

Kristina Bette und Michael Stephan

Biodiversität, Geistiges Eigentum und Innovation

Aktuelle Herausforderungen und Kontroversen
in der wissensbasierten Bio-Industrie

Vorwort der Herausgeber

In Zeiten von Klimawandel, Überbevölkerung und knappen Rohstoffen kann die Bedeutung von pflanzengenetischen Ressourcen kaum überschätzt werden. Welche Chancen und welche Risiken bergen Schutzrechte und insbesondere Patente auf biotechnologische Erfindungen im Pflanzenbau? Die Kritiker von Biopatenten befürchten, dass der Patentschutz und die Schaffung von Monopollen zu einer Blockade von Innovation und Wettbewerb und zu einer zunehmenden Konzentration sowie einem Rückgang der Diversität in den Märkten führen würden. Die Verfechter von Biopatenten führen dagegen an, dass Patente Anreize für die Innovationstätigkeit schaffen und die Offenlegung und die Diffusion des zugrunde liegenden Wissens bewirken. Die Patentierung wirkt sich in diesem Szenario positiv auf die Innovationstätigkeit, die Vielfalt und den Wettbewerb aus.

Diese kurz skizzierte Debatte um die positiven und negativen Wirkungen von Patenten und anderen Schutzrechten im Bereich Pflanzenbau wurde in den letzten Jahren sehr kontrovers geführt. Die meisten dieser Kontroversen waren leider stark ‚politisch‘ gefärbt. Schlagworte wie ‚Seed Wars‘, ‚Biopiraterie‘ oder ‚Malthus, Mendel und Monsanto‘ zeugen hiervon. Wissenschaftliche und ausgewogene Diskurse finden sich nur wenige. Um den Diskurs ausgewogen und sachlich zu führen, fand im Mai 2011 das interdisziplinäre Symposium zum Thema ‚Biodiversität, Geistiges Eigentum und Innovation‘ an der Philipps-Universität Marburg statt. Die Tagung ermöglichte einen vielseitigen Austausch der verschiedenen betroffenen Fachdisziplinen, insbesondere der Biologie, der Rechtswissenschaften, der Wettbewerbspolitik, der Entwicklungsökonomie sowie des Technologie- und Innovationsmanagements. Die folgenden Fragestellungen standen im Mittelpunkt:

1. Auflage Juli 2012

© Philipps-Universität Marburg, Technologie- und Innovationsmanagement

Die Verantwortung der Inhalte liegt bei den Autoren.

Umschlaggestaltung: Kristina Bette und Sebastian Friedsam

Foto: Dr. Petra Jorasch, BDP

Druck: Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz – BMELV

ISBN:978-3-8185-0498-4

Zugang und Vorteilsausgleich gemäß der Konvention für Biologische Vielfalt – Lehren aus dem TEFF-Fall¹

Christine Godt

1. Einführung: Die Herausforderung von ABS-Verträgen

Die Konvention für Biologische Vielfalt (Convention on Biological Diversity, CBD) stellt die Verantwortung für die Nutzung genetischer Ressourcen in die Souveränität der Staaten, mit der Konsequenz, dass seither der Zugang zu genetischen Ressourcen von einer staatlichen Institution und/oder von der Zustimmung indigener Bevölkerungsgruppen abhängig gemacht werden kann. In diesen Fällen soll der Zugang mit dem Abschluss eines Vertrags verknüpft sein, der den Vorteilsausgleich sichert. Der Vorteilsausgleich ist neben dem Schutz und der Nutzung von genetischen Ressourcen das dritte Ziel der CBD. Er soll den aktuell Verantwortlichen einen Anreiz für den Erhalt der genetischen Ressourcen geben. Wie ein Vorteilsausgleich konkret in die Welt zu setzen ist, regelt der Vertrag nicht. Erst die Bonner Guidelines haben 2002 einen unverbindlichen Rahmen geschaffen. Diese werden in Zukunft vom (verbindlichen) Nagoya-Protokoll abgelöst werden, das im Oktober 2011 auf der 10. Vertragsstaatenkonferenz in Nagoya verabschiedet wurde.

¹ Der Beitrag entwickelt eine frühere englisch-sprachige Version weiter: *Godt* (2009a). Für engagierte Zuarbeit danke ich m. r. Anja Balitzki, LL.M., Carl von Ossietzky-Universität Oldenburg.

Seit Verabschiedung der CBD wurden vielfältige Modell- und Einzelverträge entwickelt und vereinbart, die auf der CBD-Webpage dokumentiert sind.² Ein Fall, der in Deutschland große Aufmerksamkeit erfuhr, ist der sog. TEFF-Fall, der durch einen Vertrag zwischen Äthiopien und einem niederländischen Saatgutunternehmen aus dem Jahr 2004 angestoßen wurde. „TEFF“ ist die Abkürzung für „Eragrostis tef“, ein mit der Hirse verwandtes Getreide, aus dem das äthiopische Nationalgericht „Injera“ hergestellt wird. Zu Berühmtheit gelang der TEFF-Vertrag zugleich als missglückter Fall internationaler Entwicklungs- und Umweltpolitik und als Konfliktfall zwischen dem CBD-ABS-Konzept einerseits und öffentlicher Agrarforschung andererseits. Ausgangspunkt ist ein als mustergültig erscheinender Vertrag, mit dem ein Ressourcenstaat einem Unternehmen Zugang nach bestimmten Kautelen gewährt, im Gegenzug dafür vom Unternehmen das Versprechen auf Gewinnbeteiligung erhält. Ein später angemeldetes Patent brachte dem Unternehmen aber dann den Vorwurf der „Biopiraterie“ ein. Zudem versuchte es die lizenzierten CBD-Rechte, parallel zum Patent, zur strategischen Kontrolle der Europäischen Agrar- und Nahrungsmittelindustrie auszuüben, wodurch der CBD-Vorteilsausgleich ins Visier der öffentlichen Agrarforschung geriet, die traditionell auf den Austausch und den freien Zugang von Saatgut setzt. Der vorliegende Beitrag fragt nach den Lehren, die aus dem TEFF-Fall für die Umsetzung des Nagoya-Protokolls und zukünftige Verträge über den Vorteilsausgleich (mutually agreed terms „MAT“) gezogen werden können. Er stellt den TEFF-Fall vor (2), qualifiziert die Rechtsmacht der CBD-Verfügungsbefugnis der Staaten sowie der lizenzierten Nutzungsrechte und bestimmt deren Grenzen (3). Abschließend werden Schlussfolgerungen für die

² Homepage CBD, <<http://www.cbd.int/abs/resources/contracts.html>> [20.02.2012].

