

# „Einheitspatent“ und Gerichtsbarkeit – Dringend gesucht: Die Rechtsgrundlage der „Opt-out“-Gebühr

Rechtsanwalt Dr. Inge Björn Stjerna, LL.M., Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz, Düsseldorf

Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

Ein beliebtes Diskussionsthema sind gegenwärtig die für das „Einheitspatent“ und die Verfahren beim Einheitlichen Patentgericht vorzusehenden Gebühren. Als Bestandteil der letzteren soll bekanntlich auch für die Ausoptierung („Opt-out“) aus der Zuständigkeit des Gerichts bzw. für die Rücknahme eines solchen Antrages eine Gebühr erhoben werden. Es fragt sich allerdings, wo die Rechtsgrundlage für eine solche „Opt-out“-Gebühr zu finden ist. Nach deutschem Verständnis ist eine solche schon aus verfassungsrechtlichen Gründen Grundvoraussetzung für die Zulässigkeit einer Gebührenerhebung, da diese in den grundrechtlichen Eigentumsschutz eingreift. Diesem Schutz können auch die einer Ausoptierung zugänglichen europäischen Patente bzw. Patentanmeldungen unterfallen, die geplante „Opt-out“-Gebühr hat insoweit den Anforderungen des deutschen Verfassungsrechts zu entsprechen. Ob sie dies tut, untersucht der folgende Beitrag.

## I. Die Ausoptierung nach Art. 83 EPGÜ

Bekanntlich soll sich die Zuständigkeit des Einheitlichen Patentgerichts neben den „Einheitspatenten“ auch auf die „klassischen“ europäischen Patente, also solche ohne „einheitliche Wirkung“, bzw. diesbezügliche Anmeldungen erstrecken, und zwar auch auf solche, deren Erteilung bzw. Anmeldung auf einen Zeitpunkt vor Inkrafttreten des Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht (EPGÜ) datiert (Art. 3 lit. c) und d) EPGÜ). Allerdings erlaubt Art. 83 EPGÜ, diese unter bestimmten Voraussetzungen von der Zuständigkeit des Gerichts auszunehmen (sog. Ausoptierung oder „Opt-out“), insoweit bleiben dann die nationalen Institutionen zuständig.

So kann der Inhaber oder Anmelder eines europäischen Patents (bzw. eines diesbezüglichen ergänzenden Schutz-zertifikats), das vor Ablauf der Übergangsfrist von sieben Jahren (Art. 83 (1) EPGÜ) erteilt oder angemeldet worden ist, die ausschließliche Zuständigkeit des Einheitlichen Patentgerichts unter den Voraussetzungen des Art. 83 (3) EPGÜ ausschließen. Dies ist sowohl für die vor Inkrafttreten des EPGÜ erteilten bzw. angemeldeten europäischen Patente als auch für diejenigen möglich, bei denen die Erteilung bzw. Anmeldung danach (und bis zum Ablauf der Übergangsfrist gemäß Art. 83 (1) EPGÜ) erfolgt. Dabei kann eine erfolgte Ausoptierung gemäß Art. 83 (4) EPGÜ rückgängig gemacht werden.

Bekanntermaßen ist vorgesehen, sowohl für die Ausoptierung als auch für den Rücktritt hiervon eine Gebühr zu erheben (nachfolgend einheitlich als „Opt-out“-Gebühr

bezeichnet).<sup>1</sup> In dem jüngsten „Consultation Document“ des Vorbereitenden Ausschusses wird hierfür eine Gebühr von jeweils EUR 80,- vorgeschlagen.<sup>2</sup>

Wichtiger als die Höhe dieses Betrages ist jedoch schon aus verfassungsrechtlichen Gründen die vorgeordnete Frage, ob überhaupt eine Gebühr erhoben werden darf, spricht eine gesetzliche Grundlage hierfür vorhanden ist.

