

Gunther Teubner, Frankfurt am Main

Kannibalisierung des Wissens: Schutz kultureller Diversität durch transnationales Recht?*

(In: Aurelia Colombi Ciacchi, Christine Godt, Peter Rott, Lesley Jane Smith (Hrsg.) Haftungsrecht im dritten Millennium: Liber amicorum Gert Brüggemeier. Nomos, Baden-Baden 2009, 553-576)

A. Traditionelles Wissen: Problemdefinitionen

Dem Neem-Baum (*Azadirachta indica*) werden wahre Wunder zugeschrieben. Er wird insbesondere in Indien als heilig verehrt. Extrakte seiner Blätter wirken gegen vierzehn Pilzarten, dienen der Bekämpfung von Wundbrand-Bakterien und Typhus-Erregern. Vorbeugend eingesetzt wird das Extrakt gegen virale Infektionen mit Wirkung bei Pocken, Windpocken, Hepatitis B und Herpes. Alle Teile des Baumes kommen in der ayurvedischen Medizin zur Anwendung.¹ Der Neem-Baum dient darüber hinaus der Gewinnung von Biopestiziden und -fungiziden. Ähnlich vielseitig findet Turmeric, ein aus Gelbwurz (*Curcuma longa*) hergestelltes Pulver Verwendung: In der indischen Medizin wird es gegen entzündliche Erkrankungen und zur Wundheilung eingesetzt, es dient als Gewürz und zugleich als Färbemittel. Gemeinsam ist beiden Naturprodukten, dass sie zum Objekt wirtschaftlicher Interessenverwertung transnationaler Netzwerke wurden: Während das US-amerikanische Unternehmen W.R. Grace & Co. in den USA und Europa eine ganze Reihe von Patenten im Zusammenhang mit der Herstellung einer stabilisierten *Azadirachta*-Lösung zur Pilzbekämpfung erwarb, ließen sich im Fall Turmeric Forscher des medizinischen Zentrums der Universität Mississippi die Verwendung von Turmeric zur Wundheilung in den USA patentieren.² Beide Versuche der Wissensaneignung durch transnationale Netzwerke waren mit einem erheblichen Widerstand indigener Gruppen konfrontiert. In beiden Fällen legten Aktivisten verschiedener NGOs Rechtsbehelfe gegen die Patenterteilungen ein, beide Male mit Erfolg. Nachdem der indische Council of Scientific and Industrial Research gegen das Turmeric-Patent einen Antrag auf Nachprüfung gestellt hatte, wurde das Patent (U.S. Patent No. 5.401.504) aus Gründen mangelnder Neuheit der Erfindung

* Ich danke Andreas Fischer-Lescano und Isabell Hensel für ihre Mitarbeit.

¹ H. Schmutterer, *The Neem Tree Azadirachta Indica A. Juss. and Other Meliaceae Plants: Sources of Unique Natural Products for Integrated Pest Management, Medicine, Industry and Other Purposes*, Weinheim 1995.

² Details zu beiden Fällen: M. L. Eiland, *Patenting Traditional Medicine*, in: *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, 89, 2007, 45-84; A. v. Hahn, *Traditionelles Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften zwischen geistigen Eigentumsrechten und der public domain*, Berlin, Heidelberg, New York 2004, 270 ff. (Turmeric) und 279 ff. (Neem-Baum); ferner: R. Ramani, *Market Realities v. Indigenous Equities*, in: *Brooklyn Journal of International Law*, 26, 2001, 1147-1176 (Fn. 5) – zum Turmeric-Patent; umfangreich ist die Literatur zum Neem-Baum-Patent, besonders instruktiv: S. Randeria, *Rechtspluralismus und überlappende Souveränitäten: Globalisierung und der „listige Staat“ in Indien*, in: *Soziale Welt*, 57, 2006, 229-258 (237 ff.); E. Marden, *The Neem Tree Patent: International Conflict over the Commodification of Life*, in: *Boston College International & Comparative Law Review*, 22, 1999 279-295 (283); V. Shiva/R. Holla-Bhar, *Piracy by Patent: The Case of the Neem Tree*, in: *Jerry Mander/Edward Goldsmith* (Hrsg.), *The Case of the Global Economy: And For a Turn Toward the Local*, San Francisco 1996, 146-159 (148 ff.).

aufgehoben.³ Ganz ähnlich war die Konfliktlage im Fall des Neem-Patents vor dem Europäischen Patentamt (EPO): Auch das europäische Patent Nr. 0436257 wurde durch das EPO nach Einlegung eines Einspruchs durch Umweltaktivisten unter der Führung von Vandana Shiva und Magda Alvoet unter Hinweis auf die fehlende, nach Art. 52 Abs. 1 des Europäischen Patentübereinkommens (EPÜ)⁴ anhand des schriftlich oder mündlich überlieferten Standes der Technik zu bestimmende Neuheit des Patents widerrufen.⁵

In beiden Fällen handelt es sich um den ehrenwerten und mutigen, aber letztlich doch problematischen Versuch, die Kannibalisierung des traditionellen Wissens⁶ in peripheren Gesellschaften durch Explorationsmethoden der modernen Wirtschaft, Wissenschaft, Technologie, Medizin und des Kulturbetriebs dadurch zu bekämpfen, dass man sie vor die Rechtsforen der Zentren bringt.

Das eigentliche Problem solcher litigation strategies liegt in ihrem issue framing. Mit welchen Kategorien nehmen Politik und Recht die Problematik des traditionellen Wissens wahr? Denn diese entscheiden über Auslösebedingungen, Inhalte und Durchsetzung von Sanktionen gegen die Verwertung traditionellen Wissens. Mit Notwendigkeit sind public interest lawyers darauf angewiesen, das issue framing zu übernehmen, das ihnen von den Gerichten, vor denen sie klagen, von den Verwaltungsorganen, vor denen sie Einspruch erheben, und von den Rechtsnormen, über deren Interpretation sie streiten, vorgegeben wird. Das verschafft ihnen zwar die gesuchten Anschlussmöglichkeiten an geltendes Recht und eröffnet auch ein Szenario für inkrementelle Rechtsinnovationen, hält sie aber zugleich um so fester im Begriffssystem der rechtlichen Spezialmaterie gefangen und hindert sie daran, die eigentlichen Dimensionen des zugrunde liegenden Konflikts zu suchen und darauf eingestellte Lösungen zu entwickeln. Besonders bizarr wirkt das issue framing im Neem-Baum-Fall. Hat der erfolgreiche Angriff auf die „Neuheit“ des medizinischen Patents dazu beigetragen, die Problematik traditionellen Wissens adäquat zu erfassen? Nein. Den Klägern gelang es nur nachzuweisen, dass das einschlägige traditionelle Wissen über die Heilkraft des Baumes schon in religiösen Quellen niedergelegt war.⁷ Aber die Formulierung der quaestio juris des Neem-Baum im IP-speak verfehlt den eigentlichen Konflikt, da die IP-spezifische „Neuheit“ des Wissens nicht das regelungsbedürftige Problem ist, sondern der Schutz der traditionellen Wissensgenerierung überhaupt. Mit welchem issue framing aber sind die Konflikte, die aus der Verwertung des traditionellen Wissens durch die Moderne durch

³ Nachprüfungsbescheid B1, 3500, 21. April 1998, in der Patentsache Nr. 5. 401. 504; G. Duffield, TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge, in: Case Western Reserve Journal of International Law, 33, 2001, 233-275 (239).

⁴ Übereinkommen über die Erteilung Europäischer Patente (Europäisches Patentübereinkommen) vom 5. Oktober 1973 in der Fassung der Akte zur Revision von Artikel 63 EPÜ vom 17. Dezember 1991 und der Beschlüsse des Verwaltungsrats der Europäischen Patentorganisation vom 21. Dezember 1978, vom 13. Dezember 1994, vom 20. Oktober 1995, vom 5. Dezember 1996, vom 10. Dezember 1998 und vom 27. Oktober 2005 sowie mit den vorläufig anwendbaren Bestimmungen der Akte zur Revision des EPÜ vom 29. November 2000.

⁵ EPO, Aufhebungsentscheidung, 13. Februar 2001, Klageschrift Nr. 90250319.2-2117, Patent-Nr. 0436257; der Widerspruch gegen diese Entscheidung wurde durch das EPO am 08. März 2005 abschlägig entschieden (Az. T 0416/01 - 3.3.2).

⁶ Traditionelles Wissen bezieht sich im Folgenden aufgrund des holistischen Kontextes der Wissensproduktion auf alle Ausdrucksformen traditioneller Kultur.

⁷ So deutlich das EPO in der Entscheidung des Widerspruchs gegen den Widerruf des Patents, 08. März 2005, Az. T 0416/01 - 3.3.2.: „In conclusion, the main request fails for lack of inventive step (Article 56 EPC)“ (a.a.O., S. 21).

Wissenschaft, Technologie, Medizin und Wirtschaft, entstehen, zu erfassen und in welche quaestio juris sind sie adäquat zu übersetzen?

Völkerrechtler stehen, wenn sie traditionelles Wissen als politisches Problem und als Rechtsfrage qualifizieren sollen, vor dem akuten Problem der Fragmentierung des internationalen Rechts. Mehrere internationale Organisationen haben unter dem Einfluss von öffentlichen Protesten die Problematik registriert und Regelungsvorstöße unternommen – aber sie jeweils nur mit dem eigenen Tunnelblick wahrgenommen. Genau diese Fragmentierung der Problematik ist die Ausgangsfrage:

“Indeed, the attempts to create TCE protection rules on the global level reveal substantial fragmentation. After the early success of a joint effort of the World Intellectual Property Organization (WIPO) and the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) to elaborate a sui generis model for IP-type protection of TCE (UNESCO-WIPO Model Provisions, 1982), the international community has shown no coherence in its approaches to TCE. The multiplicity of regional, national and civil society endeavours to protect different aspects of TCE complicates the picture and deepens the fragmentation.”⁸

Wenn aber der Schutz traditionellen Wissens den normativen Kollisionen einer solchen Rechtsfragmentierung ausgesetzt ist, dann macht dies das issue framing umso dringender. Dass den Kollisionen nicht mit Rechtsvereinheitlichung oder der Einrichtung von Gerichtshierarchien beizukommen ist, hat die erregte Debatte um Rechtsfragmentierung, die im Bericht der durch International Law Commission (ILC) eingerichteten Arbeitsgruppe unter der Leitung von Martti Koskenniemi ihren ersten Abschluss fand, deutlich gemacht. Die Debatte hat die Aufmerksamkeit von der nur rechtlichen auf die politische Dimension, auf die policy-Konflikte zwischen internationalen Regimes, umgelenkt.⁹ Unterschiedliche internationale Organisationen - WTO, WIPO, FAO etc. - kollidieren mit ihren je institutionell verankerten Problemdefinitionen und ihren je spezifischen Lösungsstrategien. Traditionelles Wissen ist heute in den Sog von policy-Konflikten geraten, von Konflikten zwischen aggressiv vorangetriebener globaler Verbreitung von intellectual property rights auf der einen Seite und der Erhaltung von Cultural Diversity und Biodiversity auf der anderen.¹⁰

Doch macht dies nur einen merkwürdigen effet pervers¹¹ der globalen Juridifizierung deutlich: dass nicht nur transnationale Unternehmen, sondern auch transnationale

⁸ NCCR, Conference Program, International Symposium "Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment", Luzern Juni 2007, abrufbar unter: <http://www.nccr-trade.org/ip-7/international-symposium-traditional-cultural-expressions-in-a-digital-environment-.html>

⁹ M. Koskenniemi, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission: Draft Conclusions of the Work of the Study Group, ILC, 58. Sitzung, 13. April 2006, A/CN.4/L.682; siehe ferner der (schlussfolgernde) Bericht der *Study Group of the ILC*, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Draft Conclusions of the Work of the Study Group, ILC, 58. Sitzung, 18. Juli 2006, A/CN.4/L.702.