Konzeption von MAT gezogen (4), von denen erwartet werden kann, dass sie auch in den Nutzerstaaten durchsetzbar sind (5).

2. Der TEFF-Fall

TEFF ist eine aus Äthiopien und Eritrea stammende Hirse, die in beiden Ländern zu den wichtigsten Grundnahrungsmitteln gehört, aber auch in den USA angebaut wird, und in mehreren Linien vorkommt. TEFF weist zwei herausragende Eigenschaften auf: (1) Die Hirse wächst in bis zu 3.000 Meter Höhe, ist frost- und dürrebeständig, sowie schädlingsrobust. Dies sind Eigenschaften, die das Korn für den agrarpolitischen Anpassungsprozess im Zuge des Klimawandels interessant machen. Zwei Studenten der niederländischen polytechnischen „Larenstein School“, heute Teil der Wageningen Universität, kamen nach einer Forschungsreise nach Äthiopien auf die Idee, TEFF zu einer neuen Getreidesorte fortzuentwickeln. Aus der Idee entwickelte sich eine Forschungs-Kooperation mit der Alemaya University in Dire Dawa, einer Stadt 350 km östlich der Hauptstadt Addis Abeba. (2) Zudem weist TEFF besondere Nähreigenschaften auf: zum einen ist es frei von Gluten, ein Eiweiß gegen das allein in Deutschland 80.000 Menschen allergisch sind. Zum anderen hat TEFF einen hohen Eisen- und Calciumgehalt, die die Resorption von Sauerstoff im Blut verbessern. Diese zwei Nähreigenschaften ließ die Lebensmittelindustrie auf TEFF aufmerksam werden („health food“, „sports & energy food“). Als erster erkannte Hans Turkensteen, Direktor von „Health & Performance Food“ diese Entwicklungsperspektive, und ließ die Tochterfirma „Soil and Crop Improvement“ das Mahlverfahren von TEFF am 22.07.2003 in den Niederlanden zum Patent anmelden. Die EPA- und US-PTO-Anmeldungen folgten am

22.07.2004.³ Das Patent wurde vom US-Patent- und Markenamt im Dezember 2006 und vom Europäischen Patentamt am 10. Januar 2007 erteilt. Mit dem Patent wird ein TEFF-Mehl mit einer „Fallzahl von wenigstens 250“ beansprucht, beschrieben durch ein Mahlverfahren. Die Fachwelt verbindet mit der Fallzahl bestimmte Verarbeitungs- und Backeigenschaften eines Getreides (Viskosität, Stärke, Klebrigkeit), die entscheidend den Warenwert auf dem Rohstoffmarkt bestimmen.

An das TEFF-Patent knüpfen zwei, voneinander unabhängige, Auseinandersetzungen: um „Biopiraterie“ und um die „Behinderung der Agrarforschung“.

Gegen das Unternehmen wurde von Umwelt- und Entwicklungshilfegruppen der Vorwurf der „Biopiraterie“ erhoben. Denn mit dem Patent wird die TEFF-Saat als solche beansprucht (im Wege eines sogenannten „product-by-process claim“). In diesem Anspruch sehen Umwelt-Aktivisten eine „Aneignung“ einer traditionellen Landrasse. Pat Mooney, führendes Mitglied der kanadischen Nichtregierungsorganisation Etc-Group (früher RAFI), überreichte deshalb Hans Turkensteen und seiner Firma „Health & Performance Food“ für die Patent-Anmeldungen im Oktober 2004 auf der 7. Vertragsstaatenkonferenz in Kuala Lumpur den „Captain Cook Award“. Die damit erzielte mediale Aufmerksamkeit erhöhte den Druck auf Äthiopien und die in Äthiopien engagierten Länder, einen CBD-konformen „Vertrag über Zugang und Vorteilsausgleich“ zu verhandeln. Äthiopien nahm bereits vor Erlass der expliziten Genehmigungspflicht 2006⁴ für TEFF als endemische Pflanze der Region in Anspruch, den Zugang und den Vorteilsausgleich gemäß der CBD zu regeln. Unter Mithilfe des Niederländischen Agrarministeriums wurde im Dezember 2004 ein Vertrag mit der Äthiopischen Regierung ausgearbeitet, der auf äthiopischer

Seite vom (staatlichen) Institute of Biodiversity Conservation („provider“) sowie der Ethiopian Agricultural Research Organization, und auf der anderen Seite vom niederländischen Unternehmen „Health and Performance Food International bv.“ gezeichnet wurde.⁵ Unterstützt wurde der Verhandlungsschluss durch internationale Entwicklungshilfeorganisationen, wobei die norwegische und die deutsche Gesellschaft für technische Zusammenarbeit besonders hervorgetreten sind.⁶ In dem Vertrag wurde dem Unternehmen eine exklusive (Punkt 4.4), weltweite, auf die Entwicklung von Lebensmitteln (food & beverages, Punkt 4.2.) beschränkte Lizenz für die Nutzung von 12 TEFF-Varianten erteilt. Im Gegenzug verspricht das Unternehmen eine Gewinnbeteiligung („Royalties“)⁷, unterstützt ländliche Projekte, akzeptiert ein Patentierungsverbot auf „TEFF“ und die Miteigentümerschaft an Sortenrechten.

(2.) Unabhängig von diesem Streit um Biopiraterie streitet die Niedersächsische Landwirtschaftskammer mit dem Unternehmen um die Nutzung der Pflanze innerhalb Europas. Die Kammer erhob gegen das erteilte Patent im Oktober 2007 Einspruch. Ihr geht es im Kern um die Möglichkeit, TEFF auf seine Eignung als landwirt-

⁵ Download des Vertrags unter <<http://www.abs-initiative.info/uploads/media/Teff-ABS-Agreement-2004-12.doc> [20.02.2012].

⁶ Antwort der Deutschen Bundesregierung auf die Kleine Anfragen 4/82; 4/83 und 4/96 vom 14.4.2011; BT- Drucksache 17/5568 (S. 30 f. und S. 33 f.), (<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/055/1705568.pdf>).

