

III B4

z. d. A. 28.10.19 J. del

Von: Veh, Franziska
Gesendet: Montag, 24. Juni 2019 15:17
An: Karcher, Johannes
Cc: Weißflog, Vera
Betreff: AW: MinVL Vorgehen EPG - Bitte um Mitzeichnung

IV IV C 4

Lieber Herr Karcher,

vielen Dank für die Beteiligung. In Vertretung von Referat IV C 4 zeichne ich mit.

Beste Grüße

Franziska Veh
IV IV C 4 -

Von: Karcher, Johannes
Gesendet: Freitag, 21. Juni 2019 16:32:40 (UTC+01:00) Amsterdam, Berlin, Bern, Rom, Stockholm, Wien
An: Günther, Andreas - IVC2 -; Weißflog, Vera
Betreff: MinVL Vorgehen EPG - Bitte um Mitzeichnung

Lieber Andreas, liebe Vera,

anbei übersende ich den Entwurf einer Ministervorlage zum weiteren Vorgehen beim EPG. Die Anlage 1 enthält unsere gemeinsame, umfassende Bewertung der Brexit-Varianten aus völkerrechtlicher und europarechtlicher Sicht, die ich nur leicht gekürzt habe, so z.B. bei hilfswisen Überlegungen.

Für eine Mitzeichnung, nach Möglichkeit bis Montag, 24.6. DS wäre ich dankbar.

Viele Grüße

Johannes

III. B4

Z.d.A. 28.10.19 J.kel

Von: Günther, Andreas - IVC2 -
Gesendet: Montag, 24. Juni 2019 19:15
An: Karcher, Johannes
Cc: Weißflog, Vera; Gehrke, Angelika
Betreff: WG: MinVL Vorgehen EPG - Bitte um Mitzeichnung
Anlagen: 19_06_21 MinVL Vorgehen EPG_UALIIB.docx; 19_06_21 Anlage 1 - EPG und Brexit.docx; Anlage 2 - 2018-06-21 Courier BDI-MEDEF UPC and Brexit-Signé.pdf

Priorität: Hoch

Lieber Johannes,
ich zeichne mit.
Viele Grüße,
Andreas

-----Ursprüngliche Nachricht-----

Von: Karcher, Johannes
Gesendet: Freitag, 21. Juni 2019 16:33
An: Günther, Andreas - IVC2 -; Weißflog, Vera
Betreff: MinVL Vorgehen EPG - Bitte um Mitzeichnung
Wichtigkeit: Hoch

Lieber Andreas, liebe Vera,

anbei übersende ich den Entwurf einer Ministervorlage zum weiteren Vorgehen beim EPG. Die Anlage 1 enthält unsere gemeinsame, umfassende Bewertung der Brexit-Varianten aus völkerrechtlicher und europarechtlicher Sicht, die ich nur leicht gekürzt habe, so z.B. bei hilfsweisen Überlegungen.

Für eine Mitzeichnung, nach Möglichkeit bis Montag, 24.6. DS wäre ich dankbar.

Viele Grüße

Johannes

Abdruck

B M J V

III B 4 - 9516-31 299/2019

Berlin,

21. Juni 2019

Hausruf: [REDACTED]

\\bmjdatams.bmj.local
[REDACTED]

Referat: IIIB4 / PG
 Referatsleiter: Herr Karcher / Frau Dr. Pakuscher
 Referentin: Frau Dr. Koch

Eingang

03. JULI 2019

PS-Büro Lange

Betreff: Start des Einheitlichen PatentgerichtsAnlg.: - 2 -

Über

Herrn UAL IIIB

Herrn AL III

StabEU

das Kabinetttreferat

Frau Staatssekretärin a.i.

Frau Ministerin

mit der Bitte um Billigung vorgelegt.

Herr Parlamentarischer Staatssekretär Lange hat Abdruck
 erhalten.

I. Vermerk:

Es wird vorgeschlagen, dass DE den Start des Einheitlichen Patentgerichts und damit verbunden die Schaffung eines EU-Einheitspatents (zusammen: das europäische Patentpaket) alsbald möglich herbeiführt, wenn das BVerfG, dessen Entscheidung demnächst erwartet wird, die anhängige Verfassungsbeschwerde gegen das Vertragsgesetz zum Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht abweist.

