, desto breiter wird das Spektrum erlaubter Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten sein, die der Herkunftsstaat zu genehmigen bereit ist.

Problematisch ist weiterhin, wie mit der Weitergabe der GR oder TK an Dritte umgegangen werden soll. Im Forschungsprozess ist es eine verbreitete Übung, dass das Material zwischen befreundeten Forschungsgruppen frei ausgetauscht wird. Um die notwendige Flexibilität beizubehalten, könnten Vertragsklauseln eingeführt werden, die jeglichen neuen Nutzer den gleichen Vertragsbedingungen, besonders solchen zur Berichterstattung und zum Vorteilsausgleich, unterwirft.

Ein drittes Problem besteht darin, wie man die Arten der auszugleichenden Vorteile spezifiziert. Das Protokoll führt im Annex eine lange Liste nicht-monetärer und monetärer Vorteile auf, von denen der jeweilige Vertrag die jeweils einschlägigen auswählen kann. Zentral sind einerseits die Verpflichtung, Forschungsergebnisse verfügbar zu machen und in Veröffentlichungen das Ursprungsland und die Ko-Autoren aus diesem Land zu nennen, und andererseits die Präzisierung des Prozentsatzes der Erträge aus Lizenzen und Produktverkäufen, der an den Herkunftsstaat abzugeben ist.

Die Forscher müssen neben den Regelungen der Lieferstaaten auch die Regelungen der Nutzerstaaten beachten. Bisher bestehen diese wie dargestellt meist nur aus Verhaltenskodizes und Musterverträgen von Forschungsorganisationen, doch im Verlauf der gesetzgeberischen Umsetzung des Protokolls werden auch verbindliche Informationspflichten eingeführt werden. Als Kontrollpunkte kommen zum einen Institutionen einer ersten Stufe in Betracht, d.h. solche, die das individuelle Forschungsprojekt mitsteuern, wie Universitäten, Unternehmen und wissenschaftliche Fachzeitschriften, und zum anderen Kontrollpunkte einer zweiten Stufe, d.h. administrative Organe, die die primären Kontrollpunkte beaufsichtigen.

2. Ressourcenstaaten

Wie bereits gesagt empfiehlt es sich für Ressourcenstaaten, nicht auf das Inkrafttreten des Protokolls zu warten, sondern mit der Umsetzung sofort zu beginnen und dabei nicht alle Bestimmungen unbeschrieben zu übernehmen, sondern einen eigenständig auf vernünftigen Interessenausgleich zielenden Ansatz zu wählen.

a) Formale Anforderungen

Das Protokoll selbst schreibt den Nutzern nicht vor, eine vorherige informierte Zustimmung (PIC) einzuholen, sondern verpflichtet sie nur, PIC-Bedingungen zu respektieren, falls sie vom Herkunftsstaat verlangt werden. Denn es liegt im Ermessen des Lieferstaates, die Einholung von PIC zu verlangen oder Zugang ohne vorherige Kontrolle zu erlauben.⁸⁶ Es ist wichtig dies anzumerken, da viele Staaten – und besonders die Industriestaaten, welche normalerweise auf der Nutzerseite agieren – freien Zugang zu ihren GR und TK gewähren.

Falls sich ein Staat jedoch für eine Zugangsregelung entscheidet, muss das Zugangsregime Rechtssicherheit gewähren. Folgt man den bereits existierenden Beispielen von nationaler Gesetzgebung der Ressourcenstaaten, so sind folgende Instrumente üblich:

- Vertrag zur Forschungszusammenarbeit zwischen den beteiligten Forschern im Nutzer- und Lieferstaat, falls Forschung und Entwicklung in Zusammenarbeit mit Institutionen im Lieferstaat durchgeführt werden. Solche Kooperationsverträge erleichtern den Zugang, wenn der Vertragspartner als primärer und damit interner Antragsteller erscheint. Ihre Bedeutung wird zunehmen, wenn in Umsetzung des Protokolls verstärkt Kapazitätsaufbau angestrebt wird.⁸⁷
- Genehmigung der zuständigen Verwaltungsbehörde des Lieferstaates. Je nach dem Recht des Lieferstaates mag es ausreichen, die Behörden von einem Projekt in Kenntnis zu setzen, sofern es nicht kommerziell ist.
- Genehmigung der indigenen oder lokalen Gemeinschaften, sofern auf TK oder auf solche GR zugegriffen werden soll, die gemäß der Gesetzgebung des Herkunftsstaates diesen Gemeinschaften zugeordnet sind.
- ABS-Vertrag zwischen dem Lieferstaat und der Institution des Forschers, in dem die Bedingungen des Zugangs, die erlaubten Nutzungsarten, die Weitergabe an Dritte, der Vorteilsausgleich (i. e. die Mutually Agreed Terms, MAT) und, falls zutreffend, der Transfer des biologischen Materials in andere Staaten (i. e. das Material Transfer Agreement – MTA) vereinbart werden. Manche dieser Regelungen können auch als Auflagen zu der Zugangsgenehmigung festgelegt werden.
- Je nach der Gesetzgebung des Herkunftsstaates die Genehmigung des Landeigentümers, auf dessen Grund und Boden Zugang zu GR gesucht wird.