⁷ 10 Euro pro Hektar außerhalb Äthiopiens, und 5 % Gewinnanteile an Fond für Bauern-Unterstützung in Äthiopien (Hans Turkensteen, Direktor von Crop & Soil Improvement, spricht in einem Beitrag „The Netherlands company Soil and Crop S&C says it is wrongly accused of bio-piracy to patent Ethiopian grain Teff“ vom 13.05.2008 von einem „Drei-Städteprojekt“, [Modjo (16700 farmers), Alamata (500 farmers on organic teff), und Busa Harbu, eine Agrarvermarktungsorganisation mit 498 Bauern], das aus Geldern der deutschen Entwicklungshilfe kofinanziert wird.

³ EP 1 646 287 B1; WO2005/025319 A1; US 2006/0286240 A1.

⁴ Vgl. WIPO (2006).

schaftliche Kulturpflanze in Norddeutschland zu testen. Insbesondere erhofft sich die Landwirtschaftskammer von der Kulturpflanze eine höhere Toleranz gegenüber Trockenperioden. Sie wird deshalb zurzeit im Rahmen eines Klimafolgenanpassungsprojekts angebaut. Den Einspruch stützte sie ausschließlich auf mangelnde Offenbarung. Dieser wurde am 4. Nov. 2010 vom Europäischen Patentamt verworfen. Von einer Beschwerde wurde abgesehen. Im April war der Fall Gegenstand einer Kleinen Anfrage zur Beteiligung der Bundesrepublik (BMELV und BMZ).⁸

Anfang 2012 stellt sich die faktische Situation wie folgt dar: Das Unternehmen ist inzwischen in Insolvenz gefallen (4.8.2009); die Äthiopier haben die Niederländische Regierung um Hilfe bei der Durchsetzung ihrer Rechte gebeten; die Deutsche Bundesregierung steht auf dem Standpunkt, dass die Niedersächsische Landwirtschaftskammer keine Zahlungen an „Health & Performance Food“ schulde, da sie das von ihr vermehrte TEFF-Material aus US-amerikanischen Quellen bezogen habe. In *rechtlicher* Hinsicht wirft der Fall Fragen nach der Durchsetzbarkeit des Patents und des Lizenzvertrags auf. In diesem Aufsatz soll allein der zweiten Frage nachgegangen werden: Welche Rechte hat die äthiopische Regierung an „Health & Performance Food“ mit dem Vertrag vom Dez. 2004 übertragen? Umfasst dieses Recht den Anspruch, den Anbau in Deutschland zu unterlassen, resp. einen Anspruch auf Zahlung?

3. Qualität und Umfang des durch Vertrag übertragenen Rechts

Das Recht, das Äthiopien vertraglich der Health & Performance Food International bv. übertragen hat, beruht zunächst in Inhalt und

⁸ Frage Nr. 4/82, 4/83 (MdB Miersch, Eingang 8.4.2011) und 4/96 (MdB Tack, Eingang 11.4.2011); supra Fn. 6.

Umfang auf dem Recht Äthiopiens an seinen genetischen Ressourcen, das den Staaten erstmals durch Art. 3 CBD zugestanden wurde.

3.1 Inhalt und Umfang des CBD-Souveränitätsrechts

3.1.1 Inhalt

Die Inhalte des souveränen Rechts werden durch Art. 15 Abs. 1 CBD präzisiert. Danach haben die Staaten die Befugnis, den Zugang zu ihren genetischen Ressourcen zu bestimmen. Der Verweis von Art. 3 CBD auf das weitere Völkerrecht richtet sich auf die fast wortgleichen Texte des 21. Grundsatzes der Erklärung der Konferenz der Vereinten Nationen über die Umwelt des Menschen und auf den 2. Grundsatz der Rio-Erklärung über Umwelt und Entwicklung. Danach haben die Staaten ein souveränes Recht zur Verwertung ihrer eigenen Ressourcen in Übereinstimmung mit ihrer Umweltpolitik, wobei sie dafür Verantwortung tragen, dass durch ihre Tätigkeit keine Umweltschäden in anderen Staaten entstehen. Somit beinhaltet das durch die CBD erschaffene Souveränitätsrecht zwei Aspekte: (1) das Recht auf Verwertung der (eigenen) genetischen Ressourcen und (2) das Recht auf Zugangsbestimmung zu den Ressourcen.

3.1.2 Schranken

Das Souveränitätsrecht unterliegt zahlreichen Schranken. Bereits die Präambel unterwirft die Ausübung der Souveränität den Zielen der Erhaltung und Nutzung der biologischen Vielfalt für die Befriedigung der Nahrungsmittel-, Gesundheits- und sonstigen Bedürfnisse einer wachsenden Weltbevölkerung. Explizit unterwirft Art. 3 CBD das Souveränitätsrecht den Grundsätzen der Umweltpolitik.⁹ Zudem verpflichtet Art. 15 Abs. 2 CBD die Vertragspar-

⁹ Ebenso in CBD (2012), Art. 15 (2) und Art. 16 (1).

teilen, den Zugang zu genetischen Ressourcen für eine umweltverträgliche Nutzung zu erleichtern. Damit kann Zugang nicht begründungslos versagt werden, sondern unterliegt den Rechtsfertigungspflichten aus der CBD. Ergänzend verpflichtet Art. 12 (b) CBD die Vertragsparteien dazu, die Forschung zu unterstützen und zu fördern, die zur Erhaltung und nachhaltigen Nutzung der biologischen Vielfalt, insbesondere in den Entwicklungsländern, beiträgt.¹⁰ Die technische und wissenschaftliche Zusammenarbeit soll auf einem internationalen Niveau erfolgen (Art. 18 CBD). Neben Forschungsergebnissen sind auch Fachwissen und traditionelles Wissen zwischen den Staaten auszutauschen (Art. 17 CBD). Schließlich konzipiert die CBD den Vorteilsausgleich nicht als Anspruch, der aus dem Souveränitätsrecht folgt. Laut Art. 15 (7) CBD muss jede Vertragspartei Maßnahmen ergreifen, um die Ergebnisse der Forschung und Entwicklung und die Vorteile, die sich aus der kommerziellen und sonstigen Nutzung der genetischen Ressourcen ergeben, mit der Vertragspartei, die diese Ressourcen zur Verfügung gestellt hat, ausgewogen und gerecht zu teilen. Damit begründet die CBD den Vorteilsausgleich als eigenständige Pflicht, wobei sich die Pflicht zum Vorteilsausgleich als Gegenrecht zur Zugangsgewährung darstellt. Ergänzend verpflichtet Art. 16 Abs. 1 CBD dazu, Technologien, die für die Erhaltung und nachhaltige Nutzung der biologischen Vielfalt von Belang sind oder die genetische Ressourcen nutzen, anderen Vertragsparteien zugänglich zu machen und weiterzugeben. Sollten diese immaterialgüterrechtlich geschützt sein, müssen der Zugang und die Weitergabe zu Bedingungen erfolgen, die einen angemessenen und wirkungsvollen Schutz der Eigentumsrechte anerkennen und mit ihnen vereinbar sind (Art. 16 Abs. 2 CBD). Dabei müssen die Vertragsparteien gewährleisten, dass der Privatsektor den Zugang und die Weitergabe von Technologien zum Nutzen des öffentlichen