¹⁰ Anstatt aller, vgl. Bericht der *Commission on Intellectual Property Rights and Development Policy (CIPRDP)*, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, London 2002, abrufbar unter: http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/CIPRfullfinal.pdf.

¹¹ R. Boudon, Effets pervers et ordre social, Paris 1977.

Regulierungsregimes traditionelles Wissen, diesmal zur Nahrung ihrer Regulierungsstrategien, kannibalisieren. Zwar geht es ihnen nicht darum, traditionelles Wissen für private Zwecke auszubeuten, aber doch – trotz aller Parteinahme für Entwicklungsländer – darum, Wissensbestände peripherer Gesellschaften für Zwecke eines transnational ordre public zu instrumentalisieren. Belegt wird dies durch konkrete, von globalen Regimes initiierten und von nationaler Gesetzgebung realisierten Regulierungsinitiativen. Indien versucht in Art. 36 (5) des Biological Diversity Act von 2002 unter dem Einfluss der globalen Politik, zwei konfligierende politische Ziele zum Ausgleich zu bringen: intellectual property vs. biodiversity.¹² Was aber ist Biodiversity für ein merkwürdiger Umweg, ja eigentlich eine Sackgasse, die Wissensbestände traditioneller Gesellschaften dadurch zu schützen, dass man eine Politik der sustainability, die Variationsvielfalt biologischer (!) Sorten zu erhalten, betreibt! Eine solche zugleich biologistische und ökonomistische Instrumentalisierung traditionellen Wissens verfehlt dessen Eigenart ebenso wie seine Instrumentalisierung in Thailand – diesmal für Zwecke der Medizinpolitik. Die dortige Gesetzgebung subsumiert die Schutznormen des traditionellen Wissens unter das Ziel der „protection and promotion of traditional Thai medicinal intelligence“.¹³ Und selbst wenn man die Erhaltung von traditionellen Wissen „an sich“ als policy-goal proklamiert, wie es in Brasilien und in der African Model Legislation geschehen ist, versteht man dieses wiederum nur als Wissensbestand von hohem „socio-economic value“, der in digitalen Datenbanken transskribiert, dokumentiert, aufbewahrt und verwertet werden kann, verfehlt jedoch damit die Prozesse der Wissensgenerierung selbst, um deren Erhalt es geht.¹⁴ Am deutlichsten schließlich wird die Instrumentalisierung traditionellen Wissens durch globale Rechtsregimes in solchen Gesetzgebungsvorschlägen, die ein protective IP-Regime entwerfen mit dem expliziten Ziel, die Anpassung indigener Gruppen an moderne Märkte zu erreichen:

“We contend that carefully designed IPRs in traditional knowledge could help developing countries become full players in global agricultural markets while equally rewarding indigenous people for their contributions to international well-being.”¹⁵

Gegenüber diesen Versuchen, Probleme des traditionellen Wissens der jeweiligen idiosynkratischen Regulierungslogik internationaler Organisationen zu unterwerfen, macht es einen wichtigen Unterschied, die Fragmentierung des Rechts von der zu engen Bindung an Regime-Policies abzulösen und sie auf Rationalitätenkonflikte der globalisierten Gesellschaft selbst zurückzuführen. So notiert Martti Koskeniemi im Bericht der ILC-Arbeitsgruppe zur Fragmentierung zu Recht, dass Regime-Kollisionen Ausdruck tiefer gehender weltgesellschaftlicher Widersprüche sein können:

¹² Art. 36 (5) des Biological Diversity Act von 2002 lautet: “The Central Government shall endeavour to respect and protect the knowledge of local people relating to biological diversity, as recommended by the National Biodiversity Authority through such measures, which may include registration of such knowledge at the local, State or national levels, and other measures for protection, including *sui generis* system.” Vgl. dazu: T. Cottier/M. Panizzon, Legal Perspectives on Traditional Knowledge: The Case for Intellectual Property Protection, in: Journal of International Economic Law, 7, 2004, 371-399 (380).

¹³ WIPO, Comparative Summary of Existing Sui Generis Measures and Law for the Protection of Traditional Knowledge, 20. Juni 2003, WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4.

¹⁴ Zur rechtlichen Situation in Brasilien und Afrika, siehe WIPO (Fn. 14).

¹⁵ T. Cottier/M. Paizzon (Fn. 13), 372.

“In a sociological sense, they may even be said to express different social rationalities: a clash between them would appear as a clash of rationalities - for example, environmental rationality against trade rationality, human rights rationality against the rationality of diplomatic intercourse. Thus described, fragmentation of international law would articulate a rather fundamental aspect of globalized social reality itself - the replacement of territoriality as the principle of social differentiation by (non-territorial) functionality.”¹⁶

Dann wird deutlich, dass den Regime-Kollisionen nicht bloß policy-Konflikte, sondern gesellschaftliche Systemkonflikte zugrundeliegen.¹⁷ In den vielfältigen Versuchen, das Problem auf globaler Ebene zu regulieren, kollidieren Teilrationalitäten der Weltgesellschaft miteinander: Leitprinzipien der Ökonomie, der Wissenschaft, der Medizin, der Kultur und der Religion streiten um den Zugriff auf traditionelles Wissen und dessen Beschränkung. In grober Vereinfachung: Bei der Nutzung konfliktieren wirtschaftliche, wissenschaftliche und medizinische Verwertungsinteressen mit den Forderungen auf Integrität und Diversität von Kulturen, Religionen und Lebenswelten, und auf diese Konflikte reagieren verschiedene Regulierungsprojekte höchst unterschiedlich. Ist hier ein Ausgleich – durch hierarchische Entscheidung oder durch Verhandlungen zwischen den Regimes - möglich?

Eine solche Sicht qualifiziert traditionelles Wissen zu Recht als ein Problem der Rationalitätenkollisionen innerhalb der Moderne. Doch muss man hier einen beträchtlichen Schritt über den bisherigen Diskussionsstand in Sachen Rechtsfragmentierung hinausgehen. Rationalitätenkollision beschreibt die Problematik noch nicht zureichend, denn sie wird nur der einfachen, nicht aber der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft gerecht. Sie macht zwar deutlich, wie die Bestände traditionellen Wissens divergierenden Anforderungen innerhalb der weltweiten funktionalen Differenzierung ausgesetzt sind, aber sie verfehlt die zweite Fragmentierung - den kulturellen Polyzentrismus der globalen Kommunikation, das Gegeneinander unterschiedlicher Weltkulturen.¹⁸ Der Konflikt ist aus dieser doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft entstanden – der Fragmentierung der Funktionssysteme und der Regionalkulturen.¹⁹ Erst mit dieser Verortung des Konflikts lassen sich für die Suche nach konfliktadäquaten Rechtsnormen soziologische Richtungsangaben machen. Politisches issue framing und rechtliche Qualifizierung dürfen nicht der doppelten Polyzentrität ausweichen, sondern müssen sie als gegeben hinnehmen, sie in ihren Konsequenzen reflektieren und ihre Regulierungsprojekte darauf aufbauen.

¹⁶ M. Koskenniemi, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission: Draft Conclusions of the Work of the Study Group, . Fn. 10, Rdn. 133, Fn. 168; M. Koskenniemi/P. Leino, Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties, in: Leiden Journal of International Law, 15, 2002, 553-579; A. Fischer-Lescano/G. Teubner, Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts, Frankfurt 2006.

¹⁷ S. Sassen, Territory-Authority-Rights - From Medieval to Global Assemblages, Princeton, Oxford 2006.

¹⁸ S. P. Sinha, Legal Polycentricity, in: Hanne Petersen/Henrik Zahle (Hrsg.), Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law, Aldershot 1995, 31-69;

¹⁹ R. Stichweh, Strukturbildung in der Weltgesellschaft – Die Eigenstrukturen der Weltgesellschaft und die Regionalkulturen der Welt, in: Thomas Schwinn (Hrsg.), Die Vielfalt und Einheit der Moderne. Kultur- und strukturvergleichende Analysen, Wiesbaden 2006, 239-257.

Freilich bedürften sie dabei strenger Selbstdisziplin gegenüber Sirenengesängen, die da heißen: „Clash of cultures“ (Samuel Huntington), „Jihad vs. McWorld“ (Benjamin Barber) in der Politikwissenschaft, „Multiple modernities“ (Shmuel Eisenstadt) in der Soziologie und „uniqueness of legal culture“ (Pierre Legrand) in der Jurisprudenz.²⁰ Sie alle insinuieren, dass in der heutigen Weltgesellschaft verschiedene, herme(neu)tisch gegeneinander geschlossene Regionalkulturen als miteinander inkompatible Totalitäten konflikthaft aufeinander treffen. So einflussreich solche Ideen eines Kulturkonflikts zwischen modernen und traditionellen Gesellschaften auch geworden sind, so fragwürdig ist ihre Annahme, dass Kulturen als Totalitäten, als „kompakte“ geschlossene Einheiten „tout court“ um die Grenzen ihrer Einflussbereiche kämpfen. Vielmehr kommt es darauf an zu analysieren, wie sich gerade einzelne hochspezialisierte Hyperstrukturen der Weltgesellschaft in die Lage versetzen konnten, die Integrationsmechanismen von Regionalkulturen von innen her zu sabotieren.²¹

Entscheidend dafür ist der Unterschied zwischen globalen und regionalkulturellen Differenzierungsprinzipien der Gesellschaft: funktionale Differenzierung der „modernen“ Wissensbestände versus gesellschaftliche Einbettung „traditionellen“ Wissens. Dieser Unterschied gibt den Konflikten um traditionelles Wissen ihre eigentümliche Färbung. Nicht die moderne Gesellschaft als solche, als kapitalistische Gesellschaft, als Organisationsgesellschaft oder als Wissensgesellschaft, sondern je einzelne aus ihrer Binnendifferenzierung entstandene hochspezialisierte Aktionszentren - Funktionssysteme, formale Organisationen, Netzwerke, epistemic communities – sind jedes für sich auf eine andere spezifische Weise an der Desintegration der Wissensproduktion in den Regionalkulturen beteiligt. Wenn diese auf jeweils nur eine Funktion spezifizierten Institutionen der Moderne auf diffuse Strukturen in segmentären oder stratifizierten Gesellschaften im Umbruch stoßen, dann können sie gar nicht anders, als deren traditionelle Wissensgenerierung aus ihrer gesellschaftlichen Einbettung herauszureißen und in ihren je eigenen Metabolismen zu transformieren.

„To divorce ‚science‘ from ‚religion‘ and to tear away the ‚cosmological‘ or spiritual gloss from an allegedly ‚practical‘ core will undermine many forms of traditional knowledge.“²²

Monokontexturale Regimes verwerten „ganzheitliche“ traditionelle Kulturzusammenhänge für ihre spezialisierten Ziele, indem sie diese aus dem Reproduktionszusammenhang des traditionellen Wissens lösen, auf den es aber für seine Weiterentwicklung angewiesen ist. Kurz: Die Multidirektionalität traditioneller Institutionen wird von der Unidirektionalität der modernen Hyperstrukturen unterminiert.

