



Umsetzungsstrategien im Umweltvölkerrecht

MATTHIAS MAHLMANN

Die Umsetzung des Nagoya-Protokolls wirft interessante Fragen zur Gemeinwohlsicherung im Völkerrecht auf. Ausgehend von einer Analyse der umweltvölkerrechtlichen Vorgaben und im Vergleich mit der EU wird die Umsetzungsdiskussion in der Schweiz erörtert und nach richtigen Strategien gesucht, die umweltvölkerrechtlichen Ziele angemessen und praktikabel zu verwirklichen.

Inhaltsübersicht

1. Biodiversität als völkerrechtliches Schutzgut
2. Rechtliche Operationalisierung
 - a. Common heritage und common concern of humankind
 - b. Konkretisierungen des ABS im Nagoya-Protokoll
3. Die Umsetzungspläne in der Schweiz
 - a. Reform des NHG
 - b. Vergleich EU
4. Perspektiven
5. Gemeinwohlsicherung im Völkerrecht

1. Biodiversität als völkerrechtliches Schutzgut

Im Biodiversitätsabkommen¹ aus dem Jahr 1992, in Kraft für die Schweiz seit 1995 mit heute 193 Vertragsparteien, wird die Erhaltung der Biodiversität² zum «common concern of human kind» erhoben³. Mit dieser Ausrichtung wird ein keineswegs nebensächliches Ziel angestrebt. Es geht dabei nicht nur um die Erhaltung einer pittoresken Vielfalt von Lebensformen, die die Umwelt der Menschen hübsch und bunt erhält. Die Erhaltung der Biodiversität ist vielmehr ein wichtiger Beitrag für die Sicherung von natürlichen Lebensgrundlagen von Menschen. Sie hat aber auch nicht nur instrumentellen Wert: Es gibt gute Gründe, in der Erhaltung der naturgeschichtlich ent-

La mise en œuvre du Protocole de Nagoya soulève des questions intéressantes qui ont trait à la garantie du bien commun dans le droit international. En partant d'une analyse des principes et objectifs du droit international de l'environnement et en comparaison avec l'UE, l'article examine la discussion qui entoure la mise en application en Suisse et cherche les bonnes stratégies permettant de réaliser de manière appropriée et pratique les buts du droit international en matière d'environnement.

standenen biologischen Vielfalt im Grundsatz einen Wert an sich zu sehen.

Ein Prinzip, das durch die Biodiversitätskonvention eingeführt wurde, ist die Idee des Access-and-Benefit-Sharings (ABS)⁴. Damit sollen zwei zentrale Ziele erreicht werden: Erstens sollen die Nutzer von biologischen Ressourcen einen geregelten Zugang zu diesen Ressourcen erhalten. Zweitens sollen die Bereitsteller dieser Ressourcen einen fairen Ausgleich für die Vorteile erhalten, die aus der Nutzung gezogen werden. Letzteres soll sog. «Bio-Piraterie», also der Nutzung von Ressourcen ohne einen solchen Ausgleich, ein Ende bereiten⁵. Die Idee des ABS ist deshalb sowohl mit ökonomischen Interessen als auch mit Prinzipien internationaler Gerechtigkeit verbunden⁶. Entsprechend gestaltet sich auch die internationale Diskussion zu diesem Thema. Gleichzeitig impliziert das ABS in bestimmter, wenn auch in noch genauer zu qualifizierender Weise die Möglichkeit zu einer rechtlich geregelten, systematischen Kommerzialisierung von genetischen Ressourcen⁷.

⁴ Art. 1 CBD.

⁵ Vgl. dazu z.B. DANIEL ROBINSON, *Confronting Biopiracy*, London 2010; Erklärung von Bern: Wir Biopiraten, Warum die Erhaltung der biologischen Vielfalt Gerechtigkeit braucht, Dokumentation, Zürich 2010; GERD WINTER/EVANSON CHEGE KAMAU, *Von Biopiraterie zu Austausch und Kooperation*, Das Protokoll von Nagoya über Zugang zu genetischen Ressourcen, Archiv des Völkerrechts 49, Tübingen 2011, 373 ff.

⁶ Vgl. dazu z.B. PETER-TOBIAS STOLL, *Access to GRs and Benefit Sharing – Underlying Concepts and the Idea of Justice*, in: Chege Kamau/Gerd Winter (eds.), *Genetic Resources and Traditional Knowledge and the Law*, London 2009, 3 ff.

⁷ Eine interessante Frage betrifft das Verhältnis zu allgemeinen Regelungen von *Intellectual Property* im internationalen Recht, vgl. z.B. SANDS/PEEL (FN 2), 803 f.

MATTHIAS MAHLMANN, Prof. Dr. iur., Universität Zürich.

¹ SR 0.451.43.

² Vgl. zum Hintergrund etwa PHILIPPE SANDS/JACQUELINE PEEL, *International Environmental Law*, 3rd ed., Cambridge 2012, 449 ff.; CHIDI OGUAMANAM, *Biological diversity in: Shawkat Alam/Jahid Hossain Bhuiyan/Tareq M.R. Chowdury/Erika J. Techera* (Hrsg.), *Routledge Handbook of International Environmental Law*, New York 2013, 209 ff.

³ Convention on Biological Diversity (CBD), Preamble.

Die Thematik ist dabei von einiger wirtschaftlicher Bedeutung. Eine Zahl mag dies beispielhaft deutlich machen: Nach Schätzungen der EU sind 26% aller in den vergangenen dreissig Jahren neu zugelassenen Arzneimittel entweder Naturerzeugnisse oder greifen auf Naturerzeugnisse zurück⁸.

Nach jahrelangen Versuchen, die im Biodiversitätsabkommen festgehaltenen Prinzipien auf freiwilliger Basis mit Leben zu erfüllen⁹, wurde im Jahr 2010 das Nagoya-Protokoll zur Biodiversitätskonvention auf der 10. Vertragsparteienkonferenz angenommen¹⁰, das 92 Staaten unterzeichnet und 14 Staaten ratifiziert haben. Zu den Unterzeichnerstaaten gehört auch die Schweiz, die Ratifikation steht an.

Das Nagoya-Protokoll soll im Kern durch eine Revision des Natur- und Heimatschutzgesetzes umgesetzt werden (NHG)¹¹. Diese Umsetzung wirft einige interessante rechtliche und rechtspolitische Fragen zu Umsetzungsstrategien im Umweltvölkerrecht und allgemeiner zur rechtlichen Sicherung von globalen humanen Gemeinwohlbelangen auf, die im Folgenden mit Hilfe des Nagoya-Protokolls beispielhaft verdeutlicht und erörtert werden sollen.

