

## IM WESENTLICHEN ABGELEITETE SORTEN (EDV) Position von CIOPORA Januar 2008

Im November 2002 ist das *CIOPORA Green Paper zum Schutz von Pflanzensorten* veröffentlicht worden. In Abschnitt 3.4 des Green Papers hat CIOPORA die Auffassung der Züchter von vegetativ vermehrbaren Zierpflanzen- und Obstsorten zu im Wesentlichen abgeleiteten Sorten (EDV) und Abhängigkeit dargestellt. Eine zunehmende Anzahl von Streitigkeiten und anhaltende Diskussionen in den beteiligten Kreisen über „wesentliche Ableitung“ machen eine umfassende Kommentierung des EDV-Konzeptes durch die Züchter notwendig.

Vor 17 Jahren ist mit der UPOV-Konvention von 1991 das Konzept der *im Wesentlichen abgeleiteten Sorten* eingeführt worden, nachdem Züchter, unter anderem repräsentiert durch CIOPORA, mehr als 40 Jahre dafür geworben hatten. Mit dem Ziel, die Rechte der Züchter zu stärken und insbesondere den Züchtern von neuen Genotypen eine zusätzliche Kompensation sowie einen effektiven Schutz gegen Plagiarismus zu gewähren, ist ein System „sortenschutzspezifischer Abhängigkeit“, basierend auf wesentlicher Ableitung, entwickelt worden.

Unter den UPOV Mitgliedsstaaten ist es allgemein anerkannt, daß es Aufgabe der Züchter ist festzulegen, wann eine wesentliche Ableitung zwischen Sorten vorliegt.

Zu diesem Zweck legt CIOPORA als die internationale Gemeinschaft der Züchter von vegetativ vermehrbaren Zierpflanzen- und Obstsorten, die ca. 70% aller Sortenschutztitel unter dem UPOV-System halten, in diesem Positionspapier die Voraussetzungen fest, unter denen eine vegetativ vermehrbare Zierpflanzen- oder Obstsorte als im Wesentlichen abgeleitet von einer anderen Sorte angesehen werden soll. CIOPORA ruft alle betroffenen Parteien auf, die Festlegungen und Grenzwerte zu akzeptieren und auf dieser Basis einvernehmliche Lösungen zu finden, um kostspielige Gerichtsverfahren mit ungewissem Ausgang zu vermeiden.

### I. Einleitung

#### 1. Die Grundlagen

- a) Das Konzept der „Im wesentlichen abgeleiteten Sorten“ ist eine Mischung aus technischen (beschreibenden) und juristischen Aspekten.
- b) Ob eine Sorte eine „Ursprungssorte“ oder eine „im Wesentlichen abgeleitete Sorte“ ist, ist in erster Linie eine technische Tatsache.
- c) Eine im Wesentlichen abgeleitete Sorte bleibt für immer eine EDV und eine Ursprungssorte bleibt eine Ursprungssorte, unabhängig von ihrem Schutzstatus. Eine Ursprungssorte selbst kann keine im Wesentlichen abgeleitete Sorte sein und umgekehrt.
- d) Der juristische Aspekt „im Wesentlichen abgeleiteter Sorten“ betrifft die Frage der „Abhängigkeit“ einer im Wesentlichen abgeleiteten Sorte von einer Ursprungssorte, das heißt die Fragen des Schutzbereichs einer Sorte und der Schutzrechtsverletzung.
- e) Nur wenn die Ursprungssorte Schutz genießt, kann der Inhaber dieser Sorte jeden anderen von der Verwertung jeder von ihr im Wesentlichen abgeleiteten Sorte ausschließen, unabhängig davon, ob die im Wesentlichen abgeleitete Sorte geschützt ist oder nicht. Wenn die

Ursprungsorte nicht oder nicht mehr geschützt ist, existiert kein Fall von Abhängigkeit und der Inhaber der Ursprungsorte kann keine Kontrolle über im Wesentlichen von ihr abgeleiteten Sorten ausüben.