## II. „Opt out“ und Grundrechtsschutz

Wie bereits an anderer Stelle<sup>3</sup> näher thematisiert, unterfallen Patente und Patentanmeldungen mit Wirkung für Deutschland – im Fall eines europäischen Patents hinsichtlich einer etwaigen deutschen Designation – dem Schutz der deutschen Grundrechte, insbesondere dem Schutz des Eigentums nach Art. 14 GG.<sup>4</sup>

Aus dem Zusammenhang mit der Situation beim Europäischen Patentamt<sup>5</sup> ist bekannt, dass der deutsche Grundrechtsschutz dem Grunde nach auch von internationalen Organisationen zu wahren ist, denn nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist eine Übertragung von deutschen Hoheitsrechten auf eine solche Organisation durch zwischenstaatliches Übereinkommen gemäß Art. 24 GG nur insoweit statthaft, wie diese einen dem Grundgesetz gleichwertigen Grundrechtsschutz gewährleistet.<sup>6</sup> Mit Inkrafttreten des EPGÜ würde auch das Einheitliche Patentgericht zu einer solchen Organisation, weshalb das EPGÜ im Hinblick auf seine Auswirkungen auf dem deutschen Grundrechtsschutz unterfallende Rechtspositionen an den Maßstäben des Grundgesetzes zu messen ist.

Jede Gebühr für die Handhabung einer geschützten Eigentumsposition ist ein Eingriff in den Schutzbereich des

<sup>1</sup> Vgl. den 17. Entwurf der Verfahrensregeln, Regeln 370 (2) (a), 5 (5) bzw. 5 (8), abrufbar unter [http://www.unified-patent-court.org/images/documents/UPC\\_Rules\\_of\\_Procedure\\_17th\\_Draft.pdf](http://www.unified-patent-court.org/images/documents/UPC_Rules_of_Procedure_17th_Draft.pdf).

<sup>2</sup> S. 11, Ziffer III., abrufbar unter [http://www.unified-patent-court.org/images/UPC\\_Court\\_Fees\\_and\\_Recoverable\\_Costs\\_Consultation\\_Document\\_FINAL.pdf](http://www.unified-patent-court.org/images/UPC_Court_Fees_and_Recoverable_Costs_Consultation_Document_FINAL.pdf).

<sup>3</sup> Stjerna, „Einheitspatent“ und Gerichtsbarkeit – Vereinbar mit dem Grundgesetz?, abrufbar in Deutsch und Englisch im Bereich „Einheitspatent“ auf [www.stjerna.de](http://www.stjerna.de).

<sup>4</sup> Vgl. BVerfGE 36, 281 (290 f.) = GRUR 1974, 142 (144).

<sup>5</sup> Vgl. hierzu Stjerna, „Einheitspatent“ und Gerichtsbarkeit – Schlussanträge des Generalanwalts: Von der Realität überholt, S. 5 f., abrufbar in Deutsch und Englisch auf [www.stjerna.de](http://www.stjerna.de).

<sup>6</sup> Hierzu grundlegend BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986, 2 BvR 197/83 – Solange II, Ziffer B.II.1.b); für die EMRK vgl. Europäische Kommission für Menschenrechte, Lenzing AG ./ Deutschland, Az. 39025/97, Entscheidung vom 09.09.1998.

Art. 14 (1) GG, da sie die Dispositionsfreiheit des Eigentümers verkürzt. Im Fall der einer Ausoptierung zugänglichen europäischen Patente bzw. Patentanmeldungen liegt diese Verkürzung darin, dass die Inanspruchnahme der nationalen Zivilgerichtsbarkeit für den Rechtsschutz hinsichtlich der geschützten Erfindung mit Inkrafttreten des EPGÜ von der Zahlung der „Opt-out“-Gebühr abhängig gemacht werden soll.