¹⁰ Vgl. auch CBD (2012), Art. 16 (2) und 16 (4).

Sektors und des privaten Sektors von Entwicklungsländern erleichtert (Art. 16 Abs. 4 CBD).¹¹ Immaterialgüterrechte sollen die Ziele der Konvention unterstützen und ihr nicht zuwiderlaufen (Art. 16 Abs. 5 CBD).

3.1.3 Ergebnis

In der Zusammenschau versteht die CBD das Souveränitätsrecht nicht als uneingeschränktes Verfügungsrecht. Zwar steht den Staaten die Bestimmung über Zugang und Verwertung zu. Die Vertragsstaaten bleiben jedoch einerseits den Grundsätzen und Zielen der CBD unterworfen, andererseits unterliegt das Untersagensrecht gemäß Art. 12 (b) und Art. 15 Abs. 2 CBD der Begründungspflicht. Der Anspruch auf Technologietransfer hat private Rechte zu wahren.

3.2 Das vertraglich übertragene Recht

Im nächsten Schritt ist danach zu fragen, welchen Inhalt das an das Unternehmen übertragene Recht hatte.

3.2.1 Nutzungsrecht

Der Vertrag spricht einerseits von dem Souveränitätsrecht an TEFF (Nr. 7.1), an dem Äthiopien auf das Unternehmen Nutzungsrechte überträgt und Äthiopien Gewinnbeteiligungsansprüche zustehen. Andererseits findet sich in Punkt 4.8. die Rede von „ownership of Teff“. Wie ist das übertragene Recht zu qualifizieren? Versteht sich Äthiopien als „Eigentümer der Ressourcen“ oder als Souverän, der Nutzungsrechte verleiht?

Diese Frage nach der Zuordnung zum (privaten) Eigentumsrecht oder zur (staatlichen) Genehmigungsbefugnis ist eine Grundfrage, die auf Entscheidungen der internationalen Zuständigkeit im

¹¹ In dieser Bestimmung wird die Möglichkeit des Aufeinandertreffens von privaten und öffentlichen Interessen besonders deutlich.

Streitfall, auf das anwendbare Recht und auf das Sachrecht Einfluss hat (*infra*). Wie an anderer Stelle 2007 am Beispiel von Traditionellem Wissen begründet,¹² und von *Teubner/Fischer-Lescano* 2008¹³ in vergleichbarer Art und Weise argumentiert, ist diese Grundfrage *kollisionsrechtlich stufig* anzugehen. Zunächst ist zu fragen: Wie konzipieren die Ursprungsstaaten ihren Anspruch über die Verfügung über Ressourcen? Anschließend ist zu fragen, wie aus Perspektive des *lex fori* Staates die Qualifikation vorgenommen würde. Schließlich ist bei Differenz wertend zu entscheiden, ob die Anerkennung der ausländischen Qualifikation der Vorzug gebührt oder aus innerstaatlichen Prinzipien heraus die eigene Wertung. Evtl. erlaubt die kollisionsrechtliche Angleichung einen Kompromiss.

Da sich die Frage im TEFF-Fall nicht in der üblicherweise diskutierten Variante im Rahmen der Internationalen Zuständigkeit stellt, sondern als Frage der grenzüberschreitenden Anspruchsdurchsetzung soll die Frage auch in diesem Kontext bearbeitet werden.

3.2.2 Territorialität

Im TEFF-Fall behauptete Food & Health Bv., das ihr das aus dem Vertrag mit Äthiopien übertragene Recht auch gegenüber der Niedersächsischen Landwirtschaftskammer zustehe. Das würde voraussetzen, dass Food & Health Bv. eine weltweite Lizenz inne hätte. Eine globale Lizenz kennen wir zwar aus dem Immaterialgüterrecht. Hier fragt sich aber, ob das Recht nicht den Grenzen der Souveränität unterliegt, in der das Recht wurzelt. Nach dem überkommenen Souveränitätsverständnis sind staatliche Ansprüche territorial begrenzt und können in einem anderen Staat nicht geltend gemacht werden, es sei denn, völkerrechtliche Verträge oder

¹² Vgl. *Godt* (2009b).

¹³ Vgl. *Teubner/Fischer-Lescano* (2008).

nationales Recht sehen die Anerkennung vor.¹⁴ Die Dinge liegen bei eigentumsrechtlichen Ansprüchen umgekehrt. Nach überkommenem kollisionsrechtlichen Verständnis unterliegen Ansprüche aus Eigentum zwar sachrechtlich der *lex rei sitae*, sind aber nach internationalem Prozessrecht auch im Ausland (im Regelfall am Gerichtsstand des Beklagtenwohnsitzes) durchsetzbar. Die Vertragsparteien selbst scheinen auch von Eigentumskategorien auszugehen, denn der Vertrag spricht in den Klauseln 3.3. und 4.7. davon, dass die genetischen Ressourcen Äthiopien „gehören“ („belong to“).¹⁵ Ist damit gemeint, dass sich Äthiopien als „Eigentümer“ der Ressourcen versteht? Welche rechtlichen Konsequenzen hätte dies? Verwandelt sich das residuale Souveränitätsrecht bei der Übertragung an Private in ein Eigentumsrecht, das im Weiteren territorial ungebunden durchgesetzt werden könnte?