## 2. Das EDV-Konzept als tatsächliche Ausweitung des Züchterrechtes und eine zeitliche Beschränkung der Züchterausschließung

- a) Der Inhaber einer geschützten Sorte kann jedermann von den in Artikel 14 (1) der UPOV-Konvention von 1991 aufgeführten Handlungen mit Vermehrungsmaterial (bzw. in bestimmten Fällen Erntegut) seiner Sorte ausschließen, also von der Produktion oder Reproduktion (Vermehrung), vom Aufbereiten zum Zweck der Vermehrung, vom Anbieten zum Verkauf, Verkauf oder anderem In-Verkehr-Bringen, vom Export, Import und vom Lagern zu diesen Zwecken.

In Artikel 14 der UPOV-Konvention von 1991 „Inhalt des Züchterrechts“ wurde Absatz 5 „Abgeleitete und bestimmte anderen Sorten“ eingefügt mit dem Ziel, die Rechte der Züchter zu stärken. Das zuvor genannte Recht der Züchter, Dritte von den oben aufgelisteten Handlungen auszuschließen, umfasst nicht länger nur die geschützte Sorte selbst, sondern auch Sorten, die von der geschützten Sorte im wesentlichen abgeleitet sind. Daher ist das EDV-Konzept eine tatsächliche Ausweitung des Sortenschutzrechts. Es ist nicht nur im Verhältnis des Schutzrechtinhabers einer Ursprungsorte und des Züchters einer davon im Wesentlichen abgeleiteten Sorte wirksam, sondern auch zwischen dem Schutzrechtinhaber und jedermann, der eine EDV in irgendeiner Form verwerten will.

- b) Andererseits ist das EDV-Konzept auch mit dem so genannten *Züchternvorbehalt* verknüpft. Der Züchternvorbehalt besagt, daß das Züchterrecht sich nicht erstreckt auf Handlungen zum Zweck der Schaffung neuer Sorten, sowie auf die Verwertung dieser neuen Sorten, es sei denn, diese neuen Sorten sind im wesentlichen abgeleitete Sorten. Daher begründet das EDV-Konzept zwar keine Beschränkung des freien Zuganges zu Ausgangsmaterial, aber eine temporäre Begrenzung der Verwertung von Sorten, wenn diese EDV sind.

CIOFORA befürwortet ausdrücklich den Züchternvorbehalt innerhalb der temporären Grenzen, die durch das EDV-Konzept festgelegt werden.

## 3. Welches Ziel verfolgt das EDV-Konzept?

Ziel des EDV-Konzeptes ist der Schutz von Ursprungsorten und des ausschließlichen Rechts des Schutzrechtinhabers, diese Ursprungsorten zu verwerten.

Im Bereich der vegetativ vermehrbaren Zierpflanzen- und Obstsorten ist das EDV-Konzept deshalb für die nachfolgenden zwei Gruppen von Sorten von besonderer Bedeutung:

- a) Sorten, die ausschließlich auf dem Genom der Ursprungsorte basieren und bei denen die genetische Struktur hochgradig konserviert ist, z. B. spontane und induzierte Mutanten<sup>1</sup>, GMO's und Apomikten<sup>2</sup> sowie
- b) Sorten, die aus Kreuzung und Selektion unter Einbeziehung der Ursprungsorte hervorgehen, im wesentlichen von der Ursprungsorte abgeleitet sind und dazu bestimmt sind, das ausschließliche Recht, die Ursprungsorte zu verwerten, zu umgehen (Plagiate oder me-too-Sorten).

---

<sup>1</sup> Mutanten treten als von der Ursprungsorte abweichende Individuen auf und können als somaklonale Varianten nach in vitro Kultur, abweichende Individuen in Klonvermehrungen der Ursprungsorte und nach anderen Prozeduren selektiert werden.