Das Protokoll verpflichtet jede Vertragspartei, eine oder mehrere zuständige nationale Behörden für ABS-Fragen zu bestimmen, die für die Erteilung der Zugangsgenehmigung und des Compliance-Zertifikats zuständig

⁸⁶ Art. 6.1.

⁸⁷ Vgl. Art. 22(4)(d).

sind.⁸⁸ Die zuständigen nationalen Behörden und ihre Aufgaben müssen dem Sekretariat der CBD mitgeteilt werden.⁸⁹

Regelungen des Lieferstaates können weitere Genehmigungen neben dem ABS Regime verlangen, wie z.B. für Forschung, für das Betreten von Schutzgebieten, für die Sammlung von Walderzeugnissen, etc. Es empfiehlt sich, die Verfahren in solchen Fällen zu vereinfachen, damit Forscher nicht abgeschreckt werden und die Transaktionskosten steigen. Zwei Möglichkeiten stehen dafür zur Verfügung: eine prozedurale und eine volle Integration der Zugangsinstrumente.⁹⁰

Die prozedurale Integration besteht darin, dass die zuständigen Behörden ihre Verfahren der Genehmigungserteilung koordinieren, damit Verzögerungen und widersprüchliche Entscheidungen vermieden werden. Dies ermöglicht es dem Bewerber, mehrere Anträge für PIC zeitgleich einzureichen, und erlaubt es den Behörden, die Anträge simultan zu bearbeiten und ihre Entscheidungen aufeinander abzustimmen. Dabei empfiehlt es sich, eine federführende Behörde zu bestimmen, die die Koordinierung übernimmt.

Volle Integration der Lizenzvergabe bedeutet, dass alle erforderlichen Genehmigungen zu einer einzigen Genehmigung zusammengefasst werden. Dies impliziert nicht nur, dass der Bewerber nur einen Antrag bei der zuständigen Behörde einreichen muss, sondern auch, dass mit diesem Antrag alle Daten und Dokumente, die für die anderen Genehmigungen notwendig sind, bei der zuständigen Behörde mit eingereicht werden. Während den anderen verantwortlichen Behörden Gelegenheit geboten wird, den Antrag zu kommentieren und die materiellen Kriterien dieser Behörden, die sonst anwendbar wären, von der einen zuständigen Behörde beachtet werden, liegt die ausschließliche Entscheidungsbefugnis über die integrierte Genehmigung bei dieser einen zuständigen Behörde.

b) Materielle Anforderungen

Hinsichtlich der bei der Genehmigung und Vereinbarung von ABS anzuwendenden materiellen Maßstäbe geben weder die CBD noch das Protokoll genaue Orientierung. Das Protokoll schreibt für den Zugang vor, dass er fair und nicht willkürlich („fair and non-arbitrary“)⁹¹, und für den Vorteilsausgleich, dass er fair und gerecht („fair and equitable“) ausgestaltet sein müsse.⁹²

⁸⁸ Art. 13.2.

⁸⁹ Art. 13.4.

⁹⁰ Siehe näher *Evanson Chege Kamau* und *Gerd Winter*, Streamlining Access Procedures and Standards, in *Kamau/ Winter* (oben Fußnote 6), S. 371–373.

⁹¹ Art. 6.3(b).

⁹² Art. 5.