Problematisch ist dies vor allem für die bereits vor Inkrafttreten des EPGÜ erteilten bzw. angemeldeten europäischen Patente. Denn für diese ist vorgesehen, den Rechtsschutz – die sog. Verfahrensgarantie, die elementarer Bestandteil des Schutzbereichs des Art. 14 GG ist<sup>7</sup> – durch die Regelung in Art. 3 und 32 EPGÜ nachträglich von den ursprünglich zuständigen (Art. 64 (3) EPÜ) nationalen Gerichten auf das Einheitliche Patentgericht zu verlagern. Will der Berechtigte bei der ursprünglich bei Anmeldung bzw. Erteilung seines Schutzrechts bestehenden Rechtsschutzregelung – sprich der Zuständigkeit der nationalen Gerichte – verbleiben, muss er nach Art. 83 EPGÜ ausoptieren und die hierfür geforderte Gebühr entrichten. Er soll dann dafür zur Kasse gebeten werden, dass er von der Regelung Gebrauch machen möchte, die bei Erteilung bzw. Anmeldung seines Schutzrechts galt.

### III. Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes

Für diejenigen der Regelung des Art. 83 EPGÜ zugänglichen Patente und Patentanmeldungen, die dem Grundrechtsschutz des deutschen Grundgesetzes unterfallen, ist die Zulässigkeit eines derartigen Eingriffs an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Als elementare verfassungsrechtliche Grundvoraussetzung bedarf nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes jeder im grundrechtsrelevanten Bereich ergehende belastende Hoheitsakt einer entsprechenden gesetzlichen Rechts- bzw. Ermächtigungsgrundlage, die ihrerseits bestimmten Anforderungen genügen muss. Fehlt es an dieser, ist der Eingriff bereits deshalb unzulässig und somit verfassungswidrig.

#### 1. Rechtsgrundlage

Nach der Wesentlichkeitstheorie<sup>8</sup> des BVerfG ist zunächst erforderlich, dass alle für die Verwirklichung von Grundrechten wesentlichen Sachverhalte durch das Parlament selbst mittels eines formellen Parlamentsgesetzes geregelt werden und keine Delegation an andere Normgeber stattfindet.<sup>9</sup> Dritten dürfen demnach lediglich Entscheidungen ohne Grundrechtsrelevanz übertragen werden. Das BVerfG hat hierzu zuletzt erklärt:<sup>10</sup>

*„Der verfassungsrechtliche Grundsatz, dass in Grundrechte nur auf der Grundlage eines Gesetzes eingegriffen werden darf (Vorbehalt des Gesetzes), hat gerade den Sinn, die primäre Zuständigkeit für die Bewertung*

*von Grundrechtsbeschränkungen als wohlbegründet oder ungerechtfertigt zu bestimmen. Er stellt sicher, dass die Grenzen zwischen zulässigem und unzulässigem Grundrechtsgebrauch, zwischen zulässiger und unzulässiger Grundrechtseinschränkung nicht fallweise nach eigener Einschätzung von beliebigen Behörden oder Gerichten, sondern primär – in der Form eines allgemeinen Gesetzes – durch den Gesetzgeber gezogen werden.“*

#### 2. Inhaltliche Anforderungen

Darüber hinaus muss eine solche Ermächtigungsgrundlage durch Parlamentsgesetz neben seiner formellen Rechtmäßigkeit im Hinblick auf Zuständigkeit, Form und Verfahren auch inhaltlich bestimmten Anforderungen genügen, insbesondere den Grundsätzen der Bestimmtheit und der Verhältnismäßigkeit.<sup>11</sup>

##### a) Bestimmtheit

Der Bestimmtheitsgrundsatz erfordert, dass die Ermächtigungsgrundlage inhaltlich hinreichend bestimmt ist, sie also Inhalt, Zweck und Ausmaß des Eingriffs klar definiert, damit der Normadressat sein Verhalten darauf einstellen kann. Das BVerfG beschreibt dies wie folgt:<sup>12</sup>