Zusammenfassung

Der europäischen Wirtschaft würde mit dem europäischen Patentpaket das lang erwartete neue Instrumentarium zum Schutz ihrer Innovationen zur Verfügung gestellt und die aufgrund der Verzögerungen eingetretene Gefahr eines endgültigen Scheiterns gebannt. Im Hinblick auf die Bedeutung des britischen Marktes für die deutsche Industrie und die besondere Fachkompetenz der britischen Richterschaft sollte VK soweit wie möglich einbezogen werden. In rechtlicher Hinsicht legt sich die Bundesregierung auch bei einem zügigen Start vor dem Brexit hinsichtlich der Frage einer späteren dauerhaften britischen Beteiligung nicht endgültig fest. Für den Fall, dass auf der Grundlage der tatsächlichen Umstände des Brexit die rechtlichen und politischen Unwägbarkeiten einer britischen Beteiligung doch zu groß erscheinen, könnten die EU-MS erforderlichenfalls die Beendigung der Mitgliedschaft von VK durch eine völkerrechtliche Kündigung des Gerichtsübereinkommens gegenüber VK oder die Annahme eines unionsrechtlichen Charakters dieses Vertrages herbeiführen. Die damit zunächst verbundene Unsicherheit über eine langfristige Beteiligung von VK wiegt weniger schwer als der Vorteil, das System rechtssicher an Start zu bringen und die Ausgangslage für eine britische Beteiligung günstig zu gestalten.

1. Stand der Vorbereitungsarbeiten

Das **Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht (EPGÜ)** ist von 16 MS, darunter FR und VK ratifiziert worden (AT, BE, BG, DK, EE, FI, FR, IT, LT, LU, LV, MT, NL, PT, SE, VK). Für sein Inkrafttreten ist nur noch die Ratifikation durch DE erforderlich. Für das Inkrafttreten des Protokolls zur vorläufigen Anwendung des EPGÜ (Protokoll), nach dessen Regelungen zunächst die Arbeitsfähigkeit des Einheitlichen Patentgerichts (EPG) herzustellen ist, bevor das Übereinkommens selbst in Kraft treten kann, fehlt neben der deutschen Ratifikation noch eine weitere Zustimmung, die bis zum Sommer durch AT erwartet wird. **DE ist bisher aufgrund des noch anhängigen Verfassungsbeschwerdeverfahrens 2 BvR 739/17 an der Ratifikation des Protokolls und des Übereinkommens gehindert.**

Die Arbeiten im **Vorbereitenden Ausschuss der MS für das EPG** sind soweit abgeschlossen, dass verbleibende Maßnahmen in der Phase der vorläufigen Anwendung des EPGÜ erfolgen können (Konstituierung der Ausschüsse, Verabschiedung des Sekundärrechts wie z. B. der Verfahrensordnung, Auswahl und Ernennung von Richterinnen und Richtern, Aufstellung des Haushalts, Test der elektronischen Akte). Der **Engere Ausschuss des Verwaltungsrates der Europäischen Patentorganisation**, in dem die Implementierung für die Eintragung und Verwaltung des neuen EU-Einheitspatents gemäß der Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des einheitlichen Patentschutzes erfolgt, hat seine Arbeiten abgeschlossen. Sobald die EU-Verordnung mit dem Inkrafttreten des EPGÜ wirksam wird, können Anträge auf Eintragung des einheitlichen Patentschutzes durch das Europäische Patentamt bearbeitet werden.

2. Brexit

Mit dem **Beschluss der Staats- und Regierungschefs EUCO XT20013/19 BXT 38 vom 11. April 2019** (ER-Beschluss) ist das Datum für das Ausscheiden von VK aus der Union gemäß Artikel 50 Absatz 3 EUV auf den 31. Oktober 2019 verschoben worden. Damit bleibt **VK zunächst vollwirksamer MS der Union** mit allen Rechten und Pflichten (ER-Beschluss, EG 10). Für die Dauer der Geltung seiner EU-Mitgliedschaft kommen das Übereinkommen sowie die EU-Verordnungen zum einheitlichen Patentschutz unproblematisch auch in VK zur Anwendung.

Bei der Entscheidung über eine Ratifikation von Protokoll und EPGÜ durch DE sind mögliche **Auswirkungen eines Brexits auf das europäische Patentpaket** zu berücksichtigen. Wird der einheitliche Patentschutz durch die deutsche Ratifikation in Kraft gesetzt, muss gewährleistet sein, dass in rechtlicher Hinsicht **unabhängig vom späteren Ausgang beim Brexit ein funktionsfähiges System** entsteht. Diese Voraussetzung erscheint gegeben. Eine ausführliche Bewertung der Auswirkungen des Brexit auf das europäische Patentpaket ist dieser Vorlage beigelegt (**Anlage 1**).