2. Rechtliche Operationalisierung

a. Common heritage und common concern of humankind

Der Schutz von Interessen nicht nur einzelner Staaten oder regionaler Staatenzusammenschlüsse, sondern der Menschheit insgesamt ist kein neues völkerrechtliches Anliegen. Es gibt verschiedene Beispiele für Arten der möglichen völkerrechtlichen Operationalisierung dieses Schutzgutes. Ein Beispiel ist die UN-Seerechtskonven-

tion, die den Tiefseeboden zur «common heritage of mankind»¹² erhebt¹³ – und diese vertragliche Regelung sogar gegen Änderungen spezifisch gesichert¹⁴. Diese Option verfolgt die Biodiversitätskonvention und das Nagoya-Protokoll nicht. Die Formel eines «common concern of humankind» deckt sich nicht mit der Völkerrechtsfigur der «common heritage of humankind»¹⁵. Ein zentraler Unterschied liegt darin, dass die Rechtsfigur eines «common concern of humankind» die Möglichkeit von souveränen Verfügungsrechten der Staaten über die auf ihren Territorien befindlichen genetischen Ressourcen einschliesst, die etwa für den Tiefseeboden gerade nicht bestehen¹⁶. Diese souveräne Verfügungsmacht über eigene Ressourcen bei Verantwortlichkeit für die Vermeidung von Schäden der Umwelt anderer Staaten, ein Grundprinzip des Umweltvölkerrechts¹⁷, ist im Rechtsregime zur Verwirklichung des «common concern of humankind» der Biodiversitätskonvention¹⁸ und des Nagoya-Protokolls¹⁹ aber gerade die Grundlage für das Konzept, durch Mechanismen des ABS, Zugang auch zu genetischen Ressourcen²⁰ zu gewährleisten und Vorteile auszugleichen²¹.

b. Konkretisierungen des ABS im Nagoya-Protokoll

Das Nagoya-Protokoll versucht, das ABS in einem differenzierten Regelungsmodell näher auszugestalten, das in seinen wesentlichen Zügen umrisshaft skizziert werden soll. Zentral ist zunächst die Regelung, dass die Vorteile «fair and equitable», gerecht und ausgewogen, geteilt

¹² In neuerer (geschlechtsneutraler) Terminologie: «humankind».

¹³ Art. 136 UN Convention on the Law of the Sea.

¹⁴ Vgl. Art. 311.6 UN Convention on the Law of the Sea.

¹⁵ Vgl. zu dieser näher RÜDIGER WOLFRUM, *Common Heritage of Mankind*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, www.mpepil.com.

¹⁶ Vgl. Art. 137 Abs. 1 UN Convention on the Law of the Sea.

¹⁷ Vgl. Principle 21, Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration), 1972, www.unep.org.

¹⁸ Vgl. Art. 3 CBD.

¹⁹ Nagoya-Protocol, Preamble.

²⁰ Vgl. Art. 15.1 CBD; Art. 6.1 Nagoya-Protocol. Zum Streit, ob genetische Ressourcen zum «common heritage of mankind» gehören könnten: MATTHIAS BUCK/CLARE HAMILTON, *The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity*, RECIEL 20 (1) 2011, 47.

²¹ Ein praktisch wichtiges und Schwierigkeiten aufwerfendes Problem besteht darin, zu bestimmen, über welche genetischen Ressourcen ein Staat souveräne Verfügungsmacht genießt. Die Biodiversitätskonvention wie das Nagoya-Protokoll bei Ressourcen an, die ein Staat unter in-situ Bedingungen besitzt, vgl. Art. 2 CBD.

⁸ Europäische Kommission, *Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zu genetischen Ressourcen und die ausgewogene und gerechte Aufteilung der sich aus ihrer Nutzung ergebenden Vorteile in der Europäischen Union*, Com (2012) 576 final, 4.10.2012, S. 2.

⁹ Vgl. z.B. Secretariat of the Convention on Biological Diversity, *Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization*, 2002.

¹⁰ Vgl. im Überblick <http://www.cbd.int/abs/background/>.

¹¹ Vgl. die Botschaft zur Genehmigung des Protokolls von Nagoya über den Zugang zu genetischen Ressourcen und die ausgewogene und gerechte Aufteilung der sich aus ihrer Nutzung ergebenden Vorteile (Nagoya-Protokoll) und zu dessen Umsetzung (Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz) vom 10. April 2013 sowie die Vernehmlassungsentwürfe vom 16.5.2012 und 22.1.2013.

werden sollen²², womit die entsprechende normative Zielsetzung des Biodiversitätsabkommens aufgenommen wird²³. Diese unbestimmten Rechtsbegriffe werden weder im Nagoya-Protokoll noch in der Biodiversitätskonvention konkretisiert. Beide geben aber den Weg vor, auf dem dieses Ziel erreicht werden soll, indem sie nämlich vorschreiben, dass das ABS auf der Grundlage von «mutually agreed terms» (MAT) zwischen Nutzern und Bereitstellerstaaten, also auf vertraglicher Grundlage, erfolgen soll²⁴. Diese Verträge sind keine völkerrechtlichen, sondern privatrechtliche Verträge zwischen einem Bereitstellerstaat und einem Nutzer, z.B. einem pharmazeutischen Unternehmen oder einer Forschungseinrichtung wie einer Universität. Auch (und gerade) Letzteres bildet ein praktisch wichtiges Anwendungsfeld des ABS, denn dieses impliziert nicht, dass der Zugang zu genetischen Ressourcen *nur* zu kommerziellen Zwecken gewährt wird, wenn dies auch grundsätzlich möglich ist.

Damit wird zu einem gewissen Grade die Auffüllung der Rechtsbegriffe «fair and equitable», fair und ausgewogen, prozeduralisiert²⁵: Es wird in die Verantwortung der Vertragspartner gelegt, einen Interessenausgleich untereinander durch Vertrag herzustellen. Immerhin wurde auf diese Massstäbe aber auch nicht verzichtet, sondern mit ihnen ein materialer Standard für derartige gegenseitige Verträge in der herausgehobenen Form von normativen Leitbegriffen in das Nagoya-Protokoll²⁶ ebenso wie in die Biodiversitätskonvention²⁷ übernommen, was für Umsetzungsfragen eine gewisse Interesse haben kann, wie sich zeigen wird.

Ein zweites Grundprinzip des ABS besteht im Erfordernis des «prior informed consent» (PIC)²⁸. Ein Zugang zu genetischen Ressourcen soll nur möglich sein, wenn der Bereitstellerstaat seine Zustimmung gegeben hat und zwar auf Grundlage ausreichender Informationen. In welcher Form der Bereitstellerstaat seine Zustimmung gewährt, ob durch eine formale behördliche Genehmigung oder auf anderen Wegen, ist seiner Gestaltungsmacht ebenso überlassen wie die Frage, ob der Zugang ohne solche Erfordernisse frei gewährt wird²⁹. Die entsprechenden

Regelungen werden aber prozeduralen Anforderungen unterworfen, die ein rechtstaatliches Verfahren sichern sollen³⁰. In der Schweiz wie in der EU ist eine Diskussion im Gang, ob freier Zugang zu genetischen Ressourcen gewährt oder ein entsprechendes Regelungsregime mit institutionellen Annexvorkehrungen errichtet werden soll³¹, etwa eine europäische Plattform für den Zugang zu genetischen Ressourcen³².