*„Der Vorbehalt des Gesetzes gilt nicht nur für die materiellen, sondern auch für die formellen Eingriffsvoraussetzungen. Gesetzlicher Regelung bedürfen in verfahrensrechtlicher wie in materieller Hinsicht die für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlichen Fragen. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Eingriffs müssen hinreichend klar und bestimmt geregelt sein.“*

##### b) Verhältnismäßigkeit

Weiterhin muss die Ermächtigungsgrundlage dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Die autorisierte Maßnahme muss demnach einem legitimen Zweck dienen und zu dessen Verwirklichung geeignet, erforderlich und angemessen sein.<sup>13</sup>

### IV. Die „Opt-out“-Gebühr

Existiert für die Erhebung der „Opt-out“-Gebühr eine Rechtsgrundlage, die diesen Anforderungen genügt?

#### 1. Rechtsgrundlage?

Eine Rechtsgrundlage, die ausdrücklich die Erhebung einer „Opt-out“-Gebühr vorsieht, sucht man im EPGÜ vergeblich. Rein dem Sachzusammenhang nach sollte eine solche Gebühr eigentlich in Art. 83 EPGÜ geregelt sein, der die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Ausoptierung bestimmt. Dies ist jedoch nicht der Fall.

<sup>7</sup> Vgl. z. B. BVerfG E 61, 82 (113); 51, 150 (156); 49, 220 (225).

<sup>8</sup> Hierzu näher z. B. BVerfG E 98, 218 (251); 95, 267 (307 f.).

<sup>9</sup> Epping/Hillgruber/Huster/Rux, BeckOK GG, 24. Aufl. (2015), Art. 20, Rz. 179.

<sup>10</sup> BVerfG, 2 BvR 228/12, Beschluss vom 20.02.2013, Rz. 53.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu grundlegend Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Grundrechte, 30. Aufl. (2014), Rz. 285 ff.

<sup>12</sup> BVerfG, o. Fn. 10, Rz. 54.

<sup>13</sup> BVerfG, 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, Urteil vom 27.02.2008, Rz. 218 (m.w.N.) = E 120, 274 (318 f.).

## a) Art. 36 EPGÜ

Was das EPGÜ explizit vorsieht, ist die Erhebung von Gerichtsgebühren zur Finanzierung des Haushalts des Einheitlichen Patentgerichts (Art. 36 EPGÜ). Ergibt sich hieraus eine Rechtsgrundlage auch für die „Opt-out“-Gebühr? Art. 36 (3) EPGÜ befasst sich mit der Festsetzung der Gerichtsgebühren, ihrer Zusammensetzung und den hierbei dabei zu beachtenden Grundsätzen. Er bestimmt:

*„(3) Die Gerichtsgebühren werden vom Verwaltungsausschuss festgesetzt. Sie umfassen eine Festgebühr in Kombination mit einer streitwertabhängigen Gebühr oberhalb einer vorab festgesetzten Schwelle. Die Höhe der Gerichtsgebühren wird so festgesetzt, dass ein angemessenes Gleichgewicht zwischen dem Grundsatz eines fairen Zugangs zum Recht – insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen, Kleinstunternehmen, natürliche Personen, Organisationen ohne Erwerbszweck, Hochschulen und öffentliche Forschungseinrichtungen – und einer angemessenen Beteiligung der Parteien an den dem Gericht entstandenen Kosten gewährleistet ist, wobei der wirtschaftliche Nutzen für die beteiligten Parteien und das Ziel der Eigenfinanzierung und ausgeglichener Finanzmittel des Gerichts berücksichtigt werden. Die Höhe der Gerichtsgebühren wird vom Verwaltungsausschuss regelmäßig überprüft. Für kleine und mittlere Unternehmen und Kleinstunternehmen können gezielte Unterstützungsmaßnahmen in Betracht gezogen werden.“*

Von einer „Opt-out“-Gebühr ist keine Rede. Vielmehr wird deutlich, dass Gerichtsgebühren in diesem Sinne allein für die vor dem Gericht im Rahmen von dessen Zuständigkeit gemäß Art. 32 EPGÜ auszutragenden Streitigkeiten erhoben werden dürfen, nur diese Klagen haben im übrigen einen „Streitwert“ im Sinne von Art. 36 (3) 2 EPGÜ. Art. 36 EPGÜ ist keine taugliche Rechtsgrundlage für die Erhebung der „Opt-out“-Gebühr.