²⁰ R. Stichweh (Fn. 20); P. Legrand/R. Munday, *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge 2003; B. R. Barber, *Jihad vs. McWorld: How the Planet is Both Falling Apart and Coming Together and What This Means for Democracy*, New York 1995.

²¹ R. Stichweh (Fn. 20).

²² R. J. Coombe, *Protecting Cultural Industries to Promote Cultural Diversity: Dilemmas for International Policy-Making Posed by the Recognition of Traditional Knowledge*, in: Keith Maskus/Jerome Reichman (Hrsg.), *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge 2005, 559-614 (606).

Wie weltgesellschaftliche Wissenschafts- und Wirtschaftsprozesse die ganzheitlichen, insbesondere auch religiösen Bezüge traditioneller Wissensformen brutal abschneiden und zugunsten der eigenen Rationalität zu verwerten suchen, vermag das Beispiel der Ayahuasca-Liane (*Banisteriopsis caapi*) zu illustrieren.²³ Die insbesondere im Amazonasgebiet heimische Pflanze wird von Schamanen indigener Völker verarbeitet, um das psychoaktive Getränk Ayahuasca herzustellen. Dieses Getränk ist (in Brasilien als Santo Daime bekannt) zentraler Bestandteil verschiedenster Mythen und Rituale amazonischer Spiritualität.²⁴ Es findet zur Krankenheilung (insbesondere bei Rheuma, Bronchialkrankheiten und Traumatisierungen)²⁵ und in religiösen Zeremonien zur Ermöglichung der Begegnung mit den Göttern und dem Universum Verwendung. Der Rausch der Ayahuasca wird als Rückkehr zum Ursprung aller Dinge betrachtet. Weil das Getränk ferner dazu dient, Kontakt mit den Geistern der Verstorbenen herzustellen, wird die Ayahuasca-Liane auch als *liana de los muertos* (Liane der Toten) bezeichnet.²⁶ Diese ganzheitlichen Zusammenhänge ignorierend zielte das in den USA vergebene Pflanzenpatent U.S. 5751 P, veröffentlicht am 17. Juni 1986, eingetragen zugunsten von Loren S. Miller, auf die Optimierung der ökonomischen Verwertbarkeit der Pflanze. Die von Miller patentierte Ayahuasca-Liane „da Vine“ sollte sich insbesondere durch ihre Farbe und die Blütenblätter von bereits bekannten Sorten unterscheiden. Miller beabsichtigte mit dem Patent insbesondere eine medizinische Verwertung.²⁷ Nachdem einer südamerikanischen NGO das Patent bekannt geworden war, stellte ein Netzwerk von NGOs einen Antrag zur Nachprüfung des Patent.²⁸ Ähnlich wie im Fall des Neem-Baums wurde dem Antrag stattgegeben, das Patent wurde annulliert, da das Neuheitserfordernis nicht erfüllt gewesen sei.²⁹ Anders aber als im Fall des Neem-Baums wurde diese Entscheidung durch das U.S. Patent and Trademark Office (PTO) einer Revision unterzogen. Das PTO entschied 2001 zugunsten der Patentinhaberin, der der Nachweis gelungen sei, dass sich die patentierte Pflanze in ausreichendem Maße von bisher bekannten Sorten unterscheidet.³⁰ Auch wenn der Patentschutz nach Ablauf der zwanzigjährigen Schutzzeit im Jahr 2006 für „da Vine“ ausgelaufen ist, manifestiert der Fall doch, wie wenig Rechtsargumentationen ausreichen, die vornehmlich auf das Kriterium der

²³ Hierzu auch: *M. F. Brown*, *Who Owns Native Culture?* Cambridge, London 2004, 107 f.

²⁴ *B. C. Labate/W. S. Araujo*, *O Uso Ritual da Ayahuasca*, Campinas, Sao Paulo 2002, revidierte Aufl. 2004, 700 ff.; *R. E. Schultes/A. Hofmann*, *Pflanzen der Götter*, Aarau 1998; *C. Balzer*, *Wege zum Heil: Die Barquinha. Eine ethnologische Studie zu Transformation und Heilung in den Ayahuasca-Ritualen einer brasilianischen Religion*, Mettingen 2003; *B. Shannon*, *Antipodes of the Mind: Charting the Phenomenology of the Ayahuasca Experience*, Oxford 2002; *A. Burga Freitas*, *Ayahuasca: Mitos, leyendas y relatos de la amazonía peruana*, Lima 1980, 55.

²⁵ *J. Mabit*, *Memoria del Segundo Foro Interamericano Sobre Espiritualidad Indígena*, 2001, 60.

²⁶ *R. Giove*, *La Liana de los Muertos al Rescate de la Vida*, Tarapoto 2002.

²⁷ Nach der Patentschrift: „The subject plant is being investigated for its medicinal value in cancer treatment and psycho-therapy. It is useful in treating post-encephalytic Parkinsonism and angina pectoris. It also has antiseptic, bactericidal properties and has both amoebicidal and antihelminthic action. It is an attractive house plant which seasonally blooms.“ – siehe die Zusammenfassung, Description US5751P.

²⁸ Nachprüfungsantrag, 30. März 1999, abrufbar unter (10. November 2007): <http://www.ciel.org/Publications/ReexaminationofUSPlantPatent5751.pdf>.

²⁹ *L. M. Fecteau*, *The Ayahuasca Patent Revocation: Raising Questions About Current U.S. Patent Policy*, in: *Boston College Third World Law Journal*, 21, 2001, 69-105; *G. Wiser*, *U.S. Patent and Trademark Office reinstates Ayahuasca Patent*, *Center for International Environmental Law*, 25. Juni 2001, abrufbar unter (10. November 2007) <http://www.ciel.org/Publications/PTODecisionAnalysis.pdf>; *M. Kohls*, *Blackbeard or Albert Schweizer: Reconciling Biopiracy*, in: *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, 6, 2007, 108-137.

³⁰ Details bei *A. v. Hahn* (Fn. 2), 275 f. und *G. Wiser* (Fn. 30).

„Neuheit“ abstellen.³¹ Denn tatsächlich genügt den Administrativbehörden häufig der Nachweis, dass bereits geringe Modifikationen bei traditionell genutzten Pflanzen (Blütenfarbe, Blätterform) hinreichen, um das Neuheitskriterium greifen zu lassen. Sollte dies leicht manipulierbare Kriterium tatsächlich ausschlaggebend sein, wenn unterschiedliche Deutungsmuster, Menschen- und Weltbilder und fundamentale Differenzierungsformen der Weltgesellschaft miteinander im Widerstreit stehen?

Das Neuheitskriterium als *quaestio iuris* in Falle grundsätzlicher Inkommensurabilitäten erscheint gänzlich unzureichend. Denn die Konflikte um Biodiversität und transnationaler Wissensakkumulation sind die politisierte Form eines Grundwiderspruchs zwischen peripherer Moderne und den funktional differenzierten Zentren der Welt.³²

„Wir dürfen uns nicht lediglich auf die ‘Biodiversität’ und das Wissen konzentrieren, denn es geht um sehr viel mehr. Tatsächlich stehen unsere gesamte Weltkonzeption, unsere Kulturen, unsere Heimat, unsere Spiritualität als indigene Völker in Frage. All dies ist miteinander verbunden. Wir müssen diesen Hintergrund mitbedenken.“³³

„Bio-piracy“ ist hierbei durchaus die passende Bezeichnung für die Verwertung traditionellen Wissens durch die Moderne, sofern wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Einbettung des kulturellen Lebens nicht ausschließlich vom Profitprinzip der Wirtschaft bedroht ist, sondern auch vom Expansionsdrang der globalisierten Wissenschaft, des Gesundheitswesens und des Kulturbetriebs.³⁴

„Wissenskannibalisierung“ in seiner Doppelbedeutung dürfte als Metapher aber noch angemessener sein – Kannibalisierung des Wissens, Kannibalisierung durch Wissen. Immer geht es darum, dass die Eigenrationalitätsmaximierung von Hyperstrukturen der Weltgesellschaft – von Funktionssystemen, formalen Organisationen, Netzwerken und von *epistemic communities* - in ihrem gesteigerten Informationsbedürfnissen Wissensbestände der Regionalkulturen aus ihren Lebenszusammenhängen reißen und unaufhaltsam in ihren Sog ziehen. Besonders deutlich wird dies daran, wie die Eigenrationalität der globalisierten Wissenschaft mit traditionellem Wissen umgeht:³⁵ Die wissenschaftlich legitime Forderung, dass Wissen in den *public domain* gehöre, muss zwangsläufig Strukturen des kommunalen Eigentums am Wissen in Regionalkulturen zerstören; das Prinzip allgemeiner Zugänglichkeit des Wissens verletzt religiös motivierte Geheimnissphären; wissenschaftlich spezialisierte Methoden der kontrollierten

³¹ V. J. Phillips, *Half-Human Creatures, Plants & Indigenous Peoples: Musings on Ramifications of Western Notions of Intellectual Property and the Newman-Rifkin Attempt to Patent a Theoretical Half-Human Creature*, in: *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, 21, 2005, 383-451 (402 ff.).

³² M. Neves, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*, Berlin 1992.

³³ (S. Tamang, *Federación de las Nacionalidades, Nepal, en el Seminario/Consulta Asiático*, in: *Los Pueblos Indígenas Reivindican su Integridad Intelectual*, Zeitschrift der Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA), 4, 1995, 14, abrufbar unter (13. November 2007) http://www.iwgia.org/graphics/Synkron-Library/DocumentsSpanish/PublicacionesPDF/1995_4.pdf).

³⁴ Zur Kritik an der Begrifflichkeit der Bioprospektivität: V. Shiva, *Bioprospecting as Sophisticated Biopiracy*, in: *Journal of Women in Culture and Society*, 32, 2007, 307-313.

³⁵ Vgl. bspw. Art. 1.1. and 12 III des International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, abrufbar unter (10. November 2007): <http://www.fao.org/AG/cgrfa/itpgr.htm>. Zur Kritik an wohlmeinenden Projekten, TK über eine *global database* zu schützen und sie damit den Prinzipien moderner Wissenschaft zu unterwerfen, E.-I. Daes, *Intellectual Property and Indigenous Peoples*, in: *American Society of International Law Proceedings*, 95, 2001 144f.

Überprüfbarkeit verlangen, die Abhängigkeit von Religion, Kultur und Lebenswelt zu beseitigen, die aber überlebenswichtig ist.