Ein Grundproblem nicht nur im Bereich des Zugangs zu natürlichen genetischen Ressourcen, wie sie Biodiversitätskonvention und Nagoya-Protokoll erfassen, bildet der Umgang mit besonderen Bedürfnissen nach Nutzung, etwa wegen gesundheitlichen Gefahren. Das Nagoya-Protokoll enthält insofern eine Notfallklausel, die die Nutzung in solchen Sondersituationen spezifischen Regeln unterstellt³³. Für nicht-kommerzielle Forschung sollen erleichterte Zugangsmöglichkeiten eröffnet werden³⁴.

Ein offensichtliches Problem des grundsätzlichen Ansatzes des ABS und der Akzeptanz der souveränen Verfügungsmacht der Einzelstaaten über genetische Ressourcen sind grenzüberschreitende Vorkommen von solchen Ressourcen – die biologische Vielfalt hält sich nicht an kontingente politisch-historisch gewachsene Landesgrenzen. Das Nagoya-Protokoll versucht diesem Problem mit einem Prüfauftrag zu Schaffung eines multilateralen Ausgleichsmechanismus (Global Multilateral Benefit-Sharing-Mechanism)³⁵ und einem Gebot zur Kooperation der betroffenen Parteien beizukommen³⁶.

Eine besondere Rolle in internationalen Diskussionen bildet die Berücksichtigung von traditionellem Wissen und die Einbeziehung indigener Gemeinschaften als Träger solchen Wissens in die nationalen und internationalen Regelungsregime.

Das Nagoya-Protokoll sieht hier Spezialregelungen vor, die die Interessen von indigenen und lokalen Gemeinschaften in verschiedener Hinsicht sichern sollen. Im Ein-

³⁰ Art. 6.3 Nagoya-Protocol.

³¹ Vgl. Botschaft zur Genehmigung des Protokolls von Nagoya über den Zugang zu genetischen Ressourcen und die ausgewogene und gerechte Aufteilung der sich aus ihrer Nutzung ergebenden Vorteile (Nagoya-Protokoll) und zu dessen Umsetzung (Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz) vom 10.4.2013, S. 35 f.

³² Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zu genetischen Ressourcen und die ausgewogene und gerechte Aufteilung der sich aus ihrer Nutzung ergebenden Vorteile in der Europäischen Union, Com (2012) 576 final, 4.10.2012, S. 8, Art. 13.

³³ Art. 8 b Nagoya-Protocol.

³⁴ Art. 8 a Nagoya-Protocol.

³⁵ Art. 10 Nagoya-Protocol.

³⁶ Art. 11 Nagoya-Protocol.

²² Art. 5 Nagoya-Protocol.

²³ Art. 1 CBD.

²⁴ Art. 15.4 und 15.7 CBD; Art. 5 Nagoya-Protocol.

²⁵ Vgl. dazu das Gutachten aus ethischer Sicht für das BAFU von ANDREAS BACHMANN, Ethical aspects of Access and Benefit-Sharing (ABS), Zürich 2011.

²⁶ Vgl. Art. 1 Nagoya-Protocol.

²⁷ Vgl. Art. 1 CBD.

²⁸ Art. 15.5 CBD; Art. 6 Nagoya-Protocol.

²⁹ Art. 6.1 Nagoya-Protocol.

klang mit nationalem Recht sollen die Vertragsparteien insbesondere sicherstellen, dass traditionelles Wissen, das auf genetische Ressourcen bezogen ist, nur mit PIC oder Zustimmung und Einbezug solcher Gemeinschaften und auf der Grundlage von MAT genutzt wird³⁷. Im Rahmen der Implementationsvorschriften wird diese Frage wieder aufgegriffen. Die Parteien werden gehalten, sicherzustellen, dass das Wohnheitsrecht, Gemeinschaftsvereinbarungen (community protocols) und Verfahren berücksichtigt werden³⁸. Nutzer sollen über ihre besonderen Verpflichtungen diesen Gemeinschaften gegenüber informiert werden³⁹. Die indigenen und ortsansässigen Gemeinschaften – wobei Frauen besonders erwähnt werden – sollen in die Lage versetzt werden, interessengerechte Abkommen abzuschliessen. Dazu sollen Gemeinschaftsvereinbarungen (community protocols) entwickelt werden, Minimalerfordernisse für gerechte und ausgewogene MAT zum Ausgleich der Nutzungen bestimmt und Mustervertragsklauseln ausgearbeitet werden⁴⁰.

Die Vertragsstaaten werden verpflichtet, Compliance-Mechanismen zu schaffen, die das Vorliegen eines PIC und von MATs, wie in den jeweiligen nationalen Gesetzgebungen der Bereitstellerstaaten vorgesehen, überwachen⁴¹, wobei besonderes Augenmerk auf traditionelles Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften gelegt wird⁴². Die Parteien sollen Focal-Points, eine zuständige Behörde und Check-Points schaffen, die Informationen zum ABS bereitstellen, den Zugang ermöglichen und die Nutzung der genetischen Ressourcen überwachen⁴³. Die Überwachung auch der Nutzung entsprechend den Vorgaben des Bereitstellerstaates bzw. der MAT und nicht nur des Zugangs bei Vorlage von PIC und MAT bildet ein Problem der Compliance-Mechanismen des Nagoya-Protokolls⁴⁴.

Ein internationales Clearing-House soll Informationen über das ABS, die die Vertragsparteien bereitstellen, sammeln und zugänglich machen⁴⁵. Weiter wird ange-regt, Musterverträge und andere Instrumente wie Codes of Conduct zu entwickeln und bewussteinsschärfende und kapazitätsbildende Massnahmen durchzuführen⁴⁶.

³⁷ Art. 6.2; 7 Nagoya-Protocol.

³⁸ Art. 12.1 Nagoya-Protocol.

³⁹ Art. 12.2 Nagoya-Protocol.

⁴⁰ Art. 12.3 lit a–c Nagoya-Protocol.

⁴¹ Art. 15 Nagoya-Protocol.

⁴² Art. 16 Nagoya-Protocol.

⁴³ Art. 13; 17 Nagoya-Protocol.

⁴⁴ Vgl. WINTER/KAMAU (FN 5), 387: Durchsetzung liege bei Lieferstaaten, was als erheblicher Rückschlag für diese Staaten gewertet wird.

⁴⁵ Art. 14 Nagoya-Protocol.

⁴⁶ Art. 19–22 Nagoya-Protocol.

3. Die Umsetzungspläne in der Schweiz

a. Reform des NHG

Das Nagoya-Protokoll soll in der Schweiz durch Revision des Natur- und Heimatschutzgesetzes (NHG) umgesetzt werden. Folgende zentrale Regelungen werden erwogen und gegenwärtig diskutiert⁴⁷:

Kernpunkt der Regelungsentwürfe ist die Schaffung einer Sorgfaltspflicht für die Nutzer von genetischen Ressourcen, die dem Nagoya-Protokoll unterfallen. Diese Sorgfaltspflicht soll zwei Elemente besitzen: Erstens erstreckt sie sich darauf, dass der Zugang zu den genetischen Ressourcen rechtmässig erfolgt ist (also etwa in Bezug auf den PIC und die MAT, je nachdem welche Regelungen das Landesrecht der Bereitstellerstaaten vorsieht)⁴⁸. Dass es insofern auf die innerstaatlichen Vorschriften ankommt, wird ausdrücklich klargestellt⁴⁹.