Die Lieferstaaten können Voraussetzungen festlegen, die bei der Zulassung des Zugangs und dem Abschluss von MAT-Verträgen zu beachten sind. Für die Ablehnung eines Antrags und/oder Vertragsangebots könnten aufgeführt werden: Gründe

- des Umweltschutzes: die vorgeschlagene Sammlung oder Nutzung der GR ist umweltschädlich
- der Sicherheit: der Ort des Zugang liegt in militärischem Gebiet
- der Vollzugskontrolle auf Nutzerseite: der Nutzerstaat hat keine oder unzureichende Regelungen zur Beobachtung und Sicherung der Einhaltung des Rechts des Lieferstaates getroffen
- der Ethik: die vorgeschlagene Sammlung oder Nutzung von GR oder TK ist inkompatibel mit Vorstellungen und Gebräuchen von indigenen und lokalen Gemeinschaften
- der Wirtschaftlichkeit: die geplante Nutzung führt weder zu nicht-monetären noch zu monetären Vorteilen, an denen der Lieferstaat partizipieren könnte
- der Verlässlichkeit: der Nutzer hat früher gegen ABS-Anforderungen oder Abmachungen verstoßen

Im Hinblick auf den Inhalt von Genehmigungen und MAT-Verträgen sind folgende Festlegungen denkbar:

- Art und Menge des gesammelten biologischen Materials
- Art und Ort des Zugangs (Sammlung, Kauf, etc.)
- Rechte zum Materialtransfer
- Zielsetzungen und Arten der Nutzung
- Änderung der Ziele und Nutzung
- Weitergabe an Dritte
- Berichterstattung über die Nutzung
- Beteiligung an nicht-monetären Vorteilen
- Beteiligung an monetären Vorteilen

Fraglich ist, wie der Lieferstaat erreichen kann, dass der Nutzerstaat den Prozess von Forschung, Entwicklung und Kommerzialisierung nicht nur im Hinblick auf die rechtmäßige Erlangung der GR beobachtet, sondern auch dafür sorgt, dass auch die geltenden legislativen, administrativen und vertraglichen Festlegungen der zulässigen Nutzung und des Vorteilsausgleichs eingehalten werden. Wie oben gesagt, trifft den Nutzerstaat im Hinblick auf compliance insoweit nur die Verpflichtung, seine Gerichtsbarkeit für die Durchsetzung vertraglicher Vereinbarungen zur Verfügung zu stellen.⁹³ Verwaltungsrechtliche Beobachtungs- und Durchsetzungspflichten sind nicht niedergelegt. Diese könnten sich zum Teil aber mit-

⁹³ Vgl. oben zu Fußnote 61.

telbar daraus ergeben, dass der Lieferstaat in seiner Gesetzgebung festlegt, dass ein MAT-Vertrag nur wirksam ist, wenn er Bestimmungen über zulässige Nutzungen und bestimmte Beteiligungen an den Vorteilen enthält. Dann müssen die Nutzerstaaten kraft Art. 15 und 16 Nagoya-Protokoll durchsetzen, dass jeder Nutzer einen MAT-Vertrag mit diesem Inhalt abschließt.

3. Nutzerstaaten

Wenn das Protokoll für sie in Kraft tritt, sind die Nutzerstaaten deutlicher als bisher verpflichtet, eigene ABS-Regelungen zu treffen. Auch für sie empfiehlt es sich, dass sie damit nicht warten, bis das Protokoll verbindlich wird, und dass sie, um Vertrauen zu schaffen, eigene Ansätze verfolgen statt sich mit einer minimalen Umsetzung zu begnügen.

Sinnvoll für Europa wäre sicherlich eine gemeinschaftliche Regelung auf EU-Ebene. Dafür sind jedoch zunächst Kompetenzfragen zu klären. Die EU hat die Kompetenz, eigene Forschungsprogramme aufzustellen. Mit Bezug auf dritte Länder ist sie zur „Förderung der Zusammenarbeit mit dritten Ländern und internationalen Organisationen auf dem Gebiet der Forschung der Union, technologischen Entwicklung und Demonstration“ beauftragt und ermächtigt.⁹⁴ Diese Kompetenzen implizieren, dass die EU die Vergabe von Fördermitteln von Bedingungen abhängig machen kann, die für die Beachtung von ABS-Regeln sorgen. Die Reichweite dieser Kompetenz ist deshalb gering. Denkbar ist weiterhin, die Außenhandelskompetenz heranzuziehen.⁹⁵ Jedoch ist Handel nicht das Herzstück von ABS-Transaktionen. Ihr Hauptzweck ist die Inwertsetzung von GR und TK. Schwerpunktmäßig in Betracht kommt demgegenüber die Kompetenz für Umweltschutzpolitik.⁹⁶ Diese würde voraussetzen, dass ABS als ein Mittel zum Biodiversitätsschutz begriffen wird. Tatsächlich dient es allerdings eher der Eröffnung von Möglichkeiten zur Nutzung der Ressourcen und zum Vorteilsausgleich.⁹⁷ Für die Nutzung dieser Kompetenzgrundlage wäre deshalb erforderlich, dass das Ziel des Biodiversitätsschutzes betont wird.