<sup>2</sup> Apomixis beschreibt die ungeschlechtliche Reproduktion von Pflanzen durch Samenbildung ohne Befruchtung, d.h. ohne die Vereinigung einer männlichen und einer weiblichen Gamete. Die männliche Gamete, wenn überhaupt einbezogen, dient nur dazu, die Teilung einer gametophytischen, mütterlichen Zelle zur Bildung einer Zygote, eines Embryos und eines Samens anzuregen.

## II. Die Auslegung des EDV - Konzeptes

### 1. Wann ist eine Sorte im Wesentlichen von einer anderen Sorte abgeleitet?

CIOPORA ist unter Berücksichtigung von Artikel 14 (5) (b) der UPOV-Konvention von 1991 der Auffassung, daß eine vegetativ vermehrbare Zierpflanzen- und Obstsorte als im wesentlichen von einer anderen Sorte (der Ursprungssorte) abgeleitet anzusehen ist, wenn sie

- a) sich deutlich von der Ursprungssorte unterscheidet,
- b) vorwiegend von der Ursprungssorte oder von einer Sorte abgeleitet ist, die selbst vorwiegend von der Ursprungssorte abgeleitet ist und
- c) abgesehen von den sich aus der Ableitung ergebenden Unterschieden, in der Ausprägung der wesentlichen Merkmale, die sich aus dem Genotyp oder der Kombination von Genotypen der Ursprungssorte ergeben, der Ursprungssorte entspricht.

Diese drei Voraussetzungen sind technischer Natur und werden wie folgt spezifiziert:

- sub a) Die EDV muß sich *deutlich* von der Ursprungssorte *unterscheiden*. Diese Voraussetzung zieht die Grenze zwischen einer EDV und einer Sorte, die sich nicht deutlich von einer geschützten Sorte im Sinne von Artikel 14 (5) (a) (ii) unterscheidet. Während die EDV eine eigenständige Sorte ist, die grundsätzlich Sortenschutz erlangen kann, fällt eine nicht deutlich von der geschützten Sorte unterscheidbare Sorte automatisch in den Schutzbereich der geschützten Sorte.

In diesem Zusammenhang bezieht sich der Begriff *deutlich unterscheiden* nur auf den Phänotyp der betreffenden Sorten und nicht auf deren Genotyp. CIOPORA befürwortet ausdrücklich den Ansatz, die Unterscheidbarkeit auf der Basis eines phänotypischen Vergleichs festzustellen.

- sub b) Die EDV muß *vorwiegend* von der Ursprungssorte oder von einer Sorte, die selbst vorwiegend von der Ursprungssorte abgeleitet ist, *abgeleitet sein*.

Es existiert keine allgemeine Definition für „vorwiegend abgeleitet“. Es können jedoch einige grundsätzliche Feststellungen getroffen werden:

- aa) Eine Sorte kann nur als vorwiegend von der Ursprungssorte abgeleitet betrachtet werden, wenn Material der Ursprungssorte oder von einer Sorte, die selbst vorwiegend von der Ursprungssorte abgeleitet ist, bei der Entwicklung der EDV verwendet wurde.
  - bb) Zusätzlich kann eine Sorte nur vorwiegend von *einer* Sorte abgeleitet sein, weil Artikel 14 (5) (b) (i) der UPOV-Konvention von 1991 feststellt, daß die EDV vorwiegend von *der* Ursprungssorte abgeleitet sein muß.
  - cc) Mutanten, GMO's und Apomikten sind nicht nur vorwiegend, sondern vollständig von der Ursprungssorte abgeleitet. Diese Sorten basieren ausschließlich auf dem Genom der Ursprungssorte und die genomische Struktur ist hochgradig konserviert.
  - dd) Bei me-too-Sorten ist unklar, in welchem Fall eine Sorte, die aus Kreuzung und Selektion hervorgeht, vorwiegend von einem ihrer Eltern abgeleitet ist. Diese Frage muß auf der Grundlage des Genoms der betroffenen Sorten beantwortet werden, und es ist Aufgabe der Züchter der einzelnen Arten einen Grenzwert festzulegen, oberhalb dessen vorwiegende Ableitung in diesen Fällen vorliegt. So lange derartige Grenzwerte nicht existieren, müssen die in eine Auseinandersetzung involvierten Parteien selber eine Lösung finden oder, wenn dieses misslingt, müssen Gerichte auf der Grundlage von Expertenmeinungen entscheiden.
- sub c) Schließlich muß eine EDV, mit Ausnahme der Unterschiede, die sich aus der Ableitung ergeben, in der Ausprägung der wesentlichen Merkmale mit der Ursprungssorte übereinstimmen.
    - aa) Der Wortlaut der UPOV-Konvention von 1991 ist in Bezug auf die Voraussetzung und den Umfang der phänotypischen Übereinstimmung von Ursprungssorte und EDV unklar und widersprüchlich. Gemäß Artikel 14 (5) (b) (i) scheint eine generelle Übereinstimmung