B. Umgang mit Kollisionen gesellschaftlicher Differenzierungsformen

Angesichts solcher zielgerichteter Invasionen der globalen Moderne in regionale Kulturen macht es wenig Sinn, den Kulturkonflikt breitflächig mit politisch-rechtlichen Gegenstrategien anzugehen. Nicht allgemeiner Widerstand gegen die Modernisierung im Namen traditioneller Gesellschaften, sondern die ihrerseits zielgerichtete Begrenzung der Hyperstrukturen der Weltgesellschaft zeigt die Richtung für Handlungsformen an, die mit der Integrität traditionelles Wissen ehesten kompatibel sind. Man muss bei den einzelnen expansiven Institutionen der Moderne selbst ansetzen und ihnen mit äußerem Druck Selbstbeschränkungen abverlangen. Es geht gar nicht anders. Politisch-rechtliche Gegenreaktionen auf die Wissenskannibalisierung müssen gegenüber den je einzelnen Subsystemen der modernen Gesellschaft externen Druck aufbauen, damit diese sich Selbstbeschränkungen auferlegen. Die Formel heißt: extern erzwungene Selbstbeschränkungen gegenüber destruktiven Expansionen unifunktionaler Interventionen in gesellschaftlich eingebettete Wissensbestände. Die Hyperstrukturen der globalisierten Moderne müssen dazu gezwungen werden, regionalkulturelle Unverfügbarkeiten zu respektieren.³⁶

Als kategorial brauchbar für das issue framing dürfte sich die von Niklas Luhmann entwickelte soziologische Theorie der Grundrechte erweisen, weil sie in anderen Kontexten die Aufmerksamkeit darauf gelenkt hat, dass destruktive Aspekte der funktionalen Differenzierung durch soziale Gegenbewegungen mehr oder weniger erfolgreich konterkariert worden sind. Und zwar dadurch, dass die Gegenbewegungen expansive Sozialsysteme zur Selbstbeschränkung zwangen. Allerdings muss sich die Grundrechtstheorie noch zusätzlich auf die andersartigen Konflikte zwischen funktional differenzierter Globalität und in Regionalkulturen eingebettetem Wissen einstellen. Soziologisch gesehen sind Grundrechte nicht, wie Juristen es meist sehen, mit Gerichtsschutz ausgestattete Individualrechte gegen staatliche Macht, sondern soziale Gegeninstitutionen innerhalb einzelner Subsysteme, die deren Expansion von innen her beschränken. In systemtheoretischer Sicht erschöpft sich die historische Rolle der Grundrechte nicht darin, individuelle Rechtspositionen zu schützen, sondern sie besteht primär darin, die Autonomie sozialer Sphären gegen Überwältigungstendenzen abzusichern.³⁷ Historisch entstanden Grundrechte im Gegenzug zu der für moderne Gesellschaften typischen Emergenz autonomer Handlungssphären, vor allem gegenüber der Matrix der autonomisierten Politik. Sobald im politischen System expansionistische Tendenzen aufkamen, die die Integrität anderer autonomer Gesellschaftsbereiche

³⁶ Zu den Schwierigkeiten, traditionelle Selbstverständnisse in modernen Kategorien, besonders in Rechtskategorien zu fassen, *R. J. Coombe* (Fn. 23), 611 ff.

³⁷ Zum systemtheoretischen Ansatz der Grundrechte als Institution, *N. Luhmann*, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin 1965. Dazu *G. Verschraegen*, Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory, in: *Journal of Law and Society*, 29, 2002, 258-281. Zu seiner Ausarbeitung in verschiedenen gesellschaftlichen Kontexten *G. Teubner*, Die anonyme Matrix: Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure, in: *Der Staat*, 45, 2006, 161-187; *K.-H. Ladeur*, Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie, in: *Kritische Justiz*, 32, 1999, 281-300; *C. Graber/G. Teubner*, Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, 18, 1998, 61-74.

bedrohten, kam es zu turbulenten gesellschaftlichen Konflikten. Die in diesen Konflikten erkämpften Positionen wurden als Grundrechte formuliert und als soziale Gegeninstitutionen innerhalb der Politik institutionalisiert. Solche Expansionstendenzen manifestieren sich in historisch sehr unterschiedlichen Konstellationen, früher hauptsächlich in der Politik, heute eher in der Wirtschaft, in der Wissenschaft, der Technologie und anderen gesellschaftlichen Sektoren. Die Stärkung der Autonomie von Handlungssphären als Gegenbewegung gegen Überwältigungstendenzen ist der generelle Reaktionsmechanismus, der sowohl in der herkömmlichen vertikalen Dimension politischer Grundrechte als auch in der heute aktuellen horizontalen Dimension der „Drittwirkung der Grundrechte“, in ihrer Wirkung gegenüber anderen expansiven Subsystemen am Werke ist. War es die zentrale Aufgabe politischer Grundrechte, die Autonomie anderer Handlungssphären gerade vor ihrer politischen Instrumentalisierung zu bewahren, so ist es zur zentralen Aufgabe „gesellschaftlicher Grundrechte“ geworden, gegenüber der Matrix des dominanten gesellschaftlichen Rationalisierungstrends die Artikulationschancen sogenannter nicht-rationaler Handlungslogiken zu sichern.³⁸

Exemplarisch läßt sich an der bio-piracy zeigen, dass sich heute ähnliche Expansionstendenzen einzelner spezialisierter Subsysteme auch anderswo, nämlich an der problematischen Grenze zwischen globalisierter Moderne und traditionellen Regionalkulturen manifestieren. In der Tat geht es hier primär um ein Problem der horizontalen Wirkung der Grundrechte:

„In the fields of cultural protection and biopiracy, however, the key actors are not states but private entities, such as universities, museums, and business corporations.“³⁹

Dies macht eine weitere Generalisierung der Grundrechtstheorie erforderlich, nun aber in eine andere Richtung. Wenn die Matrix der funktionalen Differenzierung nicht nur die Integrität von Autonomiebereichen innerhalb der Moderne bedroht, sondern auch die Integrität traditionellen Wissens in den Regionalkulturen, dann entspräche es der geschilderten institutionellen Logik, zu erwarten, dass externe Konflikte, Proteste, organisierter Widerstand und Sozialbewegungen die Hyperstrukturen der Moderne dazu zwingen, Grundrechte als interne Selbstbeschränkungen ihres Expansionsdranges zu institutionalisieren. Und es ist institutionelle Fantasie gefordert, wenn die erzwungene Selbstbeschränkung von Funktionssystemen, formalen Organisationen, Netzwerken und epistemic communities in wirksame policies und Rechtsnormen umgesetzt werden soll.**

Das führt dazu, dass die Leitprinzipien, die im Rahmen einer modifizierten Theorie der Grundrechte zu entfalten sind, auf die Entwicklung von hybriden Rechtsformen innerhalb des modernen Rechts abzielen müssen, die einen eigenartigen Kompromiss zwischen regionalkulturellen Selbstverständnissen und Rechtsschutzmechanismen der Moderne darstellen. Wenn der Grundrechtsschutz

³⁸ Weiterführende Analysen: *G.-P. Calliess*, Reflexive Transnational Law: The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie, 24, 2002, 185-216; *P. Zumbansen*, The Privatization of Corporate Law? Corporate Governance Codes and Commercial Self-Regulation, in: Juridicum, 3, 2002, 32-40; *R. Christensen/A. Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts. Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte, Berlin 2007.

³⁹ *E.-J. Daes* (Fn. 36), 148.

auch tatsächlich wirken soll, so muss der Kompromiss einen Weg finden zwischen der Sensibilität moderner Institutionen für regionalkulturelle Eigenheiten und der Operativität des modernen Rechts. Die Parteinahme für die Integrität lokaler Kulturen reicht nicht aus. Sie muss in Normenprogramme, besonders in die Sanktionen des Grundrechtsschutzes, in Verbote, Nichtigkeitstatbestände, Strafen und Schadensersatz, die auf konditionale Programmierung angewiesen sind, eingepasst werden. Dies ist durchaus etwas anderes als die oben kritisierte Subsumtion unter die policies des IP-Rechts, denen es im Prinzip auf eine weitgehend unbeschränkte Ausweitung des IP ankommt.⁴⁰

I. Re-entry des Fremden im Eigenen

Selfregulation under external pressures - das würde bedeuten, dass die Rechtsinstitutionen der Moderne dazu veranlasst werden müssten, die Belange indigener Kulturen innerhalb des modernen Recht zu rekonstruieren, um deren Grundrechtsschutz zu ermöglichen. Heißt das dann Schutz für traditionelles Wissen dadurch zu ermöglichen, dass das moderne Recht mit Hilfe von Kollisionsnormen weitgehend auf customary law rekurriert? So wird es in der Tat von anthropologisch gebildeten Rechtspolitikern gefordert.⁴¹ Aber gerade dies stellt den Versuch, das Verhältnis von globaler Moderne und regionaler Kulturen als Grundrechtsfrage zu formulieren, vor das fundamentale Problem, ob überhaupt das Fremde im Eigenen authentisch rekonstruiert werden kann.

Erinnert dies nicht fatal an die fragwürdigen Traditionen des kolonialen Rechts? Die britische Kolonialmacht oktroyierte nicht einfach ihr eigenes Recht, sondern inkorporierte weitgehend dem von ihnen verwalteten offiziellen Recht der Kolonien das "indigenous law" der Kolonialbevölkerung. Sie setzten das vorgefundene customary law nur dann außer Kraft, wenn es sich als unvereinbar mit fundamentalen britischen Rechtsprinzipien erwies. Geltungsgrenze war das repugnancy principle: Indigenous law galt dann nicht, wenn es "repugnant to natural justice, equity, and good conscience" war. Dies war aber nicht etwa eine weise Delegation der Rechtssetzungsmacht an die indigene Bevölkerung, sondern dessen genaues Gegenteil. Kritischen Anthropologen ist es gelungen, den heimlichen Herrschaftsmechanismus dieses sanften Rechts zu entlarven. In mühseliger Detailforschung konnten sie nachweisen, dass ein indigenous law als solches nirgendwo existierte. Das Ganze war ein Bluff. Eine reine Fiktion der britischen Kolonialverwaltung und ihrer willfährigen Anthropologen! Genau in dieser Lüge lag der Trick: Indigenous law oder customary law waren gar nicht, wie von traditionellen Anthropologen angenommen, "rules that trace back to the habits, customs, and practices of the people"⁴², sondern "were constructs of the European expansion and capitalist transformations", waren nichts als ein "myth of the colonial era".⁴³ Aus einer Vielfalt von ganz unterschiedlichen kulturellen Sedimenten klaubten sich die britischen Juristen ausschließlich die ihnen genehmen Elemente zu einer Collage

⁴⁰ So in aller Deutlichkeit, *T. M. Spranger*, Indigene Völker, "Biopiraterie" und internationales Patentrecht, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2, 2001, 91ff.

⁴¹ *E.-I. Daes* (Fn. 36); *A. Taubman*, Saving the Village: Conserving Jurisprudential Diversity in the International Protection of Traditional Knowledge, in: *Keith Maskus/Jerome Reichman* (Hrsg.), *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge 2005, 521-564; *R. J. Coombe* (Fn. 23).

⁴² *A. Allott*, *Essays in African Law*, London 1960, 62.

⁴³ *S. E. Merry* (Fn. 44), 875 f.

zusammen, die sie dann als existierendes "indigenous law" ausgaben, um sie mit dem Stempel kolonialrechtlicher Kraft zu versehen.