a) Auswirkungen auf das Einheitliche Patentgericht

Scheidet VK am 1. November 2019 oder später tatsächlich aus der EU aus, verbleibt den übrigen MS in rechtlicher Hinsicht – unabhängig von der Frage, ob das Übereinkommen zu diesem Zeitpunkt bereits in Kraft getreten ist oder nicht – die **Möglichkeit, Klarheit über die weitere Beteiligung von VK am EPG zu schaffen**. Die MS müssen sich auf der späteren Grundlage der tatsächlich eingetretenen Brexit-Variante darüber verständigen, wie die Auswirkungen rechtlich zu bewerten sind. Zu den Varianten im Einzelnen:

aa) Hard Brexit

Scheidet VK ohne Austrittsvertrag aus der EU aus, kommt es für die Beteiligung von VK am EPG auf die Bewertung der Rechtsnatur des EPGÜ als ein völkerrechtlicher Vertrag oder als Bestandteil des Unionsrechts an. Wird das **EPGÜ als völkerrechtlicher Vertrag** verstanden (so fachliche Sicht BMJV und einer Gruppe der sog. „Likeminded MS“ (SE, DK, BE, NL, LU, AT, HU, FI, EE, LV), bliebe das Übereinkommen vom EU-Austritt unberührt und VK weiter Mitglied. Unionsrechtlich erschiene eine Beteiligung von VK auch als zukünftiger Drittstaat zulässig, weil der EuGH in seinem Gutachten A-1/09 zu der Vorläuferfassung des Übereinkommens keine EU-Mitgliedschaft als Beteiligungsvoraussetzung gefordert, sondern im Kern darauf abgestellt hat, dass ein Gerichtsübereinkommen den Vorrang und die Autonomie des Unionsrechts zu wahren hat. Zu deren Beachtung durch das EPG würde sich VK im EPGÜ auch als Drittstaat im Hinblick auf sein eigenes Staatsgebiet völkerrechtlich verbindlich verpflichten. Die (zunächst) fortdauernde Mitgliedschaft von VK könnte einvernehmlich beendet werden (Artikel 60 Absatz 2 Buchstabe a, 62 Absatz 1 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)).

Wird das **EPGÜ als Teil des Unionsrechts** verstanden (so FR, JD des Rates und der KOM und Task Force Artikel 50) scheidet VK mit dem Austritt aus der EU gleichzeitig automatisch aus dem EPGÜ aus. Das Übereinkommen würde unter den verbleibenden MS fortgesetzt. Die Bestimmung des EPGÜ, wonach eine der beiden Außenstellen der Zentralkammer erster Instanz in London angesiedelt ist, wäre nach den Grundsätzen der WVK dahin auszulegen, dass die dieser zugewiesenen Verfahren am Sitz der Zentralkammer in Paris oder – wofür DE sich in diesem Fall einsetzen müsste – seiner verbleibenden Außenstelle München verhandelt werden.

bb) Brexit mit Austrittsvertrag

Für den Fall, dass es doch noch zum Abschluss des Austrittsvertrages (AV) kommt, werden die Wirkungen des Austritts bis zum Ablauf der zweijährigen Übergangsfrist verschoben. Während der Dauer der Übergangsfrist wird VK nach Artikel 7 AV weiterhin als EU-MS behandelt; das Unionsrecht gilt in VK nach Artikel 127 AV fort. In diesem Fall würde VK zunächst am Patentpaket beteiligt bleiben. Die obige Frage, ob VK mit dem Wirksamwerden des Austritts aus der EU auch aus dem EPGÜ ausscheiden müsste oder als einem völkerrechtlichen Instrument beteiligt bliebe, würde sich erst zum Ablauf der Übergangsfrist stellen.

b) Auswirkungen auf das EU-Einheitspatent

In beiden Fällen (Hard Brexit und Austrittsvertrag) würde mit dem EU-Austritt von VK die Anwendbarkeit der EU-Verordnungen für den einheitlichen Patentschutz entfallen, sofern nicht in einem späteren Abkommen zwischen der EU und VK eine Erstreckung des EU-Einheitspatents auf VK (völkerrechtlich) vereinbart wird. Anmelder könnten zwischenzeitlich für das VK auf das europäische Bündelpatent ausweichen, für das ebenfalls das EPG zuständig sein wird.

3. Optionen beim Start des EPG

Bei einer positiven Entscheidung des BVerfG bieten sich der Bundesregierung für das Inkraftsetzen der europäischen Patenreform zwei Optionen:

- **Option 1 – Zeitnaher Start**

Die Ratifikation des Protokolls und später des Übereinkommens wird zeitnah vorgenommen und der Start des EPG herbeigeführt. Die Auswirkungen des Brexits werden je nach Ergebnis entsprechend den oben dargestellten Grundsätzen zu dem Zeitpunkt behandelt, zu dem sie sich einstellen.

