

Stellungnahme der Erklärung von Bern zur Eingabe der Schweiz vom 1.5.2003 bei der WIPO betr. Vorschläge zur Offenlegung der Herkunft von genetischen Ressourcen und traditionellem Wissen in Patentanmeldungen¹

Die Erklärung von Bern begrüsst die Eingabe der Schweiz vom 1.5.2003 bei der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) betreffend Vorschläge zur Offenlegung der Herkunft von genetischen Ressourcen und traditionellem Wissen bei Patentanmeldungen. Sie erachtet diese Eingabe als einen Schritt in die richtige Richtung. Allerdings wirft das Papier der Schweiz einige Fragen auf. Zudem sind verschiedene Forderungen der Erklärung von Bern und anderer Nichtregierungsorganisationen nicht oder nur ungenügend berücksichtigt.

1. Positive Aspekte:

Mit dem Papier wird (einmal mehr) grundsätzlich die Problematik anerkannt, dass die Gefahr besteht, dass die Ziele der Biodiversitätskonvention (CBD) durch das Patentrecht unterlaufen werden, indem heute Patente angemeldet werden können, die auf genetischen Ressourcen oder traditionellem Wissen basieren, welches illegal unter Verletzung der CBD erworben worden ist („Biopiraterie“). Art. 16.5 der CBD sieht vor, dass die Vertragsparteien zusammenarbeiten sollen, um sicherzustellen dass Patente und sonstige geistige Eigentumsrechte die Ziele der Konvention unterstützen und ihnen nicht zuwiderlaufen. In den Bonner Richtlinien wurde in Art. 16(d) die Idee der Offenlegung der Herkunft von genetischen Ressourcen und traditionellem Wissen bei Patentanmeldungen stipuliert, allerdings in einer wenige verpflichtenden Form („countries could consider [...] measures to encourage the disclosure...“).

Die Schweiz, die EU (vgl. IP/C(W/383) und andere haben immer wieder die Befürchtung geäussert, das Verlangen der Offenlegung der Herkunft von genetischen Ressourcen und traditionellem Wissen bei Patentanmeldungen könnte eine mit dem TRIPs-Abkommen bzw. dem Patent Cooperation Treaty (PCT) oder Patent Law Treaty (PLT) unvereinbare „additional substantive condition“ darstellen. Mit ihrem Vorschlag, eine spezifische *explizite* „enabling clause“ ins PCT und ins PLT einzufügen, will die Schweiz offenbar diesbezügliche Bedenken zerstreuen bzw. Klarheit darüber schaffen, dass das Verlangen der Offenlegung der Herkunft von genetischen Ressourcen und traditionellem Wissen bei Patentanmeldungen *keine* „additional substantive provision“ darstellt. Diese Initiative könnte dazu beitragen, dass Länder, die sich bisher hinter jener Befürchtung „versteckt“ haben (inkl. die Schweiz!), endlich entsprechende Bestimmungen in ihre nationale Patentgesetzgebung aufnehmen. Aus dieser Überlegung begrüsst die EvB das Papier grundsätzlich.

Die EvB und zahlreiche andere Organisationen hatten diese Forderung bereits im Rahmen der letztjährigen Vernehmlassung zum Patengesetz aufgestellt². Mittlerweile haben auch Vertreter der Pharmaindustrie diese Position eingenommen³.

¹ PCT/R/WG/4/13 vom 5.5.2003 abrufbar unter den Dokumenten für die 4. Session der Working Group on the Reform of the PCT (Genf, 19.-23.5.2003)

http://www.wipo.org/news/en/index.html?wipo_content_frame=/news/en/documents.html

² siehe insb. Ziff. 2.3 der Stellungnahme unter

http://www.evb.ch/cm_data/Vernehmlassung_Entwurf_Bundesgesetz_Erfindungspatente.pdf

³ Siehe z.B. Referat von Thomas B. Cueni, Generalsekretär Interpharma, am nationalen ABS Workshop vom 7.11.2002: „Wir sind der Meinung, dass es Instrumente gibt, welche Missbrauch in der Nutzung von „traditionellem