Zweitens soll die Sorgfaltspflicht darauf erstreckt werden, dass die erzielten Vorteile ausgewogen und gerecht geteilt werden, also auf den materialen Massstab für die abzuschliessenden Verträge, den CBD und Nagoya-Protokoll formuliert, ausgedehnt⁵⁰. Eine ausdrückliche Regelung von Pflichten, die sich nicht nur auf den Zugang, sondern auch auf die Nutzung entsprechend der gesetzlichen Regelungen des Bereitstellerstaates und abgeschlossener MAT beziehen, ist nicht vorgesehen⁵¹.

Werden die Anforderungen der Sorgfaltspflicht nicht erfüllt, soll der Nutzer dafür sorgen, dass dies nachträglich geschieht, oder darauf verzichten, die betroffenen genetischen Ressourcen zu nutzen oder unmittelbare Vorteile aus deren Nutzung zu ziehen, was von den Behörden durchgesetzt werden soll⁵². Dies kann etwa dadurch erzwungen werden, dass eine Nutzung verhindert wird, indem der Markzugang nicht gewährt wird. Die Vollstre-

⁴⁷ Botschaft zur Genehmigung des Protokolls von Nagoya über den Zugang zu genetischen Ressourcen und die ausgewogene und gerechte Aufteilung der sich aus ihrer Nutzung ergebenden Vorteile (Nagoya-Protokoll) und zu dessen Umsetzung (Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz) vom 10.4.2013.

⁴⁸ Art. 23n Abs. 1 lit a) NHG-neu.

⁴⁹ Art. 23n Abs. 3 NHG-neu.

⁵⁰ Art. 23n Abs. 1 lit b) NHG-neu.

⁵¹ Vgl. vorne FN 44.

⁵² Art. 23n Abs. 4 NHG-neu; Botschaft zur Genehmigung des Protokolls von Nagoya über den Zugang zu genetischen Ressourcen und die ausgewogene und gerechte Aufteilung der sich aus ihrer Nutzung ergebenden Vorteile (Nagoya-Protokoll) und zu dessen Umsetzung (Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz) vom 10.4.2013, S. 37.

ckungsbehörden sollen bei der Durchsetzung auf Art. 292 StGB zurückgreifen können⁵³.

Gesetzlich wird dabei keine Differenzierung zwischen der Einhaltung der innerstaatlichen Regeln und damit des rechtmässigen Zugangs und der materialen Anforderungen gemacht. Beides erscheint als durchsetzbar⁵⁴.

Weiter wird eine Meldepflicht geschaffen, die sich darauf bezieht, dass die Anforderungen, die die Sorgfaltspflicht schafft, eingehalten wurden und die vor Marktzulassung bzw., wenn keine Marktzulassung erforderlich ist, vor der Vermarktung von Produkten, deren Entwicklung auf genutzten genetischen Ressourcen beruht, zu erfolgen hat⁵⁵, was behördlich überprüft werden soll⁵⁶. Wer falsche Angaben macht, kann mit bis zu 100'000 Franken gebüsst werden⁵⁷.

Diese Regelungen werden auch auf traditionelles Wissen indigener oder ortsansässiger Gemeinschaften, das sich auf genetische Ressourcen bezieht, erstreckt⁵⁸.

Durch dieses diskutierte Regelungsmodell ergibt sich die Frage, was genau Inhalt der Sorgfaltspflicht bilden soll und welche ihrer Inhalte behördlicherseits durchgesetzt werden sollen. Die Sorgfaltspflicht hat dem Wortlaut der erörterten Entwürfe zufolge eine materiale Komponente der Wahrung des fairen und ausgewogenen Ausgleichs. Es wird auch nicht geregelt, dass die Pflicht zur nachträglichen Erfüllung der Sorgfaltspflicht sich nicht auch auf diese materiale Komponente erstreckt und entsprechend behördlich durchgesetzt werden könnte. Die Regelungsintention scheint aber eine Überprüfung dieser materialen Komponente eigentlich nicht vorzusehen⁵⁹. Auch das Verhältnis von Sorgfaltspflicht zur Meldepflicht scheint noch klärungsbedürftig. Soll die Sorgfaltspflicht unabhängig von der Meldepflicht geprüft und durchgesetzt

⁵³ Ebd. (FN 52).

⁵⁴ Es wird festgehalten, dass das Nagoya-Protokoll nicht näher bestimme, was ausgewogen und gerecht sei, insofern «insbesondere» darauf geachtet werden müsse, dass im Einklang mit den innerstaatlichen ABS-Vorschriften der Bereitstellerländer die Vorteile so geteilt werden, wie diese in den MAT bzw. in den ABS-Verträgen vereinbart worden seien, vgl. Botschaft zur Genehmigung des Protokolls von Nagoya über den Zugang zu genetischen Ressourcen und die ausgewogene und gerechte Aufteilung der sich aus ihrer Nutzung ergebenden Vorteile (Nagoya-Protokoll) und zu dessen Umsetzung (Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz) vom 10.4.2013, S. 28. Dies kann nicht der einzige Regelungsgegenstand von Art. 23n Abs. 1 lit b sein, weil diese Norm dann in ihrem Regelungsgehalt identisch wäre mit Art. 23n Abs. 1 lit a NHG-neu.

⁵⁵ Art. 23o NHG-neu.

⁵⁶ Art. 23o Abs. 3 NHG-neu.

⁵⁷ Art. 24a NHG-neu.

⁵⁸ Art. 23p NHG-neu.

⁵⁹ Vgl. vorne FN 54.

werden oder soll mit der Einhaltung der Meldepflicht der Sorgfaltspflicht bereits genüge getan sein? Ersteres wird durch die Pflicht zu nachträglichen Erfüllung der Sorgfaltspflicht (nicht nur einer wahrheitsgemässen Meldung) nahegelegt. Der Entwurf enthält aber auch Passagen, die das zweifelhaft erscheinen lassen könnten⁶⁰.

Eine im Rahmen der Ausarbeitung des Nagoya-Protokolls umstrittene Frage betrifft seine zeitliche Geltungskraft. Dahinter steht das praktische Problem, wie mit Nutzungen von genetischen Ressourcen umzugehen ist, die in der Vergangenheit entgegen den Prinzipien, die das Nagoya-Protokoll für massgeblich erklärt, gewonnen wurden, womöglich durch Verfahren, die landläufig als Biopiraterie bezeichnet werden. Das Nagoya-Protokoll klärt diese Frage nicht. Eine entsprechende Regelung enthält auch der schweizerische Umsetzungsentwurf nicht⁶¹, der damit nicht genetische Ressourcen erfasst, die sich etwa bereits in Genbanken der Schweiz befinden, und der mithin andere Vorschläge, die etwa an den Zeitpunkt der Nutzung anknüpfen, nicht aufgreift⁶².