Aus völkerrechtlichen Grundprinzipien wird man grundsätzlich eine Rechtstellung annehmen, die sich aus dem Souveränitätsrecht ableitet (Ausnahme: Traditionelles Wissen indigener Völker). Denn die privatrechtliche Deutung hätte zur Folge, dass der völkerrechtliche Zustimmungsvorbehalt unterlaufen würde. (1) Die Vielzahl von Anerkennungs-Verträgen etwa im Steuerrecht zeigen, dass sich die Staaten durchaus vom strikten Gebot der territorialen Durchsetzung verabschiedet haben, aber an der vorherigen Zustimmung

¹⁴ BSGE 54, 250 (252, 253), wo die Anerkennung aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitet wurde; diese Grundsätze gelten auch für die Zivilgerichtsbarkeit bei der Durchsetzung von ausländischen Parkgebühren, siehe AG Münster, DAR 1995, 165 (166) mit Verweis auf BGH WM 70, 785 (786). Im Steuerrecht besteht etwa das Rechtshilfeabkommen zwischen Deutschland und Österreich; BGBl. II 1971, S. 1001. Für diese Verweise danke ich Dr. Davor Šušnjar, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl im WS 2011/12. Ergänzend ist auf die Anerkennung zwingenden ausländischen Rechts im Rahmen von §§ 134, 138 BGB hinzuweisen.

¹⁵ In der englischen Originalversion lautet der Text: „the genetic resources of Teff [...] are of Ethiopian origin and thus belongs [sic!] to Ethiopia“.

festhalten (sei dies völkerrechtlich oder unilateral national verankert). (2) Eine weltweite Wirkung würde die parallelen Rechte der Nachbarstaaten (hier etwa Eritrea) unzulässig beschränken. Es bestünde die Gefahr, dass diese an identischen Linien keine Rechte mehr vergeben könnten. (3) Aus der Logik des multilateralen Vertrags ergibt sich ein weiteres: Nichtvertragsstaaten würde ein „durch Souveränität geprägter“ Anspruch untergeschoben, der im Mantel eines Eigentumsanspruchs Geltung verlangt. Das untergräbt ihre Souveränität und ist deshalb abzulehnen. Umgekehrt wird man argumentieren können, dass die Vertragsstaaten, die in einem multilateralen Vertrag Ansprüche anerkennen, die typischerweise transnational entstehen, sich eine Durchsetzung solcher Ansprüche nicht versagen können. Eine entsprechende Klarstellung in den Umsetzungsgesetzen der CBD und des NP sollte hier Klarheit schaffen: allein der öffentliche Charakter von Ansprüchen aus dem Vorteilsausgleich schließt die Durchsetzung der CBD-Rechte nicht aus. Allerdings sollte die Durchsetzung auf das Land beschränkt werden, in dem der Nutzer die Ressource nutzen will. Zwar gewährt die CBD gerade die Befugnis eine Nutzungserlaubnis zu erteilen. Allerdings sollte diese die Begrenzungen des Ursprungsrechts spiegeln: während das Wesen des Eigentums darin liegt, dass es übertragbar ist, ist Souveränität nicht übertragbar. Das bedeutet, dass das Recht Äthiopiens, die Nutzung in den Niederlanden zu erlauben, nicht einer „weltweiten Lizenz“ an einem Immaterialgüterrecht gleichgestellt werden kann. Aus dieser Begrenzung folgt auch, dass die Annahme des Unternehmens irrig ist, dass alle Gewinne (auch aus Unterlizenzen an Dritte in Drittländern, die entweder von Äthiopien aufgrund von Nr. 7.1 des Vertrags erteilt, oder von ihm selbst aufgrund von Nr. 6 nach Genehmigung erteilt wurden) erst ihr zufließen – von denen es dann Royalties an Äthiopien zu zahlen habe. Mithin ist festzuhalten, dass das übertragene Recht territorial auf die Niederlande begrenzt ist (und nicht in

Deutschland durchsetzbar ist – es sei denn, dass Deutschland das niederländische Nutzungsrecht positiv anerkennt).

3.2.3 *Exklusivität*

Gemäß Klausel 4.4. des ABS-Vertrags verpflichtet sich Äthiopien, niemand anderem den Zugang zu den genetischen Ressourcen zum Zweck der Produktion der Produkte der Health & Performance Food International bv. zu gestatten. Jenseits dessen behält sich Äthiopien gemäß Art. 7.1. des Vertrags das Recht vor, weitere Lizenzen zu vergeben. Fraglich ist, ob ein solches Exklusivrecht mit der CBD vereinbar ist. Zwar ist eine Monopolposition als solche wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden.¹⁶ Das Unternehmen kann diese Position auch nicht ausbauen, da ihm die Weitergabe von Saatgut oder genetischem Material an Dritte nicht erlaubt ist (Nr. 6 des Vertrags). Allerdings könnte eine Exklusivlizenz gegen die Pflicht zur Zugangsgewährung aus Art. 15 (2) CBD verstoßen.

(1) Das öffentliche Interesse im Rahmen der Ernährungs- und Entwicklungspolitik

Ein solches Recht auf Zugang kann sich aus der Präambel ergeben, wenn das Exklusivrecht die Erhaltung und die Nutzung der biologischen Vielfalt für die Befriedigung der Nahrungsmittel-, Gesundheits- und sonstigen Bedürfnisse einer wachsenden Weltbevölkerung gefährdet. Indem das Unternehmen aufgrund der Exklusivlizenz faktisch ein wirtschaftliches Monopol auf die Nutzung der lizenzierten TEFF-Linien und daraus entwickelten Produkten erhält, können andere Unternehmen vergleichbare Entwicklungen nicht selbst vorantreiben. Der ABS-Vertrag kreiert somit einen Zustand, in dem andere Unternehmen von der Herstellung ausge-

¹⁶ Aus kartellrechtlicher Sicht ist in Europa beispielweise nur der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verboten, nicht jedoch die Marktbeherrschung an sich (Art. 102 AEUV).