Da die Kompetenzbasis der EU-Gesetzgebung problematisch ist bzw. solange sie nicht ausgenutzt wird, werden die Mitgliedsstaaten eigenständige Gesetzgebung erwägen müssen, um ihre eigenen Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten zu fördern.

Was den Inhalt solcher Gesetzgebung angeht, sollten zunächst Grundpflichten der einheimischen Nutzer von GR und TK festgelegt werden, die

⁹⁴ Art. 180(b) AEUV.

⁹⁵ Art. 207.

⁹⁶ Art. 192 AEUV.

⁹⁷ Siehe dazu *Stoll* (oben Fußnote 20).

diese auf die Einhaltung der Regeln des Herkunftsstaates verpflichten. Es bietet sich an, dabei einen Maßstab der angemessenen Sorgfalt einzuführen, wie er in der Verordnung (EG) Nr. 995/2010 über das Inverkehrbringen von Holz aufgestellt wird.⁹⁸

Weiterhin müssen Kontrollstellen für die Beobachtung von Nutzungen einschließlich Kommerzialisierung benannt, mit Aufgaben versehen und mit Befugnissen ausgestattet werden. Wie bereits erwähnt, kommt ein zweistufiges System in Betracht: In erster Linie könnten öffentliche und private Organisationen und Unternehmen, die F&E an GR finanzieren und durchführen, beauftragt werden, ein eigenes Überwachungssystem einzuführen. Ein solches System könnte über die Anforderungen des Protokolls hinaus auch auf die – näher zu spezifizierende – Nutzung von TK ausgedehnt werden. In zweiter Linie wären zuständige Behörden zu befugen, diese Organisationen und Unternehmen zu beaufsichtigen. Denjenigen, die F&E durchführen, müssen Auskunftspflichten hinsichtlich der Beachtung des Lieferstaatenrechts auferlegt werden.

Weithin diskutiert und von manchen Staaten eingeführt wurde die Offenlegung im Rahmen von Anträgen auf Patente.⁹⁹ Viele Produkte werden jedoch unpatentiert vermarktet, und nur 0,2 Prozent aller Patente sind kommerziell erfolgreich.¹⁰⁰ Einzig konsequent wäre es, wenn die Nutzerstaaten die Offenlegung der Quelle hinsichtlich jeden neu vermarkteten Produkts, das auf GR oder TK beruht, verlangen. Die ebenfalls diskutierte Variante – Offenlegungspflicht im Falle einer Genehmigungsbedürftigkeit von Produkten –, würde viele Produkte aussparen, die nicht einer Genehmigung unterliegen, wie z.B. Kosmetika.

Daneben sind Maßnahmen zur Durchsetzung der Beachtung des Lieferstaatenrechts vorzusehen.¹⁰¹ Falls jemand für seine F&E-Tätigkeiten bzgl. GR oder TK keine Genehmigung eingeholt oder keinen Vertrag abgeschlossen hat, muss die zuständige Verwaltungsbehörde die Befugnis haben, Abhilfemaßnahmen anzuordnen oder Sanktionen zu verhängen.

Das Protokoll verlangt dagegen nicht, dass der Nutzerstaat auch die Einhaltung der Pflichten aus dem MAT-Vertrag verwaltungsrechtlich sanktioniert. Dies kann der Initiative des Vertragspartners auf Seiten des Lieferstaates überlassen werden. Selbstverständlich muss seine Klage

⁹⁸ Verordnung (EU) No 995/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über die Verpflichtungen von Marktteilnehmern, die Holz und Holzserzeugnisse in Verkehr bringen, ABl. L 295/2010 S. 23, Art. 4(2).

⁹⁹ *Evanson Chege Kamau*, Disclosure Requirement – A Critical Appraisal, in *Kamau/Winter* (oben Fußnote 6), S. 399 ff.

¹⁰⁰ Avoiding the Inventors Lament, *Business Week*, November 10, 2005, zitiert in der Submission von Kanada zur Group of Technical and Legal Experts on Compliance in the Context of the International Regime on Access and Benefit-Sharing, UNEP/CBD/ABS/GTLE/2/2, 19 Dezember 2008 auf 11.

¹⁰¹ Art. 15 und 16.

beim Gericht des Nutzerstaats zulässig sein; ausländische Urteile müssen grundsätzlich vollstreckbar sein.¹⁰² Nutzerstaaten sollten überlegen, ob sie nicht eine weitergehende Überwachung vorsehen sollten. Dadurch würde das Vertrauen des Lieferstaates gestärkt, der daraufhin womöglich erleichterte Zugangsbedingungen schaffen würde.