## b) Art. 41 EPGÜ

Dies wurde auch in der zwischen Juni und Oktober 2013 durchgeführten öffentlichen Anhörung zu den Verfahrensregeln angemerkt, in der mehrere Kommentatoren die Frage nach der Rechtsgrundlage der Gebühr aufwarfen.<sup>14</sup> Der Redaktionsausschuss merkte hierzu in Person von Prof. Tilmann ebenso überraschend wie knapp an:<sup>15</sup>

*„The legal basis for the opt-out-fee is Art. 41(1). The fee is a "detail of the opt-out-procedure".“*

Art. 41 (1) EPGÜ lautet:

*„(1) Die Verfahrensordnung regelt die Einzelheiten der Verfahren vor dem Gericht. Sie steht mit diesem Übereinkommen und der Satzung im Einklang.“*

<sup>14</sup> Vgl. „Responses to the Public Consultation on the Rules of Procedure of the UPC“, Dokument „Comprehensive Digest“, abrufbar unter <http://www.unified-patent-court.org/news/72-revised-16th-draft-of-the-rules-of-procedure>.

<sup>15</sup> a.a.O., S. 12, Abschnitt „Rule 5.3“.

Auch Art. 41 (1) EPGÜ erwähnt ein „Opt-out-Verfahren“ nicht. Vielmehr bezieht er sich auf „die Verfahren vor dem Gericht“ und deren nähere prozessuale Ausgestaltung, hinsichtlich derer auf die Verfahrensordnung verwiesen wird. Dabei scheint es naheliegend, unter diesen „Verfahren“ wiederum die in Art. 32 EPGÜ bestimmten Klagen zu verstehen, die der Zuständigkeit des Einheitlichen Patentgerichts unterfallen. Dass ein „Opt-out-Verfahren“ auch in Art. 32 EPGÜ nicht erwähnt wird, sei nur beiläufig angemerkt. Hinsichtlich einer Erhebung von Gerichtsgebühren für die besagten Klageverfahren mag der Verweis auf die Verfahrensordnung tragen, denn Art. 36 EPGÜ sieht deren Erhebung ausdrücklich vor und stellt damit die diesbezügliche Rechtsgrundlage dar, so dass die nähere Ausgestaltung dieser Gebühren in der Verfahrensordnung erfolgen kann.

Nach Ansicht von Prof. Tilmann und des Redaktionsausschusses stellt Art. 41 (1) EPGÜ die dementsprechende Rechtsgrundlage für die „Opt-out“-Gebühr dar, die in der Verfahrensordnung näher ausgestaltet wird. Um hinsichtlich der dem deutschen Grundrechtsschutz unterfallenden Patente und Patentanmeldungen im Sinne von Art. 83 EPGÜ einen Eingriff in die diesbezügliche Eigentumsposition tragen zu können, müsste dieser dann jedoch auch den oben erwähnten weiteren verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen.

## 2. Wesentlichkeitstheorie?

Nach der besagten Wesentlichkeitstheorie ist Grundvoraussetzung für einen Grundrechtseingriff wie er vorliegend im Hinblick auf Art. 14 GG in Rede steht, eine diesbezügliche Rechtsgrundlage in Form eines formellen Parlamentsgesetzes.