geschlossen werden können und derselbe Effekt erzeugt wird, den ein Immaterialgüterrecht hätte. Während immaterialgüterrechtliche Exklusivlizenzen als solche nicht zu beanstanden sind, liegt im Fall der TEFF-Ressourcen eine besondere Situation vor. Durch den fehlenden Wettbewerb kann das Unternehmen Monopolpreise fordern und verhindert somit, dass die oben dargestellten, ernährungs- und entwicklungspolitischen Ziele der CBD effektiv erreicht werden können. Der Vertrag verstößt daher durch seine Ausgestaltung gegen die Grundzüge der CBD. Sollte das Unternehmen seine Produkte vor Nachahmung schützen wollen, müsste es dies anders bewerkstelligen, wie beispielweise durch die Anmeldung eines Patents.¹⁷ Es ist jedoch keine Rechtfertigung ersichtlich, weshalb dem Unternehmen auf vertraglichem Wege eine so weitreichende wettbewerbliche Ausschließlichkeitsstellung zustehen sollte. Wie oben gezeigt wurde, handelt es sich bei dem Souveränitätsrecht an den genetischen Ressourcen eben nicht um ein absolutes Ausschlussrecht. Ein solches widerspricht Sinn und Zweck der CBD insgesamt und ist insbesondere nicht mit Art. 15 (2) CBD vereinbar.

(2) *Forschungsförderung & Technologietransfer*

Dasselbe Ergebnis ergibt sich aus dem Ziel der Forschungsförderung an den genetischen Ressourcen zu ihrer Erhaltung und nachhaltigen Nutzung und der Pflicht zum Technologietransfer. Die Ablehnung der Genbank in Addis Abeba, deutschen Wissenschaftlern Zugang zu der Datenbank zu verschaffen, steht nicht mit der CBD-Pflicht zur Forschungsförderung in Einklang. Der Technologietransfer erlahmt, wenn ein einziges Unternehmen über die Nutzung bestimmter Ressourcen entscheiden kann. Mithin verletzt die Exklusivlizenzierung Art. 12 (b) und Art. 16 CBD.

¹⁷ Dies hat das Unternehmen auch getan (siehe EP 1 646 287 B1).

(3) *Die Erhaltung der biologischen Vielfalt*

Durch die faktische Monopolstellung in Bezug auf verschiedene Produkte im Bereich der Backwarenbranche wird verhindert, dass andere Unternehmen in Wettbewerb mit der Health & Performance Food International bv. treten. Wäre dies erlaubt, könnte Äthiopien auch von anderen Unternehmen, die TEFF als Basis für ihre Backwaren nutzen, auf der Grundlage eines ABS-Vertrags seinen (monetären und nicht-monetären) Anteil an der Nutzung der genetischen Ressourcen einfordern. Die *benefits* für Äthiopien könnten so wiederum in die Erhaltung der genetischen Ressourcen investiert werden.¹⁸ Dadurch würde dem Zweck der CBD in größerem Maße entsprochen werden, als dies in der aktuell durch den ABS-Vertrag geschaffenen Lage der Fall ist.

(4) *Ergebnis*

Ein exklusives Nutzungsrecht an genetischen Ressourcen ist mit der CBD nicht vereinbar.

3.2.4 *Vertragswirksamkeit*

Es stellt sich die Frage, ob der Vertrag aus diesem Grunde nichtig ist, oder ob er geltungserhaltend interpretiert werden muss. Für die geltungserhaltende Reduktion des Vertrags auf eine einfache Lizenz könnte die Pflicht zum Vorteilsausgleich sprechen. Der Vorteilsausgleich ist ein Kerninstrument des CBD-Anreizmechanismus (Art. 1 CBD, Ziel Nr. 3). Wäre der Vertrag nichtig, entfielen auch die Pflicht zum Vorteilsausgleich. Da CBD und das Nagoya Protokoll die Mitgliedstaaten zur Anerkennung des Vorteilsausgleichs verpflichten, wenn ein Staat entsprechende Regeln erlassen hat, wird ein Richter die geltungserhaltende Reduktion vornehmen

¹⁸ Vgl. auch *Gebreselassie* (2009).

müssen und das exklusive Nutzungsrecht in ein einfaches umdeuten.

3.4.5 Anspruch entstanden?

Bislang sind keine Zahlungen auf Basis des abgeschlossenen ABS-Vertrages erfolgt.¹⁹ Auch der jährlich fällige Finanzreport wurde nur einmal für das Jahr 2006 erstellt, zudem nur in niederländischer Sprache. Auf die Anfrage nach einer englischen Version erwiderte das Unternehmen, dass der Vertrag nicht zu einem Report in englischer Sprache verpflichtet.²⁰ Zudem besteht Uneinigkeit, in welchem Umfang ein Zahlungsanspruch besteht. Einerseits geht offenbar die Regierung Äthiopiens davon aus, dass ihr noch Ansprüche zustehen. Denn nach Konkurs von „Health & Food Int.l“ ist sie auf die niederländische Regierung mit dem Anliegen zugegangen, das Land möge sie bei der Geltendmachung der *Benefit*pflichten unterstützen. Die Information wurde dem Konkursverwalter überbracht. Andererseits gibt es Argumente, dass die bekanntgewordenen TEFF-Nutzungen nicht auf dem lizenzierten Material gründen. So argumentiert etwa die deutsche Regierung, dass etwaige Ansprüche der niederländischen Firma gegen die Landwirtschaftskammer bereits deshalb nicht entstanden seien, weil der Nachbau auf „amerikanischer“ Teff-Saat beruhte.²¹ Diese faktischen Fragen können hier nicht entschieden werden.

¹⁹ Vgl. *Dalle* (2010), S. 30.

²⁰ Vgl. *Dalle* (2010), S. 31.

²¹ Stellungnahme des BMELV [*U. Monnerjahn*] gegenüber der Niedersächsischen Landwirtschaftskammer am 26.5.2011.

4. Anspruch auf Nutzung aus Wettbewerbsrecht?

Es stellt sich die Frage, ob dieses Ergebnis (CBD-konforme Reduktion des [exklusiven] Nutzungsrechts auf ein einfaches Nutzungsrecht) durch einen Parallelanspruch aus Wettbewerbsrecht bestätigt wird. Die Überlegung ist, dass ein Nutzungsrecht an genetischen Ressourcen nicht weitergehen kann als ein Unterlassensanspruch aus einem Patentrecht. Dabei wird im Folgenden die Wirksamkeit eines Patents unterstellt. Da Äthiopien die Niedersächsische Landwirtschaftskammer an das Unternehmen verwiesen hat, wird hier zur cursorischen Prüfung auch unterstellt, dass das Unternehmen die Zustimmung zur Weitergabe besitzt.