Hinsichtlich der Frage der Regelung des Zugangs zu genetischen Ressourcen, die sich in der Schweiz befinden, soll die Möglichkeit geschaffen werden, genetische Ressourcen im Inland den Mechanismen des ABS zu unterwerfen⁶³.

b. Vergleich EU

Die EU hat einen Konsultationsprozess, wie das Nagoya-Protokoll, zu deren Signatarstaaten auch die EU selbst als Völkerrechtssubjekt gehört, im unionsrechtlichen Rahmen umgesetzt werden soll, durchgeführt. Im Herbst 2012 wurde ein Vorschlag für eine Verordnung vorgelegt⁶⁴. Der schweizerische Regelungsvorschlag weist deutliche Parallelen zu dieser Regelung auf.

Auch der EU-Entwurf sieht eine Sorgfaltspflicht vor, die sich auf die Elemente erstreckt, die in der Schweiz

⁶⁰ Vgl. Art. 23o Abs. 3 S. 2 NHG-neu: «(Der Bundesrat) kann Ausnahmen von der Meldepflicht vorsehen, wenn die Überprüfung oder die Einhaltung der Sorgfaltspflicht auf andere Weise sichergestellt ist», woraus geschlossen werden könnte, dass die Einhaltung der Sorgfaltspflicht durchweg durch die Meldepflicht sichergestellt wird.

⁶¹ Art. 25d NHG-neu.

⁶² Vgl. zu Varianten und zur Rückwirkungsproblematik WINTER/KAMAU (FN 5), 377 ff.

⁶³ Art. 23q NHG-neu.

⁶⁴ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zu genetischen Ressourcen und die ausgewogene und gerechte Aufteilung der sich aus ihrer Nutzung ergebenden Vorteile in der Europäischen Union, Com (2012) 576 final, 4.10.2012.

von dieser erfasst werden. Die Nutzer haben sich zu vergewissern, dass der Zugang zu den genutzten genetischen Ressourcen und dem genutzten traditionellen Wissen im Einklang mit den nationalen Regelungen erfolgt ist. Weiter erstreckt sie sich darauf zu gewährleisten, dass die Vorteile gegebenenfalls ausgewogen und gerecht zu einvernehmlich festgelegten Bedingungen aufgeteilt werden⁶⁵. Die Kontrollmöglichkeiten werden allerdings z.T. anders gefasst. Bei der Vergabe öffentlicher Mittel ist vorgesehen, dass die Nutzer eine Erklärung darüber abgeben, dass sie die Sorgfaltspflicht einhalten⁶⁶. Weiter wird geregelt, dass Behörden selbst aktiv die Einhaltung der Sorgfaltspflicht überprüfen müssen, in dem sie Kontrollen durchführen⁶⁷. Diese Kontrollen sollen nach einem in regelmässigen Abständen überarbeiteten Plan auf der Grundlage eines risikobasierten Ansatzes durchgeführt werden⁶⁸. Kontrollen können auch durchgeführt werden, wenn einer zuständigen Behörde Informationen, einschliesslich begründeter Bedenken Dritter, vorliegen, die die Nichteinhaltung der in der Verordnung geschaffenen Pflichten betreffen⁶⁹. Die Kontrollen umfassen dabei u.a. mindestens auf die Prüfung der Massnahmen, die getroffen wurden, um der Sorgfaltspflicht nachzukommen, die Dokumentation, auf Vor-Ort-Kontrollen und die Abgabe gebotener Erklärungen⁷⁰. Die Kontrollen beziehen sich auf die Sorgfaltspflicht insgesamt, ohne zu spezifizieren, wie mit ihren verschiedenen Komponenten umzugehen sei, insbesondere mit der Vorgabe, mit der gebotenen Sorgfalt zu gewährleisten, dass die Vorteile ausgewogen und gerecht zu einvernehmlich festgelegten Bedingungen aufgeteilt werden⁷¹.

Die EU strebt auch institutionelle Innovationen an, die den praktischen Umgang mit genetischen Ressourcen erleichtern sollen. Es sollen dazu sog. «zuverlässige Sammlungen» von genetischen Ressourcen geschaffen werden, die einen Zugang zu diesen Ressourcen nach den Vorgaben des Nagoya-Protokolls sicherstellen sollen⁷². Die Verordnung soll zwanzig Tage nach der Veröffentlichung einer Bekanntmachung des Inkrafttretens des Nagoya-Protokolls durch die Kommission in Kraft treten. Sorgfalts- und Kontrollpflichten kommen nach einem Jahr

⁶⁵ FN 64, Art. 4 Abs. 1.

⁶⁶ FN 64, Art. 7 Abs. 1.

⁶⁷ FN 64, Art. 9 Abs. 1.

⁶⁸ FN 64, Art. 9 Abs. 2.

⁶⁹ FN 64, Art. 9 Abs. 3.

⁷⁰ FN 64, Art. 9 Abs. 4.

⁷¹ FN 64, Art. 4 Abs. 1.

⁷² FN 64, Art. 5.

nach Inkrafttreten der Verordnung zur Anwendung⁷³. Die Anwendbarkeit der Vorschriften wird damit weiter als in der Schweiz in die Zukunft verlegt.

Eine europäische Plattform für den Zugang zu genetischen Ressourcen und traditionellem Wissen über genetische Ressourcen soll errichtet werden⁷⁴.

4. Perspektiven

Die Umsetzungsentwürfe der Schweiz und der EU sind in internationaler Perspektive von einiger Bedeutung, weil sie Signalwirkung für den Umgang mit dem Nagoya-Protokoll in hochentwickelten Staaten und Staatengemeinschaften haben. Die Umsetzung ist auch deswegen von Interesse, weil viele Nutzer aus Europa kommen – seien es kommerzielle oder Forschungsinstitutionen. Die Regelungsentwürfe ähneln sich in wichtigen Zügen, gehen aber auch eigene Wege, wobei die Diskussionen um die Umsetzung in der Schweiz Elemente besitzen, die in produktiver Weise Ansätze im EU Rahmen überschreiten könnten⁷⁵.

Die konkreten Umsetzungsvorschläge werfen aber auch verschiedene Fragen auf, die zu weiterem Nachdenken einladen⁷⁶. Eine dieser Fragen soll näher erörtert werden, weil sie eine interessante Spannung im Regelungsgefüge des Nagoya-Protokolls selbst betrifft und

⁷³ FN 64, Art. 17.

⁷⁴ FN 64, Art. 13.