Die angebliche Rechtsgrundlage des Art. 41 (1) EPGÜ erwähnt eine Pflicht zur Zahlung einer „Opt-out“-Gebühr mit keinem Wort. Sie verweist hinsichtlich der prozessualen Ausgestaltung der „Verfahren vor dem Gericht“ auf die Verfahrensordnung, also auf untergesetzliches Recht, aus deren Regeln<sup>16</sup> 370 (2) (a), 5 (5) bzw. 5 (8) sich die Gebührenpflicht ergeben soll. Bekanntlich fällt die Erstellung der Verfahrensordnung in die Zuständigkeit des Vorbereitenden Ausschusses, der sie weitestgehend durch den sog. Redaktionsausschuss hat erarbeiten lassen, einem Gremium bestehend aus Richtern und Rechtsanwälten. Die finale Fassung der Verfahrensordnung ist vom Verwaltungsausschuss<sup>17</sup> des Einheitlichen Patentgerichts zu beschließen (Art. 41 (2) EPGÜ), der auch für Änderungen zuständig ist. In diesem gesamten Prozedere ist eine parlamentarische Beteiligung nicht erkennbar.

Es lässt sich schon angesichts des unzureichenden Wortlauts des Art. 41 (1) EPGÜ mit guten Gründen bezweifeln, dass dessen Regelungsgehalt die Erhebung einer „Opt-out“-Gebühr überhaupt umfasst. Bei diesem Verständnis würde die Erhebung einer solchen Gebühr und der damit einhergehende Grundrechtseingriff letztlich aufgrund der

<sup>16</sup> Gemäß dem 17. Entwurf der Verfahrensregeln, s. o. Fn. 1.

<sup>17</sup> Vgl. zu diesem Art. 12 EPGÜ.

Verfahrensordnung und damit der Entscheidung eines Verwaltungsausschusses jenseits parlamentarischen Einflusses erfolgen. Dies wäre dann genau die Konstellation, die durch die Wesentlichkeitstheorie gerade vermieden werden soll, nämlich die Selbstermächtigung eines der Exekutive zuzurechnenden Organs zur Vornahme eines Grundrechtseingriffs. Eine Gebührenerhebung wäre dann schon wegen dieses Verstoß gegen die Wesentlichkeitstheorie verfassungswidrig.

### **3. Bestimmtheit?**

Auch wenn man über diese grundlegenden Zweifel hinwegsehen und in Art. 41 (1) EPGÜ trotz seines diesbezüglichen Schweigens eine Regelung der „Opt-out“-Gebühr erblicken wollte, würde sich unmittelbar die Frage nach dessen hinreichender Bestimmtheit stellen. Die Vorschrift erwähnt die Erhebung einer solchen Gebühr – wie ausgeführt – mit keinem Wort, schon deshalb fehlt ihr die erforderliche Bestimmtheit nach Inhalt, Zweck und Ausmaß. Versteht man Art. 41 (1) EPGÜ als Rechtsgrundlage für die Gebührenerhebung, verstößt er jedenfalls gegen den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz.

### **4. Verhältnismäßigkeit?**

Selbst wenn man auch dies hinnehmen und Art. 41 (1) EPGÜ als hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage einer Gebührenerhebung ansehen wollte, müsste er dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.

Erste Voraussetzung hierfür wäre, dass die Gebührenerhebung einem legitimen Zweck dient.

Der Zweck der Erhebung der „Opt-out“-Gebühr ist vorrangig prohibitiver Natur. Sie soll verhindern, dass die der Zuständigkeit des Einheitlichen Patentgerichts nach Art. 3 EPGÜ zugewiesenen europäischen Patente bzw. Patentanmeldungen dieser durch Ausoptierung nach Art. 83 EPGÜ wieder entzogen werden und soll so gewährleisten, dass das Gericht von seiner Arbeitsaufnahme an hinreichend ausgelastet werden kann. Offenbar befürchtet man, dass die hierfür erforderlichen Fallzahlen anderenfalls infolge zahlreicher Ausoptierungen auf absehbare Zeit nicht zu erreichen sein werden.