Ein Anspruch aus Nutzung kann auf Grundlage von Art. 102 AEUV bestehen, wenn das Unternehmen durch eine Weigerung seine marktbeherrschende Stellung missbraucht. Dafür müsste das niederländische Unternehmen zunächst eine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt haben. Der relevante Markt ergibt sich anhand einer Analyse von drei Aspekten: dem sachlichen Markt, dem geographischen Markt und dem zeitlichen Markt. In den sachlichen Markt fallen alle Produkte, die untereinander austauschbar sind und somit Substitute darstellen.²² 12 TEFF-Sorten scheinen eine bedeutende Masse an Ausgangsmaterial darzustellen, die nicht substituierbar ist. Der geographische Markt umfasst das Gebiet, in dem die Wettbewerbsbedingungen ausreichend homogen sind.²³ Nur wenn für alle Produkte die gleichen rechtlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen herrschen, gehören sie zum selben relevanten Markt. Davon ist hier auszugehen. Der zeitliche Markt spielt allein für Saisonware und Eventprodukte

²² C-85/76, Urt. v. 13.02.79 – Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Slg. 1979, 461, Rn. 28.

²³ C-27/76, Urt. v. 14.02.78, *United Brands*, Slg. 1978, 207, Rn. 11.

eine Rolle.²⁴ Ob die Stellung des Unternehmens auf dem identifizierten Markt beherrschend ist, beurteilt sich in erster Linie nach dem Marktanteil.²⁵ Je höher dieser ist, desto eher kann von einer Marktbeherrschung ausgegangen werden.²⁶ Da alle Beteiligten von einer Exklusivlizenz ausgehen, ja Konkurrenten sich auch nicht vom Institut in Addis Abeba Material verschaffen können, liegt wettbewerbsrechtlich eine marktbeherrschende Stellung vor.

Der Europäische Gerichtshof hat in einer Urteilslinie von der Rechtssache *Magill*, über *Bronner* und *IMS Health* bis zu *Microsoft*, vier Voraussetzungen entwickelt, unter denen ein Anspruch auf eine Lizenz entsteht.²⁷ Danach muss (1) die Lizenz unerlässlich sein, um auf dem entsprechenden Markt tätig werden zu können.²⁸ Unerlässlichkeit liegt vor, wenn es keinen tatsächlichen oder potentiellen Ersatz für die entsprechende Einrichtung/das Immaterialgüterrecht gibt.²⁹ Stehen alternative Wege zur Verfügung, deren Nutzung aus objektiver Sicht nicht unmöglich oder unzumutbar schwer ist,³⁰ besteht keine Lizenzierungspflicht. Problematisch könnte im TEFF-Fall sein, dass Wettbewerber auf andere Linien verwiesen werden könnten. Diese Voraussetzung dürfte aber bei einer Res-

²⁴ Vgl. *Bunte* (2008), S. 165 f.

²⁵ Dabei ist nicht nur der Marktanteil des Unternehmens selbst (absoluter Marktanteil), sondern auch der Abstand zu den Marktanteilen der Konkurrenz (relativer Marktanteil) entscheidend.

²⁶ Näheres zu den Marktanteilen bei *Möschel, W.* (2007), Art. 82, Rn. 82 ff.

²⁷ C-241/91 P und C-242/91 P, Urt. v. 06.04.95, *Magill TV Guide*, Slg. 1995, I-743; C-7/97, Urt. v. 26.11.98, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791; C-418-01, Urt. v. 29.04.04, *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039; T-201/04, Urt. v. 17.09.07 - *Microsoft*, Slg. II-3601. Auf eine Darstellung der Sachverhalte soll an dieser Stelle verzichtet werden.

²⁸ Die Literatur zieht hier häufig eine Parallele zur essential facility doctrine im US-Recht, vgl. *Ensthaler/Bock* (2009), S. 2 und *Lober* (2002), S. 7-16.

²⁹ C-7/97, Urteil v. 26.11.1998 – *Bronner*, Slg. 1998, I-7791, Rn. 41.

³⁰ C-7/97- *Bronner*, Rn. 44 f.

source, die nicht in mehreren Linien vorliegt (anders als bei TEFF), gegeben sein.

(2) Des Weiteren muss durch die Verweigerung das Auftreten eines neuen Produkts, nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht, verhindert werden. Während der EuGH in den Fällen *Magill* und *IMS Health* den Begriffes des neuen Produkts nicht näher konkretisiert hat,³¹ machte das Gericht Erster Instanz (EuG, heute unter dem Lissabon Vertrag „das Gericht“) in *Microsoft* deutlich, dass auch noch nicht spezifizierbare Innovationen umfasst sind. Der Begriff des neuen Produkts sei im Kontext von Art. 82 S. 2 lit. b. EGV (nun Art. 102 S. 2 lit. b AEUV) zu betrachten, wodurch ein Schaden für die Verbraucher nicht nur bei einer Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes eines neuen Produkts entstehen könne, sondern auch im Falle einer Einschränkung der technischen Entwicklung.³² Da die Landwirtschaftskammer die TEFF-Saat mit Blick auf neue Linien testen wollte und weitere Forschungsprojekte mit TEFF begleitet und berät, ist langfristig davon auszugehen, dass ein neues Produkt entstehen würde.

(3) Durch die Lizenzverweigerung muss der Wettbewerb auf einem benachbarten Markt ausgeschaltet werden. Ein marktbeherrschendes Unternehmen soll folglich nicht die Möglichkeit bekommen, nur aufgrund seiner Stellung auf dem einen Markt einen weiteren Markt zu beherrschen. Dabei muss es nicht schon zur gänzlichen Ausschaltung des Wettbewerbs gekommen sein. Es reicht aus, wenn solch eine Ausschaltung droht.³³ Das Vorliegen dieser Voraussetzung ist anzunehmen.

(4) Die Lizenzverweigerung darf nicht objektiv gerechtfertigt sein. Im Rahmen von Art. 102 AEUV ist es grundsätzlich möglich,

³¹ Dies führte zu Unsicherheit und Kritik in der Literatur, vgl. *Heinemann* (2006), S. 712 und *Drexel* (2005), S. 7.