⁷⁵ Ein Beispiel ist, dass der Begriff «Nutzer» in der EU und in der Schweiz unterschiedlich gefasst wird. Art. 23n Abs. 1 NHG-neu definiert «Nutzende» folgendermassen: «wer gemäss dem Protokoll von Nagoya genetische Ressourcen nutzt oder unmittelbar Vorteile aus deren Nutzung erzielt». Die Sorgfaltspflicht des Art. 23n Abs. 1 NHG-neu erstreckt sich entsprechend auf diesen Adressatenkreis. Der EU-Entwurf definiert in Art. 3 Nr. 5 «Nutzer» dagegen als «eine natürliche oder juristische Person, die genetische Ressourcen oder traditionelles Wissen über genetische Ressourcen nutzt». Die Sorgfaltspflicht erfasst mithin potential unterschiedliche Adressatenkreise. Ein anderes Beispiel ist das Inkrafttreten der Regelungen, wie vorne im Text ausgeführt. In der Diskussion der Schweiz ist auch vorgesehen, Informationen zu Nutzern, Art der Nutzung, genutzter genetischer Ressource oder Quellen der Ressource zu veröffentlichen. Im EU-Entwurf ist eine Sammlung von Informationen von mitgliedstaatlichen Stellen und Weiterleitung an die EU-Informationsstelle geregelt, Art. 7 Abs. 1–3.

⁷⁶ Z.B. zur Sicherstellung, dass nicht nur der Zugang, sondern auch die Nutzung entsprechend der innerstaatlichen Regelungen von Bereitstellerstaaten und MATs erfolgt; s. vorne. Vgl. dazu Eidgenössische Ethikkommission für die Biotechnologie im Ausserhumanbereich (EKAH), Genehmigung des Nagoya-Protokolls und dessen Umsetzung im Natur- und Heimatschutzgesetz (NHG), Stellungnahme zum Vernehmlassungsentwurf vom 16. Mai 2012, 6. September 2012, S. 5, www.ekah.admin.ch.

rechtskonzeptionell grundsätzliche Fragen betrifft, für die die Umsetzung des Nagoya-Protokolls nur ein Beispiel ist. Diese grundsätzliche Frage betrifft die Sicherstellung der Einhaltung der im Nagoya-Protokoll postulierten zentralen materialen Massstäbe des fairen und ausgewogenen Ausgleichs der Nutzung von genetischen Ressourcen, einer konstitutiven Grundidee der Konzeption des internationalen Biodiversitätsschutzregimes. Die Spannung besteht darin, dass diese Massstäbe zwar formuliert werden, aber die völkerrechtlichen Abkommen, wie erläutert, nur Ansätze – wie etwa weich formulierte Informationspflichten oder Massnahmen zum Kapazitätsaufbau – dafür enthalten, die in ihnen formulierten Ziele auch tatsächlich zu erreichen und zu verhindern, dass die angestrebten MAT bei Vorliegen eines PIC womöglich gar in nennenswerten Umfang zum blossen Feigenblatt für unfaire und unausgewogene Abmachungen werden, die die Erhaltung der Biodiversität vielleicht sogar gefährden, ihr aber jedenfalls nicht nutzen.

Dieses Spannungsverhältnis setzt sich in den Umsetzungsversuchen in der Schweiz oder der EU in unterschiedlicher Form fort. Wie erwähnt, sieht der Umsetzungsentwurf der Schweiz eine Sorgfaltspflicht mit materialen Komponenten vor. Die Einhaltung dieser materialen Komponenten wird aber – wie erläutert – nicht von Mechanismen begleitet, die die Einhaltung tatsächlich sicher stellen würden. Der Verzicht auf eine materiale Überprüfung erscheint auch als die Gesamtintention der Regelung. In der Vernehmlassung wurde dieses Problem entsprechend aufgegriffen und in die Umsetzungsdiskussion eingebracht⁷⁷.

Im Entwurf der EU fehlt es ebenfalls an einer spezifischen Regelung zur genauen Bedeutung der materialen Komponente der Sorgfaltspflicht, einschliesslich von Vorschriften, die so zu verstehen wären, dass eine solche Kontrolle gerade ausgeschlossen wäre. Die bestehenden Kontrollregelungen können vielmehr durchaus so verstanden werden, dass sie sich auf die Einhaltung der Sorgfaltspflicht in ihrer materialen Dimension im Grundsatz beziehen.

Diese Frage ist nicht nur theoretisch interessant, weil es sich um Leitbegriffes des völkerrechtlichen Biodiversitätsrechts handelt. Sie ist auch praktisch relevant. Ein Grund dafür sind faktische Asymmetrien in den Verhandlungssituationen, die gerade verhindern können, dass ein

fairer und ausgewogener Vorteilsausgleich in abgeschlossenen Vereinbarungen gelingt. Dies muss nicht so sein, denn auf der Seite der Bereitstellerstaaten stehen Staaten wie Australien oder Brasilien, denen ohne weiteres zgetraut werden kann, die eigenen Interessen zu sichern, wenn dafür der Wille besteht. Es kann aber ein Problem bei anderen Staaten bilden, die gegenüber solchen Asymmetrien verwundbarer sind. Dabei sind gerade Gemeinschaften und ihr traditionelles Wissen zu berücksichtigen, die ja nicht zuletzt wegen der besonderen Verwundbarkeit ihrer Interessen in den Regelungen besondere Aufmerksamkeit – und zu Recht – geniessen. Nicht umsonst sieht das Nagoya-Protokoll Spezialregelungen vor, die sich auf die Information und das Schaffen von entsprechenden Kapazitäten bei solchen Gemeinschaften oder die Formulierung von Musterverträgen richten. Diese Regelungen entspringen ersichtlich dem Motiv, diese davor zu schützen, MAT abzuschliessen, die ihre Interessen gerade nicht fair und ausgewogen wahren. Ein anderes praktisches Problem, das beispielhaft genannt werden kann, bildet die Realität von Korruption, die ebenfalls zu Abmachungen führen kann, die dem Leitbild der Biodiversitätskonvention und des Nagoya-Protokolls nicht entsprechen.

Dieses Spannungsverhältnis hat nun im Rahmen der grundsätzlichen Konzeption der Biodiversitätskonvention und des Nagoya-Protokolls eine spezifische normative Dimension. In gewöhnlichen Vertragskonstellationen regelt die vertragliche Abmachung Parteiinteressen, die in keinem verbindenden Zusammenhang stehen. Die Wahrung der Interessen der anderen Seite gehört in dieser Konstellation nicht zu den Aufgaben einer Vertragspartei. Der Rechtsbegriff der umweltvölkerrechtlichen Regelungen zur Biodiversität des «common concern of humankind» weist jedoch in eine andere Richtung und bildet so ein Beispiel für eine Lage, in der eine andere Interessenkonstellation dem Vertragsmodell zu Grunde liegt. Mit diesem Begriff wird ausgesprochen, dass die Biodiversität ein gemeinsames Menschheitsinteresse bildet. Die Umsetzung der Prinzipien, die den entsprechenden umweltvölkerrechtlichen Regelungen zu Grunde liegen, liegt mithin im Interesse aller Vertragsparteien. Insofern besteht eine spezielle Verantwortung, aber auch ein schlichtes Eigeninteresse daran, sicher zu stellen, dass tatsächlich die Regelungen eingehalten werden, die zumindest einen Beitrag zum Erhalt der Biodiversität leisten sollen. Kein Staat profitiert nach der Konzeption der Biodiversitätskonvention und des Nagoya-Protokolls langfristig davon, dass gegen deren Grundprinzipien verstossen wird, etwa weil kein PIC vorliegt oder unfaire und unausgewogene MATs geschlossen werden. Bei einzelnen Akteuren mag das anders sein, für eine Vertrags-

⁷⁷ Vgl. Eidgenössische Ethikkommission für die Biotechnologie im Ausserhumanbereich (EKAH), Genehmigung des Nagoya-Protokolls und dessen Umsetzung im Natur- und Heimatschutzgesetz (NHG), Stellungnahme zum Vernehmlassungsentwurf vom 16. Mai 2012, 6. September 2012, S.5, www.ekah.admin.ch.

partei des völkerrechtlichen Biodiversitätsregimes wird damit nur die Gefahr geschaffen, die Ziele, die sie sich dadurch, dass sie Partei dieses Regimes geworden ist, zu eigen gemacht hat, gerade nicht zu erreichen. Geduldete Unfairness und Unausgewogenheit bei Zugang und Vorteilsausgleich kann den Zielen des Biodiversitätsschutzes nicht dienen.