Was lehrt uns dieses selektive Inkorporieren der "indigenous culture" durch die Kolonialverwaltung? Es geht gar nicht anders. Dies sollte man sich mit aller Härte eingestehen. Wenn man die Institutionen der Moderne durch Grundrechte daran hindern soll, ihre Expansion zu beschränken, dann gibt es keinen anderen Weg, als das Fremde in der eigenen Begrifflichkeit zu rekonstruieren, damit interne Schranken an geeigneter Stelle überhaupt errichtet werden können. Andernfalls gleiten externe Proteste und Widerstände im Namen der Regionalkulturen an ihnen wirkungslos ab. Aber es gibt – und darauf kommt es an - mehr oder weniger responsive, mehr oder weniger umweltsensible Arten dieser Rekonstruktion – die aber immer auch "Konstruktion" ist, denn "in Wahrheit" gibt es das indigenous law überhaupt nicht. Es ist ein schieres Konstrukt seiner modernen Erfinder. Das moderne Recht klaubt sich aus den faktischen Handlungsabläufen, Gebräuchen und Gewohnheiten der Regionalkulturen ihm genehme Elemente zu einer Collage zusammen, die es dann als „customary law“, d.h. als von der Regionalkultur selbstgeschaffene normative Eigentumspositionen und Handlungspflichten ausgibt. Diese Lektüre des modernen Rechts beruht auf einem einzigen großen Missverständnis - einem unter Umständen kreativen Missverständnis. Es ist aber nur dann kreativ, wenn es nicht eine reine Erfindung von etwas Neuem ins Blaue hinein produziert, sondern wenn es fremdes kulturelles Material aufspürt und transformiert. Um Polanyis berühmte Unterscheidung zu variieren, kreativ ist das rechtliche Missverständnis, insofern es sein explizites modernes Rechtswissen auf der Basis impliziten Wissens traditioneller Gesellschaften baut. Das Missverstehen bleibt bei allen Misstönen doch Verstehen! Wie sagt der portugiesische Rechtssoziologe Boaventura de Sousa Santos, der eine postmoderne Theorie des Rechtspluralismus aufführen will? – "Law. A Map of Misreading".⁴⁴

Das Recht der globalen Moderne missversteht systematisch Kommunikationen der Regionalkultur als Rechtsakte, die Rechtsnormen schaffen, ja muss sie missverstehen, wenn sie als Schranken wirksam werden sollen. Wohl gemerkt nicht nur als Rechtsakte, über die das Recht mit Hilfe anderweitig produzierter Normen urteilt, sondern als Rechtsakte, die selbst Normen produzieren. Über diese Realfiktion schafft sich das Recht im Institut des indigenous law einen neuen Rechtsproduktionsmechanismus, der mit Verboten und anderen Rechtssanktionen den Expansionstendenzen der Moderne entgegenwirken kann. Hier stecken die Chancen, wie ein globaler Grundrechtsschutz für indigene Kulturen Responsivität entwickeln kann. Aussichtsreich erscheint allein der Versuch, deren Selbstverständnis soweit wie möglich zu eruieren, um von diesem vertieften Verständnis aus es dann als gezielte Handlungsbeschränkung in der jeweiligen Sprache der fragmentierten Systeme zu rekonstruieren. Das Selbstverständnis der Träger des traditionellen Wissens – „the principle of indigenous self-determination“ - sollte das normative Gravitationszentrum darstellen.⁴⁵ Dann geht es nicht nur um den Schutz in abstracto, sondern um den Schutz der Kultur, in denen das Wissen produziert wird.

⁴⁴ B. d. Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, Northwestern University Press 2003, 417 ff.

⁴⁵ R. J. Coombe (Fn. 23); A. Taubmann (Fn. 42), 46; E.-I. Daes (Fn. 36), 146.

II. Trans-individuelle Grundrechte

Eine soziologisch fundierte Grundrechtstheorie dürfte auch in der Lage sein, eines der schwierigsten Probleme mit Aussicht auf Erfolg anzugehen, das sich stellt, wenn man Selbstverständnisse indigener Kulturen grundrechtlich absichern will: Wer ist beneficiary des Grundrechtsschutzes? Der Autor des Wissens als Individuum – so heißt die selbstverständliche Antwort des modernen Rechts. Diesem individualistischen Grundrechtsverständnis steht aber der kommunale oder kollektive Charakter des traditionellen Wissens entgegen, wobei auch kommunal und kollektiv Kategorien der Moderne sind. In den australischen Gerichtsprozessen, in denen die Beziehung indigener Gruppen zu dem von ihnen besiedelten Land in modernen Kategorien des „Eigentums“ formuliert wurde, zeigte sich dieser Konflikt dramatisch.⁴⁶ Eine soziologisch fundierte Grundrechtstheorie versteht jedoch Grundrechte als Institution, rechnet sie unpersönlichen Kommunikationsprozessen als solchen und nicht bloß Individuen zu und kommt damit kategorial dem regionalkulturellen Selbstverständnis ein Stück entgegen. Auch dürfte es nicht genügen, in einem merkwürdigen interkulturellen Kompromiss, „communities, associations, kooperatives, families, lineages“, also Gruppen oder Kollektiven zu Rechtsträgern zu erklären.⁴⁷ Das traditionelle Wissen selbst, nicht seine Autoren – weder als Individuum noch als Kollektiv – wäre dann Träger solcher institutionell verstandener Grundrechte. Die Richtungsangabe für das globale Recht heißt dann, Grundrechte zu entindividualisieren und indigene Kommunikationsprozesse selbst als Grundrechtsträger anzuerkennen und dafür geeignete Rechtsschutzverfahren zu entwerfen.⁴⁸ „Indigene Kulturrechte“ wären dann als dritte, als „hybride“ Form von Rechten gegenüber Individualrechten und Kollektivrechten anzuerkennen: Kulturelle Prozesse als Rechtsträger zu erklären, erleichtert es einer Grundrechtsdogmatik, Rechtsträger traditionellen Wissens in fremden Kulturen zu identifizieren.⁴⁹ Das wäre ein Recht sui generis, das diesen Namen verdiente.

C. Traditionelles Wissen als institutioneller Grundrechtsträger

Die transindividuelle Dimension der Variante zielt nicht darauf, individuellen oder kollektiven Rechtspersonen zur Durchsetzung ihrer intellektuellen Eigentumsrechte zu verhelfen, sondern intendiert die rechtliche Erzwingung von Selbstbeschränkungen, indem gezielte Verbote und Einschränkungen von Patenten und ähnlichen Zugangsrestriktionen etabliert werden. Anders gesagt: Der Teufel transnationaler Kannibalisierung von Wissensallmenden⁵⁰ kann nicht mit dem

⁴⁶ D. J. Gervais, *Spiritual but not Intellectual? The Protection of Sacred Intangible Traditional Knowledge*, in: *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2003-04, 467-495; D. Gervais, *Traditional Knowledge & Intellectual Property: A TRIPS-Compatible Approach*, in: *Michigan State Law Review*, 2005, S. 137-166; A. Taubmann (Fn. 42).

⁴⁷ T. Cottier/M. Panizzon (Fn. 13), 388; W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford 1996; D. R. Downes, *How Intellectual Property Could be a Tool to Protect Traditional Knowledge*, in: *Columbia Journal of Environmental Law*, 25, 2000, 253-282 (255); D. J. Gervais, 2003-04 (Fn. 50), 481 ff.

⁴⁸ Das kanadische Verfassungsrecht dürfte in seinem kollektiven und institutionellen Verständnis dieser Grundrechtskonzeption entgegenkommen: Art. 84 Canadian Constitution, vgl. D. J. Gervais (Fn. 50), 2003-04, 491.

⁴⁹ C. B. Graber/M. Girsberger, *Traditional Knowledge at the International Level: Current Approaches and Proposals for a Bigger Picture That Includes Cultural Diversity*, in: Jörg Schmid (Hrsg.), *Festgabe für Paul Richli zum 60. Geburtstag*, Zürich 2006, 243-282.

⁵⁰ S. Bödeker/O. Moldenhauer/B. Rubbel, *Wissensallmende: Gegen die Privatisierung des Wissens der Welt durch "geistige Eigentumsrechte"*, Hamburg 2004.

Beelzebub national-individueller Patentrechte ausgetrieben werden (hierzu 1.), auch nicht mit einer einfachen Transformation des Widerstreits auf die Ebene eines einheitlichen globalen Patentrechts (unter 2.). Es bedarf vielmehr komplexer Schutzmechanismen, die es nötig machen, prozedurale Schutzvarianten im Rahmen eines transnationalen Rechts des TCE zu etablieren (unter 3.).

I. Koordination nationaler Patentrechte?

Neem-Baum, Turmeric und Ayahuasca – Den drei Beispielen der Patentierung traditionellen Wissens ist gemeinsam, dass ihre rechtliche Bearbeitung in den Kategorien des nationalen Patentrechts erfolgt ist. Im Zentrum der jeweiligen Auseinandersetzungen stand die Frage des Neuheitserfordernisses. Eine ganze Reihe von Differenzierungen und Suchbewegungen für Lösungsmuster setzt hier an: Schriftlicher/mündlicher Nachweis,⁵¹ Kriterien der Bestimmung des „inventive step“, die sich einem Vorschlag der Asian Group zufolge auf Personen „with ordinary skills“ beziehen können sollen⁵² oder eine nähere Bestimmung des Maßstabes der „guten Sitten“, der einer nationalen Patentierung entgegenstehen könnte.⁵³ Zuletzt – und auch hier geht es darum, eine Lösung über das patentrechtliche Neuheitskriterium zu erzielen – sind Versuche zu nennen, durch die Aufstellung nationaler Datenbanken, TCE zu kartographieren und so vor einer privaten Aneignung mittels nationaler Patentierungen zu schützen, indem ein Gegenbeweis zur Neuheit, ein Schutz der „guten Sitten“ und eine sinnvolle Verbreitung und Verwertung der TCE im Streitfall in der Weltöffentlichkeit ermöglicht werden.⁵⁴

Insbesondere das Patent der Ayahuasca-Liane zeigt aber, von welcher kurzer Halbwertszeit die Euphorie sein kann, wenn die Auseinandersetzung innerhalb des nationalen Patentrechts geführt wird: Die Kampagne gegen das Patent war zwar zunächst erfolgreich, aber letztlich doch ungeeignet, da sie die Tendenz zur Totalsubsumtion der Problematik unter die Patentlogik verstärkt und hierbei Manipulationen der Neuheit ermöglicht, die unsensibel gegenüber der indigenen Kultur sind. Dass die Ayahuasca-Liane „da Vine“ patentierbar sein soll, nur weil sie eine leicht modifizierte Blüte und Blätterform aufweist, manifestiert die ganze Problematik des Ansatzes, der auf nationale Patentrechte vertraut. Nicht radikal genug sind hier auch die Ansätze, die auf Selbstbegrenzungen des nationalen Patentrechts setzen. Insbesondere im Ayahuasca-Fall haben die NGOs mit den Konzepten „öffentliche Ordnung“ und „gute Sitten“ argumentiert.⁵⁵ Das scheint auf einen ersten Blick semantisch-dogmatisch gut geeignet, eine Rekonstruktion der indigenen Logik innerhalb nur abstrakter westlich-dogmatischer Vorgaben zu

⁵¹ S. Prakash, Trade and Development Case Studies, Country Studies: India, Local species – Turmeric, Neem and Basmati, 2002, abrufbar unter (11. November 2007) <http://www.grain.org/bio-ijpr/?id=368>, 83.

⁵² Asian Group, WIPO Doc., WIPO/GRtraditional knowledgeF/IC/4/14, Annex, 3, 06. Dezember 2006.

⁵³ A. v. Hahn (Fn. 2), 297 ff.

⁵⁴ Klassisch sind die Beispiele Indien und Peru, siehe *BUKU* Kampagne gegen Biopiraterie, Grüne Beute: Biopiraterie und Widerstand, Frankfurt 2005, 139 ff. Noch gesteigert durch das Weltbank-Projekt einer *global database* für TK, *E.-I. Daes* (Fn. 36), 144. Das Google-Projekt sieht sich selbst der Kritik der Biopiraterie ausgesetzt: „Google was presented with an award as part of the Coalition Against Biopiracy's Captain Hook Awards for Biopiracy in Curitiba, Brazil, this week. The organizers allege that Google's collaboration with genomic research institute J. Craig Venter--to create a searchable online database of all the genes on the planet--is a clear example of biopiracy.“ (A. Donoghue, Google Accused of Biopiracy, ZDNet 30th March 2006, 2006, abrufbar unter http://news.zdnet.com/2100-9588_22-6055998.html).