³² T-201/04 – *Microsoft*, Rn. 643 und 647.

³³ T-201/04 – *Microsoft*, Rn. 561.

Rechtfertigungsgründe für sein Verhalten anzugeben. Bei dieser Voraussetzung kommt es sehr auf den Einzelfall an. Es müsste konkret untersucht werden, welche Gründe das marktbeherrschende Unternehmen anführt und ob diese geeignet sind, das Interesse des Lizenzinteressenten zurücktreten zu lassen.

Ohne weitere Sachverhaltsaufklärung wird man den TEFF-Fall nicht entscheiden können. Deutlich wird indes, dass das Kartellrecht durchaus der Exklusivlizenz Grenzen setzt, die in die gleiche Richtung weisen: Das Unternehmen hat allein ein Nutzungsrecht und kann andere nicht von der Nutzung ausschließen.

5. Lehren aus dem TEFF-Fall

Der Fall TEFF beleuchtet die weitreichenden Konsequenzen eines ABS-Vertrags und die Bedeutung von rechtlichen Vorverständnissen. Häufig schwebt den Parteien eine Parallele zum Immaterialgüterrecht vor. Die vorliegende Analyse zeigt, dass diese Parallele aus Gründen, die der CBD selbst eingeschrieben sind, zahlreichen Einschränkungen unterliegt (territorial, einfache Lizenz). Die Parallele zum Wettbewerbsrecht macht zudem deutlich, dass Parallelwertungen des Wettbewerbsrechts zu denselben Einschränkungen führen (Anspruch auf Zugang). Der TEFF-Fall veranschaulicht damit, dass sich die Vertragsstaaten der CBD mit der Vereinbarung eines Regimes über Zugang und Vorteilsausgleich auf rechtliches Neuland begeben haben. Erst experimentelle Muster zeigen die Schwachstellen der Konzepte auf, die in der weiteren Umsetzung bedacht werden müssen. Zu dieser Klärung trägt der TEFF-Fall bei, indem er zeigt, welche Auswirkungen ein ABS-Vertrag für eine ganze Branche (hier die Agrarforschung nebst nachgelagerter industrieller Lebensmittelproduktion) haben kann.

Literatur

- Bunte, H. J. (2008): Kartellrecht, 2. Aufl., München: Beck Verlag, 2008.
- Dalle, G. (2010): Access and benefit sharing agreement on teff (*Eragrostis tef*) and its implementation challenges, Forum for Environment, Teff: the story of Ethiopia's biodiversity, occasional report No. 5, 2010, Addis Ababa, 32-37 (S. 30) - Stand Juni 2010.
- Drexler, J. (2005): Abuse of dominance in licensing and refusal to license: a 'more economic approach' to competition by imitation and to competition by substitution, 2005 EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings.
- Ensthaler, J./Bock, L. (2009): Verhältnis zwischen Kartellrecht und Immaterialgüterrecht am Beispiel der Essential-facility-Rechtsprechung von EuGH und EuG, GRUR 2009, 1-6.
- Gebreselassie, A. (2009): Material transfer agreements on Teff and Vernonia – Ethiopian plant genetic resources, Journal of Politics and Law 2009 (Vol. 2, No. 4), S. 77-89.
- Godt, C. (2009a): Regulatory Paradoxes – The case of agricultural innovation, in: J. Drexler/C. Godt/R. Hilty/B. Remiche/L. Boy (Hrsg.), Technology and Competition – Technologie et Concurrence, Larcier (De Boek), Brüssel, 2009, S. 71-90.
- Godt, C. (2009b): Enforcement of Benefit Sharing Duties in User Countries Courts, in: E. Kamau/G. Winter (Eds.), Genetic Resources, Traditional Knowledge & the Law – Solutions for Access & Benefit Sharing, Earthscan, London/Lifting V.A., 419-438 (p. 421).
- Heinemann, A. (2006): Gefährdung von Rechten des geistigen Eigentums durch Kartellrecht? Der Fall „Microsoft“ und die Rechtsprechung des EuGH, GRUR 2006, 705-712 (S. 712).
- Lober, A. (2002): Die IMS-Health-Entscheidung der Europäischen Kommission: Copyright K.O.? GRUR Int. 2002, S. 7-16.
- Möschel, W. (2007): in: Immenga/Mestmäcker: Wettbewerbsrecht. Band 1. EG/1. Teil, 4. Auflage, München, Beck.
- Teubner, G. /Fischer-Lescano, A. (2008): Canibalizing Epistemes: Will modern law protect traditional cultural expressions? in: Christoph Beat Graber/Miriam Burri-Nenova (Hrsg.), Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment, Cheltenham u. a., Edward Elgar, 2008.

WIPO, *World Intellectual Property Organisation* (2006): Proclamation No. 482/2006, in: http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/laws/pdf/ethiopia_gr_proclamation_2006.pdf [20.02.2012].

Negotiating Policy Incoherency affecting Seeds

Four platforms – and four types of rights on a handful of seeds

Niels P. Louwaars

1. Introduction: Integrated Seed Sector Development

Seeds and other planting materials form the basis of crop production. As such seeds are a key element in food security policies and agricultural development strategies. However, seeds are also the carrier of genetic information and thus the subject of (agro-)biodiversity and innovation policies. Finally, seed is a commodity that can be commercialized, and economic and trade policies affect the seed sector as well.

Throughout the world, it is the farmers themselves who produce most of the seed that is planted for most crops. This farm-saved seed is used for both locally and scientifically bred varieties. Throughout the history of developing countries seed policies have been formulated initially from a food security perspective (*Louwaars* and *De Boef*, forthcoming). The FAO led Seed Industry Development Programme (SIDP) created public seed farms, contract grower schemes, and seed conditioning facilities for multiplying their major food crops (*Feistritzer*, 1984). In order to reach more farmers with the Green Revolution varieties (*Lipton* and *Longhurst*, 1989), some countries adopted the strategy of ‘lateral spread’, promoting the early adopters of the new varieties to further distribute seed to more remote and resource-poor farmers.

Seed policies evolved with the creation of independent seed quality control agencies which became the driving force after the first seed laws that were largely based on those of the former co-