- **Option 2 – Start nach Ergebnis beim Brexit**

Das Endergebnis des Brexits wird abgewartet, um auf dieser Grundlage zunächst Einvernehmen über die weitere britische Beteiligung herbeizuführen und sodann die Vereinbarungen zu ratifizieren.

Aus fachlicher Sicht wird die Option 1 befürwortet.

DE hat ein besonderes Interesse am neuen einheitlichen Patentschutz. **Insbesondere die deutsche Industrie**, auf die rd. 40 % aller an Anmelder aus Europa erteilten europäischen Patente entfallen, **wird** von dem verbesserten Schutz ihrer Erfindungen **profitieren**. Nach langjährigen Verhandlungen ist das Patentpaket 2012 (EU-Einheitspatent)/2013 (EPGÜ) verabschiedet worden. Die Vorbereitungsarbeiten sind praktisch abgeschlossen bis hin zum Aufbau der Infrastruktur für Kammern des Gerichts (in DE: Düsseldorf, Hamburg, Mannheim, München). Aufgrund des Verfassungsbeschwerdeverfahrens ist bereits eine deutliche Verzögerung eingetreten. Eine **weitere Verzögerung**, die bei Option 2 einträte, würde das bereits reduzierte Momentum zusätzlich schwächen und könnte auch die **Gefahr eines endgültigen Scheiterns** des Vorhabens begründen. Dies wiegt umso schwerer, als nicht absehbar erscheint, wann eine Klärung der Brexit-Frage erfolgt. Auch das Oktober Datum könnte erneut – z. B. im Szenario von Neuwahlen und eines zweiten Referendums in VK auch deutlich – verschoben werden. Diese Entwicklungen abzuwarten würde die eigene

Handlungsfähigkeit der Union stark einschränken, indem der Fortgang und ggf. Bestand des Reformvorhabens von den britischen Schwierigkeiten beim Verlassen der EU abhängig gemacht würden.

Wie zuletzt beim Besuch der britischen Premierministerin in DE betont, ist es Anliegen der Bundesregierung, ein so enges und freundschaftliches Verhältnis mit VK wie irgend möglich auch nach dem Austritt zu haben. In diesem Sinne entspricht es dem **deutschen patentfachlichen Interesse, möglichst auch VK in das zukünftige europäische Patentsystem einzubinden** und die Patentreform mit britischer Beteiligung noch während seiner EU-Mitgliedschaft an den Start zu bringen. Dadurch würde die Wahrscheinlichkeit einer dauerhaften Beteiligung von VK erhöht. Eine Beteiligung von VK ist im Hinblick auf die Bedeutung des britischen Marktes wichtig. Die **deutsche Industrie hat sich wiederholt in diesem Sinne geäußert und die weitere Einbindung von VK gefordert**, zuletzt im gemeinsamen Schreiben des BDI und des französischen Partnerverbandes MEDEF vom 21. Juni 2018 (**Anlage 2**). Schließlich spricht auch die besondere Fachkompetenz der britischen Richterschaft, die einen wichtigen Beitrag für eine erfolgreiche Arbeit des EPG leisten wird, deutlich für eine Einbeziehung von VK.

Für Problemstellungen und verbleibende Risiken, die sich aus einer britischen Beteiligung am einheitlichen Patentschutz ergeben können, erscheint **hinreichende Vorsorge** getragen: Unionsrechtlich erscheint eine Beteiligung von VK am EPG auch als ehemaliger EU-MS zulässig. Eine entsprechende Anpassung des EPGÜ wäre möglich. Der Einsatz britische Richter könnten in Bezug auf das EU-Einheitspatent eingeschränkt werden, sofern dieses nach dem Brexit nicht im Wege einer Vereinbarung der EU mit VK auf VK erstreckt worden ist. Ein späteres Ausscheiden von VK aus dem EPGÜ würde einem wirksamen Inkrafttreten des Vertrages nicht entgegenstehen.

Gleichzeitig bliebe DE flexibel, falls sich eine restriktive Linie bei den Verhandlungen zwischen der EU und VK zum zukünftigen Verhältnis abzeichnen sollte. In rechtlicher Hinsicht legt sich die Bundesregierung auch bei einem zügigen Start vor dem Brexit hinsichtlich der Frage einer dauerhaften britischen Beteiligung nicht endgültig fest. **Für den Fall**, dass auf der Grundlage der tatsächlichen Umstände des Brexit die **rechtlichen und politischen Unwägbarkeiten einer britischen Beteiligung doch zu groß** erscheinen, könnten die EU-MS erforderlichenfalls die **Beendigung der Mitgliedschaft von VK** durch eine völkerrechtliche Kündigung des Vertrages oder die Annahme eines unionsrechtlichen Charakters des Vertrages herbeiführen. In diesem Falle käme es zu einer Fortsetzung des Vorhabens unter den verbleibenden EU-MS.