erforderlich zu sein, während gemäß Artikel 14 (5) (b) (iii) eine EDV mit der Ursprungsorte im wesentlichen übereinstimmen muß, mit Ausnahme der Unterschiede, die sich aus der Ableitung ergeben. Im Unterschied zum UPOV Text ist in der EU-Verordnung über den Gemeinschaftlichen Sortenschutz (Verordnung (EG) Nr. 2100/94) sowie in den Sortenschutzgesetzen anderer Länder dieser Widerspruch nicht enthalten.

- bb) Der Widerspruch in der UPOV-Konvention von 1991 darf nicht zu einer eingeschränkten Interpretation des EDV-Konzepts führen, da dies das EDV-Konzept für vegetativ vermehrbare Zierpflanzen- und Obstsorten bedeutungslos machen würde. Dies kann am Beispiel einer Farbmutante gezeigt werden: Diese behält das wesentliche Merkmal „Farbe“ der Ursprungsorte eindeutig nicht bei und könnte daher, würde man die enge Interpretation vertreten, nicht als EDV angesehen werden, obwohl sie als Mutante ein typisches Beispiel einer EDV ist und damit einer der Hauptgründe für die Einführung des EDV-Konzepts.
- cc) Eine ausgewogene Interpretation des EDV-Konzepts muß daher auch die neuen Tendenzen in der Entwicklung neuer Sorten berücksichtigen, z.B. Methoden der Entwicklung neuer Sorten unter Einsatz von Chemikalien und anderen Mutagenen, die es ermöglichen, Pflanzen zu erzeugen, die sich phänotypisch stark von der Mutterpflanze unterscheiden, ohne deren Genom und dessen Struktur wesentlich zu verändern. Daher begrenzt eine ausgewogene Interpretation nicht per se die Anzahl phänotypischer Unterschiede zwischen der Ursprungsorte und einer davon entwickelten EDV.
- dd) Soweit vegetativ vermehrbare Zierpflanzen- und Obstsorten betroffen sind, ergeben sich grundsätzlich alle phänotypischen Unterschiede zwischen Mutanten, GMO's und Apomikten einerseits und deren Ursprungsorten andererseits aus der Ableitung. Folglich existiert keine Obergrenze in der Anzahl phänotypischer Unterschiede zwischen einer Ursprungsorte und diesem Typ von EDV, weil sich alle Unterschiede aus der Ableitung ergeben.
- ee) Hinsichtlich von me-too-Sorten kann eine Sorte, die durch Kreuzung und Selektion geschaffen wurde, nur dann als EDV angesehen werden, wenn sie – zusätzlich zu den beiden Voraussetzungen die oben unter a) und b) genannt wurden – alle wesentlichen Merkmale der Ursprungsorte beibehält und nur Veränderungen in unwesentlichen Merkmalen aufweist.