⁵⁵ A. Hahn (Fn. 2), 297 ff.

ermöglichen. Hier existieren Präjudizien aus dem westlichen Recht, die man beschreiben kann als "culturally rooted relativism that may apply to morality and order public exceptions to IP rights".⁵⁶ In diesem Sinne müssten sich Patentämter wie Familiengerichte über fremde Kulturen kundig machen. Dennoch führt dieser Weg in die sozialen Kontingenzen der Reformulierung abstrakter Werte und vor allem nicht zu dem gewünschten Schutzniveau: Denn so verständlich es ist, dass aktuelle Auseinandersetzungen um die Patentierung von TCE sich der dogmatischen Figuren nationaler Patentrechtssysteme bedienen müssen, so offensichtlich ist jedoch zugleich, dass diese Schutzstrategie nur eine temporäre Lösung sein kann. Denn die Rechtsfolge, dass man TCE generell von der Patentierbarkeit ausnimmt, führt im Ergebnis regelmäßig zur Zuordnung des TCE zur public domain und damit in die allgemeine Verfügbarkeit.⁵⁷ In dieser Lösung offenbart sich darum ein Komplementärproblem:⁵⁸ Nicht nur die Patentierung, sondern auch die Nichtpatentierbarkeit aufgrund Zugehörigkeit zur public domain kann die Integrität des TCE verletzen. Denn die epistemische Falle des patentrechtlichen Denkens liegt in der falschen Dichotomie von IP oder public domain. Beide können die Produktivität des TCE zerstören – sei es durch den Markt (IP), sei es durch Öffentlichkeit oder Wissenschaft (public domain). Um mit der Zuordnung von TCE zur public domain keinen Pyrrhussieg zu erzielen, erscheint ein grundlegender Schutz des kulturellen Kontextes auch vor einer Ursupierung durch den Bereich der public domain, notwendig.

II. Begrenzung durch globale Definition eines indigenen IP-right

Radikaler sind daher Vorschläge, einen Schutz der TCE im Bereich der communal domain durch harmonized minimum standards and general principles zu gewährleisten. Am weitesten gehen hier Konzeptionen, die sich ein „development of new IP tools to protect TK not protected by existing TK tools“ zur Aufgabe gestellt haben⁵⁹ und versuchen Merkmale zu entwickeln, die der indigenen Eigenlogik durch eine analytische Epistemologie des traditionellen Wissens gerecht werden. Das führt zu weitreichenden Abstufungen. Während sakrale Elemente grundsätzlich unverfügbar sein sollen, seien für andere Wissensformen Bereiche wie die „quasi-public domain“ denkbar.

Maßgebliche Dynamik erhalten die Bestrebungen, die die Lösung der Frage um TCE innerhalb eines global einheitlichen Patentrechts anstreben, durch das Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC), das innerhalb der World Intellectual Property Organization (WIPO) gegründet wurde. Die WIPO arbeitet seit Jahren an einem Projekt, das die bislang maßgeblich durch das Recht der WTO, hier insbesondere das TRIPS-Übereinkommen, geprägte Diskussion um eine Liberalisierung nationaler Patentrechtssysteme durch ein substantielles globales Patentrecht substituieren möchte. Dabei wird im Kern ein Komplex aus drei Verträgen verhandelt: (1) Der Patentrechtsvertrag (Patent Law Treaty – PLT)⁶⁰, der im Juni 2000 in Genf angenommen wurde und in dessen Mittelpunkt die

⁵⁶ A. Taubman (Fn. 42), 541.

⁵⁷ Vertiefend W. v. Caenegem, The Public Domain: Scientia Nullius, in: European Intellectual Property Journal, 24, 2002, 324-330.

⁵⁸ A. Taubman (Fn. 42), 544 ff.

⁵⁹ WIPO, Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders, 2001, 226.

⁶⁰ WIPO Doc. PT/DC/47.

Harmonisierung nationaler Verfahrensnormen, insbesondere des formellen Verwaltungsverfahrens, das zur Patentierung führt, stehen; (2) Der Patentkooperationsvertrag (Patent Cooperation Treaty – PCT), der 1970 in Washington angenommen worden war und der vornehmlich ein zentrales Patentlistensystem eingeführt hat; (3) Der Entwurf eines materiellen Patentrechtsvertrages (Substantive Patent Law Treaty – SPLT), der zu einem einheitlichen Weltpatentrecht führen soll und dessen erster Entwurf im Mai 2002 vom WIPO Standing Committee on the Law of Patents (SCP) diskutiert worden ist.⁶¹

Die Arbeit des IGC ist bislang nicht zu einem Abschluss gekommen. Zu groß sind die Unterschiede zwischen den Auffassungen der Vertreter der Entwicklungsländer auf der einen und den USA, Kanada und Australien auf der anderen Seite,⁶² auch wenn die Verhandlungen mittlerweile zu einem ersten Entwurf von Vorschriften geführt haben,⁶³ die indes letztlich kaum mehr darstellen als ein gequältes Einpassen patentfremder Rationalitäten in die Patentlogik, was zugleich wiederum die Patentlogik selbst verletzt: Das Kernproblem ist, dass eine substantielle Rechtsvereinheitlichung wissensbezogener Regelungen der Vielfalt indigener Kulturen nicht gerecht werden kann, da ein solches Vorgehen entweder zu abstrakt oder nur auf eine Kultur zugeschnitten ist, das auf andere nicht passt:

„Any attempt to devise uniform guidelines for the recognition and protection of indigenous peoples’ knowledge runs the risk of collapsing this rich jurisprudential diversity into a single ‘model’ that will not fit the values, conceptions or laws of any indigenous society.”⁶⁴

Die IGC sieht diese Problematik selbst, was sie indes nicht davon abgehalten hat, den traditionellen Gesellschaftsformen ein Differenzierungsmuster zu verpassen, das nicht einmal die ausdifferenzierten Rechtsordnungen des weltgesellschaftlichen Zentrums teilen. So unterscheidet der WIPO-Entwurf grundsätzlich zwischen traditional cultural expressions und traditional knowledge und übergeht damit traditionelle holistische Muster.⁶⁵

„There are two distinct sets of draft objectives and principles, the first dealing with traditional cultural expressions (“expressions of folklore”) and the second with traditional knowledge as such. This responds to the choice made in many cases to address distinctly the specific policy and legal questions raised by these two areas. The draft materials are prepared, though, in the understanding that for many communities these

⁶¹ Siehe die instruktive Zusammenfassung zum WIPO-Patentrechtskomplex bei C. Correa/S. Musungu, *The WIPO Patent Agenda: The Risk for Developing Countries*, 2002, abrufbar unter <http://www.southcentre.org/publications/wipopatent/toc.htm>.

⁶² Siehe zuletzt die Sitzung des IGC vom 30. November bis 08. Dezember 2006 in Genf, WIPO/GRTKF/IC/10.

⁶³ Regelungsentwurf, 2006, WIPO - Publikation WIPO/GRTKF/INF/1.

⁶⁴ *Four Directions Council*, 1996, *Forests, Indigenous Peoples and Biodiversity: Contribution of the Four Directions Council*. Submission to the Secretariat for the Convention on Biological Diversity, Lethbridge, Canada.

⁶⁵ I.d.S. auch *Indigenous Peoples Council on Biocolonialism (IPCB)*, Joint Statement, Call of the Earth/Llamado de la Tierra (COE) & International Indian Treaty Council (IITC), 2006, abrufbar unter (10. November 2007) http://www.ipcb.org/issues/intellect_prop/files/igc10_tce.html: “We find it necessary to state that we find the separation of TCEs and TK rather artificial and contrary to the holistic nature of Indigenous peoples’ cultural heritage.”

are closely related, even integral, aspects of respect for and protection of their cultural and intellectual heritage.”⁶⁶

Hinzu kommt, dass die Form der Generierung von Unverfügbarkeiten und die Entscheidungsprozeduren darüber in einem substantiellen Universalrecht von der lokalen Übung abstrahiert werden und letztlich in den Paternalismus der Wertentscheidungen des Zentrums gegenüber denen der Peripherie führen muss.

III. Begrenzung durch Kollisionsnormen

Statt einer global-substantiellen Herangehensweise erscheint es darum sachgerechter, im Rahmen eines Kollisions-Approachs an bestehende kulturelle Praktiken anzuknüpfen und anzuerkennen,

„that traditional knowledge must be acquired and used in conformity with the customary laws of the peoples concerned”.⁶⁷

Was sind aber die „Gewohnheitsrechte der betroffenen Völker“? Wie, anders gesagt, kann das moderne Recht, die holistischen Rahmenbedingungen der TCE intern reformulieren, ohne die kolonialistische Entfremdung zu reproduzieren?

Eine Fülle internationaler Rechtstexte und globaler Regimes ist auf die Beantwortung dieser Fragen angesetzt. Ihre Sachbehandlung erfolgt stets im expertokratischen Rahmen der jeweiligen Eigenlogik und verstärkt die Widersprüche in der Weltgesellschaft auf je spezifisch funktional gebrochene Weise. Dem Problem widmen sich u.a. ECOSOC, FAO, UNCCD, UNCED, UNCTAD, UNDP, UNEP, UNIFEM, UNWGIP, WHO, ILO, WTO und Weltbank. Zahlreiche internationale Übereinkommen machen das Problem explizit zum Thema: Das Übereinkommen über eingeborene und in Stämmen lebende Völker in unabhängigen Ländern,⁶⁸ der Entwurf der United Nations Declaration on the Rights of the Indigenous Peoples,⁶⁹ die Inter-American Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples,⁷⁰ das Übereinkommen über die biologische Vielfalt (CBD),⁷¹ das Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Bekämpfung der Wüstenbildung in den von Dürre und/oder Wüstenbildung schwer betroffenen Ländern, insbesondere in Afrika,⁷² der im Rahmen der FAO initiierte internationale Vertrag über pflanzengenetische

⁶⁶ WIPO, Draft Provisions on Traditional Cultural Expressions/Folklore and Traditional Knowledge, 2006, abrufbar unter (11. November 2007) http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/pdf/draft-provisions-booklet.pdf.

⁶⁷ *Four Directions Council 1996* (Fn. 68).

⁶⁸ ILO-Übereinkommen Nr. 169, verabschiedet in Genf am 7. Juni 1989 von der 76. Generalkonferenz der Internationalen Arbeitsorganisation, in Kraft getreten am 5. September 1991. Siehe dazu K. Schillhorn, Kulturelle Rechte indigener Völker und Umweltvölkerrecht - Verhältnis und Vereinbarkeit, Berlin 2000, 50 ff.

⁶⁹ *United Nations Commissioner for Human Rights, Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, abrufbar unter (10. November 2007): [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.SUB.2.RES.1994.45.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.SUB.2.RES.1994.45.En?OpenDocument).

⁷⁰ Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Populations - *GT/DADIN/doc.1/99 rev. 2*, abrufbar unter (10. November 2007) <http://www.oas.org/consejo/CAJP/Indigenous%20documents.asp>. An Indigenous Peoples and Community Development Unit has been established under this Declaration and is currently drafting a strategy on indigenous peoples.

⁷¹ Verabschiedet von der *Konferenz der Vereinten Nationen zu Umwelt und Entwicklung (UNCED)*, abgeschlossen in Rio de Janeiro am 5. Juni 1992.

⁷² Abgeschlossen in Paris am 17. Juni 1994.