4. Weiteres Vorgehen

Es wird vorgeschlagen, das weitere Vorgehen im Sinne der **Option 1** zunächst **innerhalb der Bundesregierung abzustimmen** und sodann im Hinblick auf einen europäischen Konsens unter den Beteiligten über die erforderlichen Schritte **mit den Vorsitzenden des Engeren Ausschusses des EPO-Verwaltungsrates und des Vorbereitenden Ausschusses der MS für das EPG zu beraten.**

II. Die Referate IVC2 und IVC4 haben am 24.6.2019 elektronisch mitgezeichnet.

**III. Wv. über Herrn AL III
Herrn UAL IIIB**

in Referat IIIB4 / PG

[REDACTED]

[REDACTED]

BMJV

Berlin, 21. Juni 2019

Rechtliche Bewertung der Auswirkungen möglicher Brexit-Szenarien auf die Europäische Patentreform

Das Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht (EPGÜ) ist zwischenzeitlich von 16 MS ratifiziert (AT, BE, BG, DK, EE, FI, FR, IT, LT, LU, LV, MT, NL, PT, SE, UK). Sein Inkrafttreten hängt lediglich noch von der Ratifikation durch DE ab. Hinsichtlich des Protokolls zur vorläufigen Anwendung der Verwaltungs- und Finanzbestimmungen, wonach vor Inkrafttreten des Übereinkommens zunächst die Arbeitsfähigkeit des Einheitlichen Patentgerichts (EPG) herzustellen ist, liegen 11 Zustimmungen vor (BE, BG, DK, EE, FI, FR, IT, LU, NL, SE, UK). Hier bedarf es noch der Ratifikation durch DE und eines weiteren MS. Zuletzt hat AT das Protokoll im Januar 2019 mit dem Ziel einer Ratifikation unterzeichnet, die voraussichtlich bis zum Sommer 2019 erfolgen wird.

Voraussetzung für eine deutsche Ratifikation von Übereinkommen und Protokoll ist zunächst, dass die gegen das Vertragsgesetz zu den beiden völkerrechtlichen Vereinbarungen gerichtete Verfassungsbeschwerde vom BVerfG abgewiesen wird und damit der Weg für eine deutsche Beteiligung am EPGÜ frei wird. Unabhängig von der Thematik der Verfassungsbeschwerde spielt für die Entscheidung über eine deutsche Ratifikation die Frage des Brexit und dessen Auswirkungen auf die europäische Patentreform eine zentrale Rolle. Dies umso mehr als die Modalitäten eines Austritts Großbritanniens aus der EU durch die Verschiebung des ursprünglich nach Artikel 50 EUV vorgesehenen Austrittsdatums vom 29. März 2019 nicht feststehen.

Vor dem Hintergrund der bestehenden Interessenlage (A, Seite 2) werden die folgenden möglichen Austrittsvarianten auf ihre Auswirkungen (B, Seite 2) untersucht:

1. Es kommt zu einer längerfristigen Verschiebung des Austritts (Seite 2);
2. Das zwischen der EU und VK ausgehandelte Austrittsabkommen wird abgeschlossen (Seite 4);
3. Es kommt zu einem „Hard Brexit“ (Seite 12).

Schließlich wird das Ergebnis der Untersuchung festgehalten (C, Seite 15).

A) Interessenlage

DE und seine innovative Industrie haben im Hinblick auf den wichtigen britischen Markt einerseits und die besondere Qualität der britischen Patentrechtsprechung andererseits ein klares Interesse an einer Einbeziehung von VK in das europäische Patentsystem. Das EPGÜ ist in Abkehr von dem früheren Ansatz für ein Europäisches Patentgericht, der eine Erweiterung des Europäischen Gerichtshofes um Patentstreitkammern vorsah, auf eine völkerrechtliche Grundlage gestellt worden, mit der eine neue zwischen den teilnehmenden MS errichtete internationale Organisation geschaffen wird. Anders als bei den EU-Patentverordnungen ist daher unter Berücksichtigung des DE-Interesses an einer Einziehung Großbritanniens auch nach einem Brexit grundsätzlich eine weitere Beteiligung von VK am EPG in Betracht zu ziehen.