In diesem Sinne soll eine Übereinstimmung in den wesentlichen Merkmalen auf der Basis des Phänotyps beurteilt werden. Aus der Liste botanischer Merkmale, die für jede Art in der entsprechenden UPOV-Prüfrichtlinie aufgeführt sind, sollen diejenigen Merkmale herangezogen werden, die für eine Verwertung der Sorte wesentlich sind (im Gegensatz zur DUS Prüfung, in der alle botanischen Merkmale aus der entsprechenden UPOV-Prüfrichtlinie bewertet werden, ohne dass eine Differenzierung nach wesentlichen und unwesentlichen Merkmalen vorgenommen wird).

Da bisher keine klare Differenzierung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Merkmalen von vegetativ vermehrbaren Zierpflanzen- und Obstarten existiert, kann dies für die jeweiligen Arten von den entsprechenden Züchtern beschlossen werden. So lange eine solche Differenzierung nicht vorliegt, müssen die in eine Auseinandersetzung involvierten Parteien selber Lösungen finden oder, wenn sie damit scheitern, müssen Gerichte auf der Basis von Expertenmeinungen entscheiden.

## 2. Schlussfolgerung

Als Konsequenz der vorausgegangenen Erläuterungen kann gefolgert werden, daß im Bereich der vegetativ vermehrbaren Zierpflanzen- und Obstsorten alle Mutanten, GMO's und Apomikten sowie me-too-Sorten als EDV anzusehen sind.

### III. Der Nachweis der Existenz einer EDV

Die größte Herausforderung für die Züchter vegetativ vermehrbarer Zierpflanzen- und Obstsorten ist es, eine praktikable Lösung zu finden, wie nachgewiesen werden kann, dass eine Sorte eine EDV einer anderen Sorte ist.

Grundsätzlich gilt, dass der Kläger für alle anspruchsbegründenden Tatsachen darlegungs- und beweispflichtig ist. In EDV-Fällen ist dieses besonders schwierig in Bezug auf die Frage, ob die vermutete EDV vorwiegend von der Ursprungssorte abgeleitet ist.

CIOPORA unterbreitet für die beiden Gruppen von EDV im Bereich der vegetativ vermehrbaren Zierpflanzen- und Obstsorten die folgende Lösung:

#### 1. Mutanten, GMO's und Apomikten

In einem EDV Streit über eine Mutante, einen GMO oder einen Apomikten ist es für den Kläger sehr schwierig, wenn nicht gar unmöglich zu beweisen, daß die vermutete EDV zu dieser Gruppe von Sorten gehört, da er üblicherweise nicht in der Lage ist, Zugang zu internen Informationen des Beklagten zu erhalten. Auf der anderen Seite ist es für den Beklagten relativ einfach zu beweisen, daß seine Sorte nicht zu dieser Gruppe von Sorten gehört, sondern aus Kreuzung und Selektion entstanden ist.

Daher sollte eine Umkehr der Beweislast erfolgen, wenn der Kläger Fakten vorlegt, die berechtigterweise darauf schließen lassen, daß die vermutete EDV eine Mutante, ein GMO oder einen Apomikt ist.