Ressourcen für Ernährung und Landwirtschaft⁷³ und die UNESCO-Konvention zur Bewahrung des immateriellen Kulturerbes.⁷⁴ Im Hinblick auf Saatgut ist das Abkommen über den Schutz neuer Pflanzensorten (UPOV)⁷⁵ zu erwähnen. Ferner sind zahlreiche internationale Institutionen auf die Beachtung der Rechte indigener Völker verpflichtet, so die European Bank for Reconstruction and Development, die Asian Development Bank und die African Development Bank. Das United Nations Development Programme (UNDP) und auch die Weltbank haben Programme zugunsten indigener Völker aufgelegt. Die United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) hat in einem umfangreichen Bericht "Protecting and Promoting Traditional Knowledge: Systems, National Experiences and International Dimensions" zur Systematisierung des Rechtsstoffes beigetragen.⁷⁶

Ferner sieht das Recht der WTO in Art. 27 des TRIPS-Übereinkommens die Verpflichtung der Nationalstaaten vor, pflanzenbezogenes TK zu schützen. So verlangt Art. 27 III TRIPS, dass die Mitglieder „den Schutz von Pflanzensorten entweder durch Patente oder durch ein wirksames System sui generis oder durch eine Kombination beider“ vorsehen. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung hat bspw. die EU insbesondere die Biopatent-Richtlinie erlassen, die die Patentierung lebender Organismen ermöglicht.⁷⁷ Dass Art. 27 des TRIPS-Übereinkommens in einem Spannungsverhältnis zur Biodiversitätskonvention steht, ist breit diskutiert.⁷⁸ Als Reaktion auf diese Debatte hat der Ministerrat der WTO in Ziff. 19 der Erklärung von Doha⁷⁹ dem nach dem TRIPS-Übereinkommen zuständigen Rat aufgegeben, „the relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity, the protection of traditional knowledge and folklore, and other relevant new developments raised by members pursuant to Article 71.1.“ zu präzisieren. „In undertaking this work, the TRIPS Council shall be guided by the objectives and principles set out in Articles 7 and 8 of the TRIPS Agreement and shall take fully into account the development dimension.“ Die diesbzgl. Arbeiten innerhalb der Welthandelsorganisation (WTO) sind indes zwischenzeitlich suspendiert. Der Generalrat der WTO hat anlässlich seiner Sitzung vom 27./28. Juli 2006 die Empfehlung des Generaldirektors, Pascal Lamy, angenommen und die Verhandlungen im Rahmen der Doha-Runde unterbrochen.

Auch im Kontext anderer Funktionszusammenhänge sind Kompatibilisierungsvorschläge entwickelt worden. 2002 nahm die Konferenz der Vertragsstaaten des CBD die "Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Benefit-sharing" an, die Hinweise zum Schutz des TK enthalten. Die Bonner Richtlinien sollen Art. 8 (j) CBD ausbuchstabieren, nach dem die Vertragsstaaten „im Rahmen ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften Kenntnisse, Innovationen und Gebräuche

⁷³ Abgeschlossen in Rom am 3. November 2001.

⁷⁴ Siehe ferner die geplante Convention on the protection and promotion of the diversity of cultural expressions in the scope of the UNESCO, Paris 2005, CLT-2005/CONVENTION DIVERSITE-CULT REV, abrufbar unter (10. November 2007) <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919e.pdf>.

⁷⁵ International Convention for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV-Convention), 2. Dezember 1961.

⁷⁶ *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)*, Protecting and Promoting Traditional Knowledge: Systems, National Experiences and International Dimensions, New York and Geneva 2004, abrufbar unter (11. November 2007) http://www.unctad.org/en/docs/ditcted10_en.pdf.

⁷⁷ Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 6. Juli 1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen (Biopatent-RL), Abl. L 213, 30. Juli 1998, 13 ff.

⁷⁸ C. B. Graber/M. Girsberger (Fn. 53), 243-282.

⁷⁹ Ministerialkonferenz der WTO vom 14. November 2001, Ziff. 17. Vg. WT/MIN(01)/DEC/1.

eingeborener und ortsansässiger Gemeinschaften mit traditionellen Lebensformen, die für die Erhaltung und nachhaltige Nutzung der biologischen Vielfalt von Belang sind, achten, bewahren und erhalten, ihre breitere Anwendung mit Billigung und unter Beteiligung der Träger dieser Kenntnisse, Innovationen und Gebräuche begünstigen und die gerechte Teilung der aus der Nutzung dieser Kenntnisse, Innovationen und Gebräuche entstehenden Vorteile fördern" sollen.

Schließlich ist im Rahmen des UN-Menschenrechtssystems auf die Art. 19 und 27 des ICCPR hinzuweisen – insbesondere aber auch auf den General Comment zu Art. 15 CESCR:

„With regard to the right to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of indigenous peoples, States parties should adopt measures to ensure the effective protection of the interests of indigenous peoples relating to their productions, which are often expressions of their cultural heritage and traditional knowledge. In adopting measures to protect scientific, literary and artistic productions of indigenous peoples, States parties should take into account their preferences. Such protection might include the adoption of measures to recognize, register and protect the individual or collective authorship of indigenous peoples under national intellectual property rights regimes and should prevent the unauthorized use of scientific, literary and artistic productions of indigenous peoples by third parties. In implementing these protection measures, States parties should respect the principle of free, prior and informed consent of the indigenous authors concerned and the oral or other customary forms of transmission of scientific, literary or artistic production; where appropriate, they should provide for the collective administration by indigenous peoples of the benefits derived from their productions.“⁸⁰

Das korrespondiert mit den in Art. 8(j) und 15 (7) CBD zum Ausdruck kommenden Rechten, nach denen gerade die Förderung der Träger des TK und das benefit sharing als Zentralmerkmale gelten sollen – Anforderungen, die in gewissem Konflikt zu den Normen des WTO-Kontextes stehen.

Ein Blick, der bei der Identifikation der kollidierenden Regimes verhaftet bliebe, ginge im konkreten Fall des TK indes nicht tief genug.⁸¹ Die Virulenz der Kollision wird unterschätzt, fasste man sie als Inkompatibilität innerhalb der ausdifferenzierten Moderne auf. Denn im konkreten Fall kollidieren weder lediglich die subjektiven Rechte von Inhabern geistigen Eigentums, auch nicht die Rechte verschiedener Nationalstaaten, auch nicht lediglich Normen, die in unterschiedlichen Regimekontexten formuliert werden: Im Fall des TK kollidieren fundamentale gesellschaftliche Organisationsprinzipien, deren Behandlung als Regimekollisionen bereits ihrerseits den Realkonflikt verfremdet.

⁸⁰ *UN Economic and Social Council*, Allgemeine Anmerkung zu Art. 15 CESCR, E/C.12/GC/17, 12. Januar 2006, über TCE, insbesondere Abschnitt 32.

⁸¹ Details bei dem *International Court of Environmental Arbitration and Conciliation*, Consultative Opinion on the Compatibility Between Certain Provisions of the CBD and the TRIPS as to the Protection of Traditional Knowledge (EAS - OC 8/2003), Rep. Michael Bothe.

1. Begrenzung durch fiktives Kollisionsrecht

Demnach bedarf es der Entwicklung eines Kollisionsrechts zwischen modernem Recht und einer holistischen Institution in einer traditionellen Gesellschaft. Die herkömmlichen Vorschläge für ein solches Kollisionsrecht verlangen an dieser Stelle den Rückgriff auf „the acquisition and use of indigenous people’s heritage according to the customary laws of the indigenous people concerned“.⁸² Der unmittelbare Rückgriff auf diese Gewohnheitsrechte ist indes unmöglich, weil die Bezugnahme auf lokales Gewohnheitsrecht die holistisch organisierten Gesellschaftsformationen bereits mit der Brille funktionaler Differenzierung betrachtet und funktional codiert, was ganzheitlich nicht-differenziert ist. Kollisionsrecht in diesem Sinne setzt den modernen Gegenpart eines autonomen Rechts voraus. Da es diesem in den genannten Formationen ermangelt, bedarf es der skizzierten Methode des „produktiven Missverständnisses“: Die modernen, transnationalen Institutionen werden ihre je eigenen Verweisungsnormen und „sachrechtlichen“ Normierungen der Selbstbeschränkung zu entwickeln haben. Dabei kann nicht eine inhaltliche Definition des TK (policy oder Struktur) erzielt werden, sondern es geht um effektive Schutzgewährung durch Verweisung auf nicht-moderne holistische Wissenspraxis, die vom modernen Recht als indigenes Recht mit *ordre public*-Vorbehalt rekonstruiert wird.

Folgt man einer solchen institutionellen Sichtweise, dann wird zugleich deutlich, dass es nicht ausreichend ist, TK als bloßen Wissensbestand zu schützen, wie es in manchen Vorschlägen zur digitalen Auswertung, Dokumentierung und Sicherung traditioneller Wissenskomplexe gefordert wird.⁸³ Das dient zwar ihrer besseren Verwertung durch die moderne Wirtschaft und Wissenschaft. Es mag auch dazu verhelfen, moderne Patentierungen zu verhindern, da durch die Digitalisierung das Merkmal der „Neuheit“ effektiv entfällt. Aber es verfehlt die Bedingungen der Wissensproduktion. Denn Bestand und Entwicklung dieses Wissens hängt wesentlich vom Kontext der Wissenserzeugung ab, also der Erhaltung der Rahmenbedingungen der lokalen Kultur. An dieser Stelle bricht der Konflikt zwischen dem hochspezialisierten Wissensbegriff der Moderne und dem holistischen TK erneut auf. Kann das moderne Recht diesem Konflikt gerecht werden? „Globalize diversity holistically“ – so lautet die paradoxe Antwort von Taubman.⁸⁴ In der Sache bedeutet dies, nicht einfach die Resultate, sondern den gesamten Prozess der Wissensproduktion in den Grundrechtsschutz einzubeziehen. Verlangt ist hier Grundrechtsschutz nicht nur des spezialisierten Wissens, sondern der Einbettung selbst.⁸⁵

2. Prozeduralisierter TK-Schutz

Es müssen, anders gesagt, die Grundrechtsprogramme der Moderne in der Lage sein, die Verwirklichungsbedingungen einer eigenständigen Epistemologie des TK in sich aufzunehmen. Damit wird zugleich deutlich, dass eine solche Grundrechtskonzeption nicht lediglich darauf zielen kann, über den Schutz von TK Kulturreserve in ihrem jetzigen Bestand zu erhalten. Eine Politik des Artenschutzes

⁸² *JGC/WIPO*, Composite Study on the Protection of Traditional Knowledge, WIPO/GRTKF/IC/5/8, 28. April 2003, Rdn. 105.

⁸³ Berechtigte Kritik bei *E.-I. Daes* (Fn. 36).

⁸⁴ *A. Taubman* (Fn. 42), 525.

⁸⁵ *A. Taubman* (Fn. 42), 540.

wäre unzureichend, da sie bloß auf Strukturautonomie und nicht auf Prozessautonomie zielt. Ein Grundrechtsschutz müsste vielmehr so angelegt sein, dass er den Rahmen schafft, eine eigenständige Entwicklung indigener Kulturen in Auseinandersetzung mit der Moderne dadurch zu ermöglichen, dass er die spezifischen Invasionen der Moderne beschränkt und als Kompensation Ressourcentransfer an Indigene anordnet. Für die Realisierung dieses Anliegens gibt es eine Reihe sinnvoller Ansätze, an die das Kollisionsrecht zum Schutz des TK anknüpfen kann und die erste Anhaltspunkte für die weitere Ausgestaltung des globalen Grundrechtsschutzes liefern.