FR, das aus Teilbereichen seiner Administration im Laufe der Verhandlungen zum EPGÜ wiederholt Zweifel an der Opportunität der völkerrechtlichen Konstruktion des EPG geäußert hatte, tendiert zu einer unionsrechtlichen Verortung des EPG mit der Konsequenz, dass VK mit einem Austritt aus der EU auch aus dem EPG ausscheiden müsste. Dahinter steht wohl auch die Erwartung, nach einem Ausscheiden des VK den Standort Paris um bisherige Zuständigkeiten der EPG-Zentralkammerabteilung London zu erweitern (oder ggf. diese Italien zuzuschreiben). Diese rechtliche Sichtweise, Ausscheiden des VK aus dem EPG nach dem Brexit, wird auch vom JD des Rates und der Brexit Task Force der Kommission eingenommen.

Soweit weitere MS sich erkennbar positionieren zeichnet sich ab, dass IT die französische Sichtweise teilt, während andere MS einer sog. „Likeminded Group“ wie SE, DK, BE, NL, LU, AT, HU, FI, EE, LV eine weitere britische Beteiligung anstreben.

B) Entwicklungsvarianten

1. Variante: Es kommt zu einer längerfristigen Verschiebung des Austritts

Im März 2019 ist es zu einer Verschiebung des ursprünglichen Austrittsdatums (29. März 2019) nach Artikel 50 EUV bis 31. Oktober 2019 gekommen; es ist nicht ausgeschlossen, dass es zu einer weiteren Verschiebung des Austritts kommt. Für die Dauer der Verschiebung und ggf. einer weiteren Verlängerung der Frist bleibt VK vollwirksames EU-Mitglied. Die EU-Patentverordnungen würden in der gesamten Union einschließlich VK

gelten. Das EPGÜ könnte – wie geplant – unter den beteiligten EU-MS in Kraft gesetzt werden. Gründe, die für ein Ausscheiden von VK aus EPGÜ sprechen könnten, würden erst nach Ablauf der Verschiebung mit dem Wirksamwerden des Austritts eintreten können.

Mögliche Haltungen in dieser Variante wären:

aa) Mit der deutschen Ratifikation wird bis zum Ausgang des Brexit-Prozesses abgewartet

Der Vorteil, die gesamte Dauer der Verschiebung des Austritts mit der Ratifizierung des EPGÜ abzuwarten, läge darin, dass die Bedingungen bekannt wären, unter denen der Start des Systems erfolgen würde und dementsprechend versucht werden könnte, vor dem Start eine einheitliche Haltung der MS zur Beteiligung von VK auf der Grundlage der tatsächlichen Entwicklung herbeizuführen. Nachteilig wäre aber, dass zunächst ein entsprechend langer möglicherweise mehrjähriger Zeitraum bis zum Ende der Verschiebung des Austritts abzuwarten wäre. Sodann wäre nach einem Austritt noch das Einvernehmen unter den beteiligten MS über den Umgang mit VK herzustellen. Bei einem derartigen Szenario bestünde die konkrete Gefahr, dass die europäische Patentreform so weit in die Zukunft verschoben würde, dass sie am Ende scheitert.

bb) Das EPGÜ wird zeitnah ratifiziert und damit die europäische Patentreform in Kraft gesetzt

Bis zum Austritt ist VK ein vollwertiges Mitglied der Union. Das EPGÜ könnte daher mit der Ratifizierung durch DE in Kraft treten und das EPG – mit VK – die Arbeit aufnehmen. Erst mit dem Austritt des VK stellt sich die Frage, ob VK auch aus dem EPGÜ ausscheidet (dazu s. u. 3. Variante Buchstabe a), Seite 12). Die Situation wäre also nicht anders, als wenn das EPGÜ bereits vor dem britischen Referendum in Kraft getreten wäre. Der Vorteil einer schnellen Ratifizierung durch DE wäre, dass das EPG alsbald an den Start gehen würde. Der Nachteil läge allenfalls darin, dass das EPG seine Arbeit belastet mit der Unsicherheit über den Verbleib des VK im EPGÜ aufnehmen würde. Da sich diese Frage erst mit dem Ausscheiden des VK stellen würde, würde bis dahin der Grundsatz gelten: „We will cross the bridge when we get there.“

Am Ende der Verschiebung würde ein Austrittsvertrag stehen oder es zu einem Hard Brexit kommen. Zu den inhaltlichen Gesichtspunkten s. Variante 2 und 3. In Verbindung mit Neuwahlen in VK oder einem zweiten Referendum könnte der Brexit aber auch ganz entfallen, so dass ein Inkrafttreten auf der ursprünglichen Grundlage keinerlei Probleme bereiten würde.