Damit stellt sich die Frage nach den richtigen Umsetzungsstrategien von Völkerrecht, das auf die Verwirklichung von globalen Gemeinwohlbelangen zielt. Ist die Umsetzung des völkerrechtlich gebotenen Minimums die richtige Strategie oder ist ein Versuch einer eigenständigen, völkerrechtskonformen Antwort vorzuziehen, die sich Leitideen verpflichtet weiss, auch wenn diese sich nicht in konkreten völkerrechtlichen Pflichten verkörpert haben? Für das konkrete Beispiel bedeutet dies, dass man etwa fragen muss, ob man versuchen soll, die durch das Nagoya-Protokoll geschaffene Spannungslage zwischen materialen Prinzipien und ihrer Durchsetzung zu Trennung gewissen, praktisch möglichen Graden aufzulösen oder nicht.

Ein Ansatz zur Beantwortung dieser Frage liegt in der in die Diskussion gebrachten Kontrolle der etablierten materialen Sorgfaltspflicht. Wie dies praktisch gelingen kann, ist allerdings alles andere als offensichtlich, denn die Lösung dieses Problems ist aus verschiedenen Gründen schwierig. Erstens ist das Grundprinzip des Nagoya-Protokolls zu bedenken, das von einer souveränen Verfügungsmacht der Staaten ausgeht. Es ist nach dieser Konzeption primär deren Rolle, durch entsprechende innerstaatliche Regelungen und Massnahmen sicher zu stellen, dass die Leitprinzipien des Nagoya-Protokolls eingehalten werden, insbesondere ein Vorteilsausgleich fair und ausgewogen erfolgt.

Zweitens kann es sich (offensichtlich) nicht um eine umfassende Äquivalenzkontrolle der vertraglichen Regelungen handeln. Dagegen spricht schon die Vertragskonzeption selbst, da Verträge die Grundweichenstellung implizieren, dass eine angemessene Lösung aus der Sicht beider Parteien durch ihre eigenen Entscheidungen aufgrund der jeweils gegebenen Präferenzen gefunden und nicht heteronom vorgegeben wird. Die MATs, die nach dem Nagoya-Protokoll geschlossen werden sollen, betreffen zudem potentiell sehr komplexe Regelungsgegenstände. Ein Nutzer mit kommerziellen Interessen wird etwa nicht notwendig sichere Gewinnerwartungen haben können, insofern beim Erwerb von Nutzungsmöglichkeiten von genetischen Ressourcen auf eine Chance von Gewinn setzen und dabei ein mehr oder minder grosses Risiko eingehen, auch ein solches von verfehlten Investitionen. Ähnliches gilt für nicht-kommerzielle Nutzungen durch

Forschungsinstitutionen. Sichere Massstäbe dafür, was in solchen komplexen Situationen fair und ausgewogen ist, sind nicht leicht zu gewinnen.

Möglich ist deswegen allein eine Missbrauchskontrolle, d.h. eine Überprüfung, ob gerechter und fairer Ausgleich offensichtlich nicht vorliegt. Dies bildet ein zwar schwieriges, aber aus dem allgemeinen Vertragsrecht vertrautes Problem, etwa bei der Konkretisierung der guten Sitten als Schranke der Vertragsfreiheit. Entsprechende Bewertungen müssten sicherlich kontext- und praxissensibel sein und sich vorsichtig an bestehenden, vergleichbaren oder sich entwickelnden Vertragspraktiken orientieren. Es ist aber – wie im allgemeinen Vertragsrecht – auch nicht so, dass gar keine Massstäbe für eine Verletzung von Prinzipien des fairen und ausgewogenen Interessenausgleichs existieren würden. Ein Beispiel: Wenn bei kommerzieller Nutzung traditionellen Wissens einer indigenen Gemeinschaft nur eine belanglose Gegenleistung und gar kein Ausgleich von gewonnenen Vorteilen in der Zukunft vorgesehen sind, drängt sich die Frage nach Vorliegen eines Missbrauchstatbestands auf.

Eine solche Missbrauchskontrolle ist sicher nicht flächendeckend zu leisten. Naheliegender ist deshalb die Idee von stichprobenartigen Kontrollen. Dies ist ersichtlich das System, neben Kontrollen bei Hinweisen auf Pflichtverletzungen, das in der Regelung der EU angestrebt wird, mit einer interessanten Konkretisierung der Stichproben, die nicht schlicht zufällig, sondern risikobasiert und planmässig erfolgen sollen. Dahinter steht offensichtlich die Einschätzung, dass ein Risiko von Verstössen gegen die Prinzipien des ABS in unterschiedlichem, aber nennenswerten Umfang besteht, dem man begegnen muss.

Probleme bei den Rechtsfolgen schafft eine solche Missbrauchskontrolle nicht: Rechtsfolgen eines festgestellten Missbrauchs sind die, die in den bisherigen Entwürfen enthalten sind, nämlich etwa die Nutzung zu untersagen oder Nachbesserung zu verlangen.

Diese Erwägungen sind nicht auf das gewählte Beispiel beschränkt – sie gelten im Grundsatz auch für andere Umsetzungsprobleme, z.B. das der angesprochenen Kontrolle nicht nur der Zugangsart, sondern auch der folgenden Nutzungen und legitimieren Versuche, einen eigenständigen Weg der Umsetzung zu finden, wie es in der Schweiz in mancher begrüssenswerter Hinsicht unternommen wird⁷⁸.

Derartige Umsetzungsstrategien könnten einen weiteren Vorteil haben: Sie könnten bei den Bereitstellerstaa-

⁷⁸ Vgl. vorne FN 75.

ten den Eindruck erwecken, dass es Nutzerstaaten ernst damit ist, einen fairen und ausgewogenen Ausgleich von Vorteilen zu erreichen. Dies könnte eine Voraussetzung dafür sein, Regelungen zu schaffen, die den Zugang zu genetischen Ressourcen ihrerseits grundsätzlich erleichtern, was in den Nutzerstaaten von einigem Interesse sein könnte⁷⁹.