Bemerkenswert erscheint der EvB insbesondere der Paragraph 29 der Eingabe der Schweiz, in welchem gesagt wird, dass auf der Basis dieses Vorschlags nationale Patentgesetzgebungen vorsehen können, dass die Gültigkeit („validity“) von erteilten Patenten durch fehlende oder inkorrekte Offenlegung in Frage gestellt werden kann. M.a.W. ein Patent könnte im Falle einer fehlenden oder inkorrekten Offenlegung widerrufen werden. In diesem Punkt scheint das Schweizer Papier sogar weiter zu gehen als das „concept paper“ der EU vom vergangenen Herbst (IP/C/W/383). Die EvB unterstützt diese Stossrichtung. Leider wird die Tragweite allerdings durch den Zusatz „if this is due to „fraudulent intention““ stark relativiert. Wann ist die „intention fraudulent“? Wer beurteilt dies? Diese Formulierung läuft vermutlich darauf hinaus, dass die Betrugsabsicht von Behördenseite nachgewiesen werden muss, was wohl in den meisten Fällen kaum möglich sein dürfte und wiederum langwierige Verfahren zur Folge hätte. Während dieser Zeit hätten die unrechtmässig erworbenen Patente Bestand, wie schon so oft erlebt. Nach Ansicht der EvB braucht es hier klar eine *Beweisumkehr*: Sollte sich herausstellen, dass die Herkunftsangaben bei einer Patentanmeldung *nicht korrekt* oder *fehlend* sind, obwohl die Herkunft bekannt war, dann muss es Aufgabe des *Patentanmelders* sein, seine Unschuld zu beweisen, also nachzuweisen, dass es sich bei seinem Versäumnis *nicht* um eine „fraudulent intention“ gehandelt hat⁴.

2. Offene Fragen und problematische Aspekte des Schweizer Papiers

Die Hauptsorge der EvB in Zusammenhang mit der Eingabe der Schweiz ist, dass der Eindruck entstehen könnte, dass eine solche „enabling clause“ eine *Voraussetzung* dafür sei, dass die Vertragsparteien ihre nationalen Gesetzgebungen entsprechend anpassen *dürfen*. Die EvB wehrt sich entschieden gegen eine solche Interpretation. Sie sieht die Eingabe der Schweiz vielmehr als eine Ermunterung gegenüber den Staaten, die sich diesbezüglich bisher zurückhaltend gezeigt haben. Die EvB geht somit auch davon aus, dass die Schweiz in der bevorstehenden Revision des Patentgesetzes definitiv eine entsprechende Klausel einfügen wird und zwar unabhängig vom Verlauf der Diskussion über ihre Eingabe in der WIPO.

Weitere offene Fragen und problematische Aspekte:

- Indem es sich beim Vorschlag um eine „enabling clause“ handelt, wird den Vertragsstaaten lediglich die explizite *Erlaubnis* eingeräumt, in ihre nationalen Gesetzgebungen solche Offenlegungspflichten aufzunehmen. Die EvB ist jedoch der Ansicht, dass die Parteien zu den verschiedenen Abkommen bereits heute die *Möglichkeit* haben, eine solche Offenlegung zu verlangen⁵. Mit der *expliziten* Festlegung dieser *Möglichkeit* wird somit nicht sehr viel gewonnen (immerhin werden allfällige „Zweifler“ in die Schranken gewiesen, wie unter Ziff. 1 dargelegt). Was die EvB vielmehr verlangt, und was ein wirklicher Fortschritt gegenüber dem Ist-Zustand darstellen würde, wäre die klare

Wissen“ verhindern können. Dazu gehören Massnahmen wie zum Beispiel [...] die Offenlegung von Ursprungsland und PIC in Patentbegehren.“

⁴ Die Formulierung erinnert fatal an die spitzfindige Unterscheidung der Schweiz zwischen „tax evasion“ und „tax fraude“...