IV. Schlussbemerkung

Das Protokoll bringt mehr Rechtssicherheit und insgesamt auch mehr Gerechtigkeit im Verhältnis von Ressourcen- und Nutzerstaaten. Es dürfte zugleich Maßstab für solche Staaten (wie z.B. Brasilien) werden, die in ihrem Innern einen Ausgleich zwischen Ressourceninhabern und Nutzern finden müssen. Als Errungenschaften sind hervorzuheben: klarere Definitionen des Zugangs und der Nutzung, die Einbeziehung biochemischer Stoffe, Verpflichtung zu Rechtssicherheit und Transparenz bei den Zugangsbedingungen, Erleichterung nicht-kommerzieller Forschung, Erleichterung des Zugangs in Notsituationen, Verpflichtung der Nutzerstaaten zur Vollzugsüberwachung, Präzisierung und Stärkung der Rechte indigener und lokaler Gemeinschaften, in deren Besitz sich GR oder TK befinden, Verpflichtungen zum Kapazitätsaufbau und zum Technologietransfer, Klarstellungen zur Streitschlichtung, Einsetzung eines ABS Clearing House und Ermöglichung multilateraler Ansätze.

Einige Probleme bleiben jedoch ungelöst. Hierzu gehört die Anwendbarkeit in zeitlicher Hinsicht und das Fehlen einer eigenständigen Verpflichtung der Nutzerstaaten, für die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und Genehmigungs- und Vertragsbestimmungen im Prozess von Forschung, Entwicklung und Kommerzialisierung zu sorgen. Abträglich ist auch, dass sehr viele Pflichten unter der Klausel „soweit angemessen“ („as appropriate“) stehen.

Trotz der offen gebliebenen Punkte reflektiert das Protokoll wohl das, was angesichts der Divergenz der dahinterliegenden Interessen überhaupt erreicht werden konnte. Dafür verdient es, von allen Staaten ratifiziert zu werden, die an der Erforschung und Inwertsetzung von GR und TK interessiert sind. Es empfiehlt sich, dass die Staaten sogleich damit anfangen, ihre eigenen ABS-Regime einzuführen, statt auf das Inkrafttreten des Protokolls zu warten.

Dadurch könnte mehr gegenseitiges Vertrauen entstehen. Anstehende Forschungs- und Entwicklungsprojekte würden erleichtert. Auch könnten irritierende Seitenwirkungen von ABS auf anders geartete, bereits existie-

¹⁰² Art. 18.2 und 18.3. Siehe dazu am japanischen Beispiel Hiroji Isosaki, *Enforcement of ABS Agreements in User States*, in *Kamau und Winter* Hrsg. (oben Fußnote 6), S. 439.

rende Common Pools vermieden werden. Denn der ABS-Gedanke, dass für die Nutzung von GR und TK Vorteilsausgleich gewährt werden muss, steht in Spannung mit Arrangements, die GR und TK austauschen, erforschen und weiterentwickeln, ohne präzise auf ein do ut des zu achten. Netzwerke botanischer Gärten, Sammlungen von Mikroorganismen, das multinationale System für bestimmte landwirtschaftliche Produkte der FAO, Austauschnetze für Saatgut, Tiere und Fische, Datenbanken über genetische Informationen und biochemische Substanzen, etc., sie alle überlegen zur Zeit, inwieweit sie ABS-Gedanken aufgreifen sollen. ABS-Gesetzgebung sollte deshalb auch für sie neue Grundlagen schaffen.

Summary

Genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources are not common good of mankind but subject to sovereign rights of those states which host the resource. Resource states are entitled to regulate access and determine the utilization and benefit sharing on mutually agreed terms. If they pose over-restrictive demands in this respect research and development will be hindered at the disadvantage of both user and resource states. If they are lenient the already long-standing biopiracy by user states will be perpetuated. In this situation the Nagoya Protocol of October 2010 lays out more specific rules providing for a fairer deal. This article sketches out the historical background of the Protocol, summarises its content, assesses its results and develops proposals for its implementation by domestic legislation and transnational research and development activities. It concludes that the Protocol strikes a balance which suggests it for ratification by all states. Awaiting this both provider and user states should start already now to introduce legislation to create a basis for unhindered access and well designed obligations of benefit sharing. In addition, rules on access and benefit sharing should be adopted by research organizations and industrial enterprises in order to build trust with provider states and their researchers and developers.