2. Variante: Das zwischen der EU und VK ausgehandelte Austrittsabkommen wird abgeschlossen

In dieser Variante wäre der zwischen der EU und VK geschlossene Austrittsvertrag (AV) anwendbar. Nach Artikel 126 AV käme es zu einer (verlängerbaren) Übergangszeit bis Ende 2020. Bis zum Ablauf dieser Übergangszeit wäre das Unionsrecht nach Artikel 127 AV in VK weiter anwendbar. In Bezug auf die europäische Patentreform führt dies zur Fortgeltung der EU-Patentverordnungen Nr. 1257/2012 und 1260/2012. Erst mit Ablauf der Übergangsfrist verlieren diese in VK ihre Wirkung, wenn nicht die Fortgeltung anderweitig, z. B. in einem Freihandelsabkommen, vereinbart wird. Auch im Rahmen dieser Variante wäre eine schnelle Ratifizierung durch DE daher grundsätzlich von Vorteil (s. o.). Welche Konsequenzen der Ablauf der Übergangsfrist für die Mitwirkung des VK im EPG hat, hängt davon ab, ob das Übereinkommen als Völkerrecht (b) oder als Unionsrecht (a) zu klassifizieren ist. Bei einer Bewertung als Unionsrecht ergeben sich eine Reihe rechtlicher und praktischer Unsicherheiten (s. u. cc) und dd)).

a) Das EPGÜ als Unionsrecht

FR, JD Rat und KOM sowie die KOM Task Force stufen das EPGÜ als Unionsrecht im Sinne des Austrittsvertrags ein. Nach Artikel 2 (a) (v) AV stellen auch völkerrechtliche Verträge ausnahmsweise Unionsrecht im Sinne des Austrittsvertrags dar, wenn diese von den EU-MS „in ihrer Eigenschaft als EU-MS“ geschlossen wurden. Dies wird unter Verweis auf die Regelungen in Artikel 1 Absatz 1¹, Artikel 2 Buchstabe b) EPGÜ so gesehen, wonach das EPG ein gemeinsames Gericht von beteiligten EU-Mitgliedstaaten ist.

Konsequenzen

aa) Inkrafttreten des EPGÜ

Für das Inkrafttreten des EPGÜ ist nach Artikel 89 Absatz 1 des Übereinkommens erforderlich, dass unter der Mindestanzahl von 13 Ratifikationen sich auch diejenigen der drei Mitgliedstaaten befinden, in denen es im Jahr vor der Unterzeichnung des Übereinkommens die meisten geltenden europäischen Patente gab.

Ist das Übereinkommen bereits in Kraft getreten (was auch noch während der Übergangszeit möglich wäre), würde für das EPGÜ durch ein späteres unionsrechtlich begründetes

¹ „Das Einheitliche Patentgericht ist ein gemeinsames Gericht der Vertragsmitgliedstaaten und unterliegt somit denselben Verpflichtungen nach dem Unionsrecht wie jedes nationale Gericht der Vertragsmitgliedstaaten.“

Ausscheiden von VK kein rechtliches Hindernis begründet. Denn das einmal nach Artikel 89 EPGÜ in Kraft getretene Übereinkommen wird in seiner Wirksamkeit nicht durch das Ausscheiden einer für das Inkrafttreten erforderlichen Vertragspartei berührt.

Scheidet VK vor Inkrafttreten des EPGÜ aus diesem aus, stellt sich die Frage, ob das EPGÜ überhaupt noch in Kraft treten kann. Diese Situation dürfte weniger in der vorliegenden Variante des Abschlusses eines Austrittsvertrags, sondern eher für den Fall eines baldigen harten Brexit relevant werden können und wird deshalb unten unter der 3. Variante behandelt.

bb) Automatisches Ausscheiden von VK aus dem EPGÜ nach der Übergangszeit

Als Konsequenz dieser Auffassung ergäbe sich, dass VK während der Übergangszeit weiterhin Vertragspartei des EPGÜ bliebe. Nach den Ausführungen des Juristischen Dienstes des Rates in der Sitzung der RatsAG Artikel 50 EUV vom 18. Mai 2018 entfielen mit dem durch Ablauf der Übergangszeit eintretenden Ende der Geltung des Unionsrechts in VK auch die Geltung des EPGÜ. VK würde demgemäß automatisch aus dem Vertrag ausscheiden.

cc) Während der Übergangszeit keine Teilnahme von VK an EPG-Gremien und keine britischen Richter

Aus der Anwendung des Austrittsvertrags zieht diese Auffassung des Weiteren den Schluss, dass das in Artikel 7 AV enthaltene Verbot der Beteiligung von VK an den Institutionen, Gremien und Agenturen der Europäischen Union auch für das EPG greift mit der Folge, dass VK auch während seiner Beteiligung am Vertrag in der Übergangszeit nicht in den Ausschüssen des Gerichts vertreten sein dürfe und auch keine Richter stellen könne.