Es dürfte schwerlich als legitimer Zweck für die Erhebung einer Gebühr und den damit verbundenen Eingriff in eine grundrechtlich geschützte Eigentumsposition anzusehen sein, dass hiermit die Auslastung einer neu zu schaffenden Gerichtsbarkeit gefördert werden soll. Befürchtet man, dass diese nicht hinreichend beschäftigt werden kann, stellt sich ohne weiteres die Frage nach dem Bedürfnis für ihre Schaffung. Ihre Arbeitsauslastung dadurch sicherzustellen, dass man bestimmte Nutzergruppen, z. T. nachträglich, in deren Zuständigkeit zwingt und eine „Flucht“ hieraus von der Zahlung einer Gebühr abhängig macht, ist kein legitimer Zweck für die Einschränkung eines Grundrechts wie des vorliegend in Rede stehenden Art. 14 GG.

Damit verletzt die Erhebung einer „Opt-out“-Gebühr aufgrund von Art. 41 (1) EPGÜ auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

### **5. Folgen des Fehlens einer Rechtsgrundlage**

Selbst wenn man also Art. 41 (1) EPGÜ eine Regelung der „Opt-out“-Gebühr entnehmen wollte, wäre diese aufgrund eines Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz rechtswidrig. Insofern hat die „Opt-out“-Gebühr – anders als z. B. die Gerichtsgebühren in Art. 36 EPGÜ – keine taugliche Rechtsgrundlage im EPGÜ, die in der Verfahrensordnung näher ausgestaltet werden könnte, die entsprechende Verweisung in Art. 41 (1) EPGÜ geht daher ins Leere.

Wird die „Opt-out“-Gebühr gleichwohl erhoben, liegt hierin für die dem deutschen Grundrechtsschutz unterfallenden europäischen Patente und Patentanmeldungen, die einer Ausoptierung nach Art. 83 EPGÜ zugänglich sind, schon wegen dieses Mangels ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG und damit ein Verfassungsverstoß. Dies gilt für jede für ein „Opt-out“ erhobene Gebühr, unabhängig von ihrer Höhe. Jeder Inhaber eines von einer solchen Gebührenerhebung betroffenen Patents bzw. einer betroffenen Patentanmeldung kann sich hiergegen vor dem BVerfG zur Wehr setzen.<sup>18</sup>

### **V. Ausblick**

Schon der Ansatz, die hinreichende Arbeitsauslastung einer neu zu schaffenden Gerichtsbarkeit dadurch fördern zu wollen, dass man den Gebrauch einer konkurrierenden Zuständigkeit von der Zahlung einer Gebühr abhängig macht, zeugt nicht unbedingt von großem Vertrauen und großer Zuversicht der Vertragsparteien hinsichtlich deren zu erwartender Akzeptanz. Dies wiederum nährt und verstärkt die Skepsis auf Seiten der Nutzer.

Gänzlich grotesk ist dieser Ansatz hinsichtlich der Patente und Patentanmeldungen, die vor Inkrafttreten des EPGÜ erteilt bzw. angemeldet wurden und damit zu einem Zeitpunkt, zu dem die neue Gerichtsbarkeit, dem diese nun nachträglich unterworfen werden sollen, noch gar nicht existierte. Solche Schutzrechte stehen unter dem bisherigen Rechtsschutzregime, dieses sollte für sie daher auch weiterhin kostenfrei genutzt werden dürfen.

Schon aufgrund der manifesten Zweifel an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer „Opt-out“-Gebühr sollte gänzlich auf diese verzichtet werden, zumal der in einem solchen Verzicht zum Ausdruck kommende Vertrauensvorschuss für das Einheitliche Patentgericht ein wichtiges Signal an die Nutzerkreise wäre.

Zu erwarten steht dies gleichwohl nicht. Über die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer solchen Gebühr und des Übereinkommens, das deren Erhebung ja angeblich vorsieht, wird daher möglicherweise noch zu sprechen sein.

\* \* \*

<sup>18</sup> Vgl. hierzu näher oben Fn. 3.