5. Gemeinwohlsicherung im Völkerrecht

Selbst bei solchen Regelungen, die sich den Schutz der Biodiversität über das völkerrechtlich unmittelbar gebotene zu Eigen machen und dabei völkerrechtlich angelegten Gerechtigkeitsprinzipien dienen, bleiben grundsätzliche Fragen offen, die abschliessend angesprochen werden sollen.

Das Nagoya-Protokoll wie die Biodiversitätskonvention verfolgen Ziele, die unfraglich wichtig sind. Auch der Idee, Prinzipien internationaler Gerechtigkeit zu fördern und zwar auch unabhängig von ihrem funktionalen Nutzen für die Erhaltung von Biodiversität, wird mancher einiges abgewinnen können. Die Frage ist allerdings, ob dies im Biodiversitätsregime durchwegs mit unproblematischen Mitteln erfolgt, oder ob vielmehr Instrumente gewählt wurden, die vielleicht ohne praktisch-politische Alternative, aber womöglich nicht ohne Preis sind. Eine Frage drängt sich insbesondere auf: Können die Gemeinwohlbelange durch das System souveräner Verfügungsrechte und durch die an diese Rechte anknüpfenden Mechanismen des ABS mit MAT und PIC tatsächlich gewährleistet werden? Oder braucht es andere Mechanismen, etwa durch das Bündeln, das Pooling von Interessen⁸⁰ oder den Schutz dieser Belange unmittelbar, womöglich institutionalisiert mit Organen zu ihrer Durchsetzung in einem rechtlichen Rahmen? Damit ist der Kern eines klassischen rechtsstrukturellen Problemkreises erreicht: Wie werden Gemeinwohlbelange im Recht am besten geschützt? Wie bestimmt man eigentlich, was das Gemeinwohl bildet? Wie und wer entscheidet, dass etwas mehr ist als ein Partikularinteresse? Wie wird die Legitimität von Entscheidungs- und Durchsetzungsmechanismen, prozedural und institutionell sichergestellt? Die Beantwortung

dieser Fragen ist gerade im internationalen Bereich von besonderer Schwierigkeit.

Die Frage nach den Umsetzungsstrategien des Nagoya-Protokolls und die durch sie aufgeworfene Problematik seiner umweltvölkerrechtlichen Konzeption und Grundprinzipien ist deswegen eine interessante Miniatur grundlegender Probleme der internationalen Ordnung, die auf ihre Lösung auch mit Mitteln jenseits des Instrumentariums des Access-and-Benefit-Sharings dringend angewiesen bleibt.

⁷⁹ Vgl. zu diesem Argument WINTER/KAMAU (FN 5), 397.

⁸⁰ Vgl. z.B. aus den Regelungen des Nagoya-Protokolls selbst die Idee eines Global Multilateral Benefit-Sharing Mechanisms, Art. 10 Nagoya-Protocol oder das Regime des Internationalen Vertrags über pflanzengenetische Ressourcen für Ernährung und Landwirtschaft, 3.11.2001, SR 0.910.6.



Preambles in International Treaty Law: With a Special Reference to the European Convention on Human Rights after the Brighton Conference

PATRICIA EGLI

Die Präambeln von völkerrechtlichen Verträgen können je nach Struktur und Inhalt unterschiedliche Funktionen erfüllen. Sie sind wichtige Instrumente für die Auslegung, regeln mitunter das Verhältnis verschiedener Verträge und können sogar verbindliche Rechte und Pflichten umfassen. Die Bedeutung der in der Erklärung von Brighton über die Zukunft des EGMR vom 20. April 2012 beschlossenen Ergänzung der Präambel der EMRK mit dem Subsidiaritätsprinzip und der Doktrin des «margin of appreciation» hängt somit wesentlich von ihrem noch zu bestimmenden Wortlaut ab. Da es sich beim Subsidiaritätsprinzip jedoch um ein anerkanntes und in der EMRK implizit verankertes Prinzip handelt, kann argumentiert werden, dass ihm – auch wenn es in der Präambel verankert wird – bindende Rechtswirkungen zukommt. Im Unterschied dazu ist davon auszugehen, dass der Hinweis auf den «margin of appreciation» der Vertragsstaaten weder rechtliche Verbindlichkeit noch bedeutende Auswirkungen auf die Auslegung der EMRK haben wird.

Les préambules des accords internationaux peuvent remplir différents rôles en fonction de leur structure et de leur contenu. Ce sont des outils importants pour l'interprétation, qui règlent parfois la relation entre les différents contrats et qui peuvent même contenir des droits et obligations contraignants. L'importance de l'ajout du principe de subsidiarité et de la doctrine de la «marge d'appréciation» au préambule de la CEDH, décidé dans la Déclaration de Brighton du 20 avril 2012 sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, dépend donc essentiellement de la teneur qui sera donnée à ce complément. Le principe de subsidiarité étant toutefois un principe reconnu qui est implicitement ancré dans la CEDH, on peut valablement lui reconnaître des effets juridiques contraignants, quand bien même ce principe figure dans le préambule. En revanche, on peut admettre que le renvoi à la «marge d'appréciation» des Etats contractants n'aura pas de caractère juridique contraignant ni d'effets significatifs sur l'interprétation de la CEDH.

List of contents

- I. Introduction
- II. Structure of Preambles
- III. Functions of Preambles
 - A. Interpretative Function
 - B. Harmonizing Function
 - C. Binding Function
- IV. Preamble to the European Convention
 - A. Structure
 - B. Functions of the Preamble in the Court's Case Law
 1. Interpretative Function
 2. Harmonizing Function
 3. Binding Function?
- V. Amendment to the Preamble
 - A. Principle of Subsidiarity
 - B. Margin of Appreciation
- VI. Conclusion

I. Introduction

One of the most influential international treaties on human rights on regional level is the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental

Freedoms¹. However, the success of the Convention system has brought with it a caseload which the European Court of Human Rights has found more and more difficult to handle. The massive influx of individual applications is leading to a rapid accumulation of pending cases before the Court, resulting in lengthy proceedings². Yvo HANGARTNER devoted a large part of his research to human rights and in particular to those guaranteed in the European Convention on Human Rights. He was also a very frequent commentator of the case law of the European Court of Human Rights for this journal. It seems therefore well suited to make a few reflections on the latest efforts to reform the European Convention system in this publication in honour and remembrance of Yvo HANGARTNER.

The aim of the latest conference on the future of the European Court of Human Rights, organized by the United Kingdom in Brighton in April 2012, was to agree on a package of concrete reform measures. The draft version of the Brighton Declaration, transmitted to member states in February 2012, in particular called for the en-

¹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, 213 U.N.T.S. 221.

² See European Court of Human Rights, Annual Report 2011, Strasbourg 2012, 149, available at: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/77FF4249-96E5-4D1F-BE71-42867A469225/0/2011_Rapport_Annuel_EN.pdf>.

PATRICIA EGLI, Prof. Dr. iur., LL.M. (Yale), Rechtsanwältin, Assistenzprofessorin für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht an der Universität St. Gallen.