⁵ Dieser Punkt wird an dieser Stelle nicht ausführlich argumentiert. Wir beschränken uns hier auf die Aussage, dass die Ziele der CBD ohne die Offenlegungspflicht schlicht nicht umgesetzt werden können. Gemäss Art. 26 Wiener Konvention („pacta sunt servanda“) sind die Vertragsparteien aber klar an die CBD gebunden und müssen sie nach Treu und Glauben erfüllen.

Festlegung der *Pflicht*, die Herkunft von genetischen Ressourcen und traditionellem Wissen bei Patentanmeldungen offen zu legen.

- Die EvB erachtet es als sehr problematisch, dass in der Eingabe der Schweiz statt des Ausdrucks „origin“ (Herkunft) der viel allgemeinere Ausdruck „source“ (Quelle) verwendet wird. Die Argumentation im ersten Punkt des Paragraphs 22 überzeugt in keiner Art und Weise (es besteht gar ein Widerspruch zwischen der Fussnote 15 und dem letzten Satz dieses Punkts). Diese Formulierung könnte z.B. dazu führen, dass ein Pharmaunternehmen als „source“ einer genetischen Ressource eine Universität angibt, von welcher das Material erworben worden ist. Wenn nun das Pharmaunternehmen diese Universität in einer Patentanmeldung als Quelle angibt, ist die Anmeldung formal korrekt. Das Patent kann also nicht widerrufen werden, auch wenn sich herausstellt, dass die Universität das Material ihrerseits auf illegale Weise erworben hat (keinesfalls ein abwegiges Beispiel übrigens, wie die Vergangenheit gezeigt hat). Es ist nicht einzusehen, weshalb hier von dem in der CDB und den Bonner Richtlinien verwendeten Ausdruck „country of origin“ abgewichen werden sollte. Umso mehr, als in den beiden folgenden Punkten des Paragraphs 22 gerade umgekehrt argumentiert wird („to ensure consistency with the CBD“)!
- Warum die Beschränkung auf die Offenlegung der Herkunft von genetischen Ressourcen und traditionellem Wissen bei Patentanmeldungen ? Nach Ansicht der EvB (und auch nach Ansicht des Generalsekretärs der Interpharma, vgl. Fussnote 3) sollte bei Patentanmeldungen auch der „prior informed consent“ (PIC) offengelegt werden. Die EvB ist ferner der Meinung, dass auch der Nachweis erbracht werden muss, dass eine Einigung über ein „fair and equitable benefit sharing“ erzielt worden ist.
- Was bedeutet die Einschränkung „if an invention is directly based on such resources or traditional knowledge“ in der Praxis? Paragraph 24 gibt keinen Aufschluss darüber, was unter „immediate use“ fällt und was nicht.

3. Schlussbemerkungen

Die EvB bedauert es, nicht bereits vorgängig zur Einreichung des Schweizer Papiers bei der WIPO begrüsst worden zu sein. Vielleicht wäre es möglich gewesen, einige der Unklarheiten zu beseitigen oder gar zu einem etwas mutigeren Schritt seitens der Schweiz beizutragen. Nichtsdestotrotz begrüsst die EvB, wie erwähnt, grundsätzlich die Stossrichtung des Papiers.

Die in dieser Stellungnahme gemachten Äusserungen ändern nichts an der bisherigen ablehnenden Haltung der EvB gegenüber „Patenten auf Leben“. Die EvB ist nach wie vor der festen Überzeugung, dass Pflanzen und Tiere nicht patentierbar sein dürfen. Pflanzengenetische Ressourcen oder traditionelles Wissen können aber auch Eingang finden in patentierbare Produkte wie Kosmetika. Deshalb ist hier wichtig, dass das „fair and equitable benefit sharing“ nicht durch „Biopiraterie“ umgangen wird. Die Schweiz darf die Biopiraterie nicht begünstigen. Sie muss alles in ihrer Möglichkeit stehende unternehmen, um diese zu verhindern.