Das gilt zunächst für die Zuschreibung kommunal-kollektiver Rechte. Wer ist Träger solcher prozeduralisierter Kollisionsrechte? Als Diskursrechte dienen diese Rechte transsubjektiven Zielen. Bei der Identifizierung des geschützten Personenkreises über das Kriterium des „TK-Diskurses“ geht es nicht um eine Rechtsträgerschaft im ontologischen Sinn, sondern um die kontingente Ausgestaltung von Subjektivierungsprozessen: Wem ist die rechtliche Durchsetzung der Diskursrechte anzuvertrauen? Generell ist hierzu zu sagen, dass es keines personifizierten Kollektivs bedarf, sondern dass auf eine ganze Reihe von Techniken der Zuschreibung zu Rechtspersonen zurückgegriffen werden kann, mit Hilfe derer die TK-Rechte implementiert werden können. Das ist nicht nur wichtig für die Rechte selbst, sondern auch für das prozedurale Standing. So hat bspw. das australische Gericht im Fall *Onus v. Alcoa of Australia Ltd.* festgestellt, dass

„the members of the [Gournditichjmara] community are the guardians of the relics according to their laws and customs and they use the relics. I agree [...] that in these circumstances the applicants have a special interest in the preservation of these relics, sufficient to support locus standi.“⁸⁶

Hierbei ist eine weite Fassung des Gemeinschaftsbegriffs notwendig, die die Kontingenzen der Bildung solch epistemischer Gruppen reflektiert,⁸⁷ zugleich aber ermöglicht, den Schutz der Diskursrechte und den Kreis der Verpflichteten effektiv zu fassen. Das brasilianische Gesetz beschreibt in Art. 7 III die lokale Gemeinschaft bspw. als

„human group, including descendants of Quilombo communities, differentiated by its cultural conditions, which is, traditionally, organized along successive generations and with its own customs, and preserves its social and economic institutions.“⁸⁸

Die Partizipation dieser Gruppen an der Zugangsentscheidung zum TK zu ermöglichen, ist die zentrale Herausforderung der Kompatibilisierung der Rechtsmassen. Sofern Autoren diese Herausforderung als Desiderat der Bürokratisierung des TK polemisieren,⁸⁹ bleibt ihnen verborgen, dass die

⁸⁶ *Onus v. Alcoa of Australia Ltd.*, C.L.R. 27 (1981), 149, Mason, J.

⁸⁷ B. Anderson, *Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism*, London 1991.

⁸⁸ PROVISIONAL ACT NO 2,186-16, 23. August 2001, Übersetzung abrufbar unter (10. November 2007) <https://www.biodiv.org/doc/measures/abs/msr-abs-br-en.pdf>.

⁸⁹ H. Ullrich, *Traditional Knowledge, Biodiversity, Benefit-Sharing and the Patent System: Romantics v. Economics?* EUI Working Paper Law, 2005, abrufbar unter (10. November 2007) <http://ssrn.com/paper=838107>.

Einbeziehung der Logik der altera pars eine wechselseitige Bewegung sein muss. Darauf zu verzichten, hieße im Ergebnis die monodirektionale Usurpation der Weltgesellschaft fatalistisch zu akzeptieren, anstelle der Konstitutionalisierung eine globale Deregulierung einzufordern und es hieße auch, die vielfältigen Rechtsverpflichtungen zu verkennen, die insbesondere zur Beachtung der Konzepte „prior informed consent“ und „benefit sharing“ drängen.⁹⁰ Die nähere Ausgestaltung beider Mechanismen ist die Möglichkeitsbedingung für den wirksamen Schutz des TK:

Über den prior informed consent (PIC)⁹¹ ist zu gewährleisten, dass die kommunalen Gruppen an den für sie relevanten Entscheidungsprozessen Beteiligung finden⁹² und gegebenenfalls das Recht haben, den Zugang zu verweigern.⁹³ Eine Formulierung, die dieses Regelungsziel zu implementieren sucht, findet sich in Art. 5 des Afrikanischen Modellgesetzes:

“1) Any access to biological resources, knowledge and or technologies of local communities shall be subject to the written prior informed consent of: (i) the National Competent Authority; as well as that of (ii) the concerned local communities, ensuring that women are also involved in decision making. (2) Any access carried out without the prior informed consent of the State and the concerned local community or communities shall be deemed to be invalid and shall be subject to the penalties provided in this legislation or any other legislation that deals with access to biological resources. (3) The National Competent Authority shall consult with the local community or communities in order to ascertain that its/their consent is sought and granted. Any access granted without consultation with the concerned community or communities shall be deemed to be invalid and in violation of the principle and requirement for prior informed consent as required under this Article.”⁹⁴

Die hier angesprochenen Rechtsfolgen bei der Nutzung des TK trotz unwirksamer Zustimmung können vielfältiger Natur sein. So ist es nicht einsehbar, wenn der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission vom 26. April 2006 über strafrechtliche

⁹⁰ Vgl. auch die Forderung in Ziff. 2.5. der The Mataatua Declaration on Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples (1993): “Develop in full co-operation with indigenous peoples an additional cultural and intellectual property rights regime incorporating the following: collective (as well as individual) ownership and origin, retroactive coverage of historical as well as contemporary works, protection against debasement of culturally significant items, cooperative rather than competitive framework, first beneficiaries to be the direct descendants of the traditional guardians of that knowledge, multi-generational coverage span.”

⁹¹ Guter Text hier: *M.-A. Camp*, Wer darf das Lied singen? Musikethnologische Anmerkungen zum rechtlichen Status traditioneller Musikkulturen, in: *sic! – Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht*, 9, 2005, 307-315, abrufbar unter (10. November 2007) www.sic-online.ch.

⁹² *Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Working Group on Indigenous Populations*, 22. Sitzung, 19. -13. Juli 2004, S. 5: “Free, prior and informed consent recognizes indigenous peoples’ inherent and prior rights to their lands and resources and respects their legitimate authority to require that third parties enter into an equal and respectful relationship with them, based on the principle of informed consent.”

⁹³ Details bei *U. Brand/C. Görg*, Postfordistische Naturverhältnisse. Konflikte um genetische Ressourcen und die Internationalisierung des Staates, Münster 2003, 75 ff.

⁹⁴ OAU MODEL LAW, Rights of Communities, Farmers, Breeders, and Access to Biological Resources, Algerien 2000, abrufbar unter (20. November 2007) http://www.wipo.int/tk/en/laws/pdf/oau_modellaw.pdf.

Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, der die RL 2004/48/EG zu verschärfen sucht,⁹⁵ auf Produktpiraterie beschränkt und die Fragen der Biopiraterie ausgeblendet blieben. Insbesondere bei der Frage der Einholung des PIC und der im Unterlassungsfall anzuwendenden Sekundärhaftung in Form von Pönalisierungs- oder Restitutionspflichten ist der Hinweis auf das Zustandekommen des Konsensus nach den Gepflogenheiten der jeweiligen epistemischen Gemeinschaft bedeutsam.⁹⁶ Um die vorherige Konsensgewährung und effektive Nutzenallokation sicherstellen zu können, ist die im Rahmen der CBD geleistete Arbeit zur Herkunftszertifizierung von entscheidender Bedeutung.⁹⁷ Denn die Pflicht, die Herkunft des Wissens offenzulegen, disclosure of origin, bezweckt nicht nur sicherzustellen, „dass nur wirkliche Neuerfindungen patentiert werden“,⁹⁸ sondern eröffnet Kommunikationsadressen zur Kontrolle der etablierten Verfahrensrechte.

Sofern die Gewinnteilungsnormen den indigenen Gruppen eine ökonomische Mitverwertung des TK gegenüber dem Nutznießer, dem Usufructuary, sicherstellen sollen, scheinen Verträge über die Verwertung am wenigsten geeignet. Denn das bedeutete den Schutz von kultureller Autonomie gerade durch eine Integration in westliche Tauschökonomie unter Zerstörung der kulturell-religiösen Gehalte. Vom interkulturellen Standpunkt aus bietet sich daher eher eine Fondslösung an, die angesichts der Implementationsprobleme der anderen Normierungen womöglich auch die aussichtsreichste Lösung darstellt. Die Diffusität der monetären Kompensation dieses Mechanismus könnte insofern einen Ausgleich für die mangelnde Steuerung der hochspezialisierten Intrusionen darstellen. Maßgebliche Unterstützung hat dieser Regelungsansatz zuletzt im Anschluss an die Agenda 21 der UNCED⁹⁹ auf dem Weltgipfel für nachhaltige Entwicklung in Südafrika im September 2002 erhalten. Der Gipfel fand nur wenige Monate nach der Verabschiedung der Bonner Richtlinien statt. Die Kritik an den Richtlinien, die in erster Linie den Zugang zum TK ermöglichen sollen und weniger Gewicht auf die Fragen PIC und Benefit Sharing legen, führte auf dem Weltgipfel in Johannesburg zu dem Aufruf “to negotiate within the framework of the Convention on Biological Diversity, bearing in mind the Bonn Guidelines, an international regime to promote and safeguard the fair and equitable sharing of benefits arising out of the utilization of genetic resources”.¹⁰⁰ Dieser Forderung nachkommend, hat mittlerweile die achte Vertragsstaatenkonferenz der CBD im Jahr 2006 in Curitiba nach umfangreichen Verhandlungen in Decision VIII/4 die diesbzgl. Bemühungen vorläufig

⁹⁵ KOM(2006) 168 endgültig, 26. April 2006.

⁹⁶ So verweisen liability regime regelmäßig zugleich auf customary law (*T. Lewis/J. H. Reichman*, Using Liability Rules to Stimulate Local Innovation in Developing Countries: A Law and Economics Primer, 2004, abrufbar unter (12. November 2007) <http://www.earthinstitute.columbia.edu/cgsd/documents/lewisreichman.pdf>; *C. Correa*, Protection and Promotion of Traditional Medicine: Implications for Public Health in Development Countries, Geneva 2002; Philippinen: Das philippinische Recht kennt eine Haftung für kulturelle Eigentumsverletzungen unter Verletzung von customary law, Republic Act 8371, § 32.

⁹⁷ Siehe zuletzt *CBD*, Report of the Meeting of the Group of Technical Experts on an Internationally Recognized Certificate of Origin/Source/Legal Provenance, 20. Februar 2007, UNEP/CBD/WG-ABS/5/2.

⁹⁸ *G. Kaiser*, Biopiraterie: Der neue Kolonialismus, in: *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 51, 2006, 1172-1176 (1175).

⁹⁹ Rio de Janeiro, Juni 1992, abrufbar unter (11. November 2007) http://www.un.org/Depts/german/conf/agenda21/agenda_21.pdf.

¹⁰⁰ *UN*, Report of the World Summit on Sustainable Development, New York 2002, A/CONF.199/20, Ziff. 44 (o).

systematisiert.¹⁰¹ Das scheint zumindest für die Kompatibilisierung der genannten widerstreitenden Logiken ein viel versprechender Ansatz, sofern er in der Etablierung eines internationalen Regimes unter dem Dach des CBD mündet, der in wirksamer Form den Gedanken von Prior Informed Consensus und Benefit Sharing ermöglicht.

¹⁰¹ *Achte Vertragsstaatenkonferenz CBD*, Entscheidung VIII/4, Access and Benefit Sharing, abrufbar unter (10. November 2007) <http://www.biodiv.org/decisions/default.aspx?m=COP-08&id=11016&lg=0>.