- a) CIOPORA ist der Auffassung, daß solche Fakten, die auf die Existenz von Mutanten, GMO's und Apomikten hinweisen, grundsätzlich auf einem Vergleich des Genoms der beiden streitbefangenen Sorten basieren sollen. Wenn der Kläger auf der Basis einer verlässlichen DNA-Analyse dem Gericht einen Jaccard Similaritätsindex zwischen 0,90 und 1,00 zwischen seiner Ursprungssorte und der vermuteten EDV vorlegt und nachweist, hat er einen *prima-facie-Beweis* erbracht, daß die vermutete EDV zu der zuvor genannten Gruppe von Sorten gehört. In diesem Fall hat der Beklagte zu beweisen, daß seine Sorte keine Mutante, kein GMO oder kein Apomikt von der Ursprungssorte oder von einer Sorte ist, die im Wesentlichen von der Ursprungssorte abgeleitet ist.
- b) Jedoch bedeutet dieser Grenzwert nicht, daß Sorten, die innerhalb des Grenzwertes liegen, automatisch EDV sind. Wenn eine Sorte z. B. 93% des Genoms einer anderen Sorte in sich trägt, aber durch Kreuzung und Selektion geschaffen wurde, gehört sie offensichtlich nicht zu der Gruppe von Mutanten, GMO's und Apomikten. Der Grenzwert in dieser Gruppe dient also nur dazu, die Beweislast umzukehren, nicht aber dazu, festzulegen, ob eine Sorte eine EDV ist oder nicht.
- c) Andererseits besagt der Grenzwert auch nicht, daß Sorten, die ihn unterschreiten, keine EDV sein können. Wenn z. B. eine Mutante nur 88% des Genoms der Ursprungssorte beinhaltet, muß sie dennoch als eine EDV angesehen werden. Jedoch tritt die Umkehr der Beweislast nicht ein, so daß der Kläger den vollständigen Beweis erbringen muß, daß die vermeintliche EDV eine Mutante aus seiner Ursprungssorte ist.
- d) Der Grenzwert von 0,90 wurde von CIOPORA gewählt, weil es sich für den Bereich der vegetativ vermehrbaren Zierpflanzen- und Obstsorten herausgestellt hat, daß dieser Wert ein geeigneter Trennwert ist zwischen Mutanten, GMO's und Apomikten auf der einen Seite und Sorten, die aus Kreuzung und Selektion hervorgehen, auf der anderen Seite. Wenn sich jedoch herausstellt, daß der Grenzwert für eine bestimmte Art nicht geeignet ist, ist es Sache der Züchter dieser Art, einen abweichenden Grenzwert zu vereinbaren. So lange keine artenspezifischen Grenzwerte existieren, schlägt CIOPORA vor, den generellen Grenzwert von 0,90 für die Umkehr der Beweislast in EDV Fällen, die Mutanten, GMO und Apomikten betreffen, zu verwenden.
- e) Soweit der Beklagte seine Zuchtaufzeichnungen verwendet, um zu beweisen, daß seine Sorte keine Mutante, kein GMO oder Apomikt ist, ist dieses Beweismittel kritisch zu bewerten. Ein zuverlässigeres Beweismittel stellt Material dar, daß der Beklagte von den Sorten vorlegt, die nach seiner Behauptung die Elternsorten seiner vermeintlichen EDV sind. In diesem Fall kann

wiederum mit Hilfe der DNA-Analyse nachgewiesen werden, ob die vom Beklagten vorgelegten Sorten die Eltern der neuen Sorte sein können oder nicht.

## 2. Me-too-Sorten

In einer Auseinandersetzung über me-too-Sorten ist es für den Kläger sehr schwierig, wenn nicht unmöglich, zu beweisen, daß seine Ursprungssorte bei der Entwicklung der vermuteten EDV verwendet wurde.

Daher schlägt CIOPORA folgendes vor: Wenn der Kläger dem Gericht eine genetische Übereinstimmung, die über dem Grenzwert für vorwiegende Ableitung<sup>3</sup> liegt und zusätzlich eine große phänotypische Übereinstimmung zwischen seiner geschützten Ursprungssorte und der vermuteten EDV<sup>4</sup> darlegt und beweist, hat der Beklagte zu beweisen, daß er keinen Gebrauch von der Ursprungssorte oder von einer Sorte, die vorwiegend von der Ursprungssorte abgeleitet ist, gemacht hat.

Ende des Dokuments<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Siehe Kapitel II.1.sub b) dd)

<sup>4</sup> Siehe Kapitel II.1.sub c) ee)

<sup>5</sup> Bei Vorliegen von Übersetzungen ist die Englische Fassung dieses Positionspapiers maßgeblich.