Auch wenn diese Auffassung bei unionsrechtlicher Einordnung des EPGÜ konsequent erscheinen mag, lässt sich ihr entgegenhalten, dass es sich beim EPG nicht um eine EU-Institution handelt, sondern als gemeinsames Gericht der beteiligten Vertragsstaaten um eine eigenständige internationale Organisation. Internationale Organisationen werden von Artikel 7 AV nicht erfasst. Eine Beteiligung von VK als Drittstaat am EPG während der Übergangsfrist dürfte kaum vergleichbar sein mit einer Beteiligung an einer von der Vorschrift geregelten EU-Institution.

dd) Behandlung des Standorts der Zentralkammerabteilung in London nach Ausscheiden von VK

Nach einem unionsrechtlich bedingten Ausscheiden von VK aus dem EPGÜ stellt sich die Frage nach dem weiteren Schicksal der nach Artikel 7 Absatz 1 EPGÜ in London angesiedelten Zentralkammerabteilung. Konkrete Vorstellungen dazu sind von FR nicht bekannt. Denkbar erscheinen drei nachfolgend skizzierte Lösungswege. Für den Fall einer Verlagerung der Zentralkammerabteilung London sollte DE auf jeden Fall geltend machen, dass die Abteilung der Zentralkammer in München, zu deren Lasten die 2012 im politischen Kompromiss für die Errichtung eines Standorts in London ausgewählten Zuständigkeiten gingen, die betreffenden Verfahren nunmehr zugewiesen erhielte.

Lösung 1: Vertragsänderung

Im Wege einer zusätzlichen völkerrechtlichen Vereinbarung könnte der Standort London an einen anderen Ort verlegt werden. Problematisch wäre die Dauer einer solchen in den MS ratifikationsbedürftigen Änderung des EPGÜ. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass Gegenstand der Änderung eine Regelung wäre, die unmittelbare Auswirkung auf tatsächliche Verfahren vor dem EPG hätte. Anhängige Verfahren und neu erhobene Klagen müssten mit Ausscheiden von VK möglichst nahtlos an einen neuen Standort innerhalb der EU verlegt werden. Dies schiene im Wege einer Vertragsänderung nur schwer zu erreichen, auch wenn ein entsprechender Zusatzvertrag unter den verbleibenden Vertragsstaaten bereits während der Dauer der vorläufigen Anwendung des EPGÜ geschlossen würde.

Lösung 2: Vertragsauslegung

Zu denken wäre an die Möglichkeit einer ergänzenden Auslegung des EPGÜ nach den völkerrechtlichen Grundsätzen der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK). Gemäß Artikel 31 Abs. 3 Buchstabe c WVK ist bei der Auslegung einer Vorschrift jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz zu berücksichtigen. Insoweit könnte der EU-Austritt gemäß Artikel 50 EUV und das damit verbundene automatische Ausscheiden des VK aus dem EPGÜ einen im Sinne dieser Vorschrift zu berücksichtigenden Völkerrechtssatz darstellen. Eine Vorschrift in einem völkerrechtlichen Vertrag ist nach dem Grundsatz von Treu und Glauben in der Regel so auszulegen, dass sie mit den übrigen Vorschriften des Völkerrechts vereinbar ist und nicht gegen diese verstößt. Gemäß Artikel 32 Buchstabe b WVK ist ferner eine ergänzende Vertragsauslegung möglich, wenn die Auslegung nach Artikel 31 WVK zu einem offensichtlichen sinnwidrigen bzw. unvernünftigen Ergebnis führen würde.

Nach diesen Grundsätzen könnte argumentiert werden, dass die Vertragsparteien keine Standorte der gemeinsam errichteten internationalen Organisation in einem Nichtvertragsstaat errichten wollen, so dass nach Ausscheiden von VK aus dem Vertrag die Regelung des Standortes in London ins Leere liefe und damit keine Wirkung mehr entfaltet. Bei vernünftiger Würdigung von Sinn und Zweck des Vertrags erschiene eine interessengerechte Auslegung, dass die betreffenden Verfahren den bestehenden Organisationseinheiten der Zentralkammer in Paris und München zuzuordnen sind. Nach Artikel 7 Absatz 2 EPGÜ ist der Sitz der Zentralkammer in Paris. In München ist eine Abteilung dieser Zentralkammer angesiedelt. Wo die Zuständigkeiten konkret angesiedelt würden, dürfte im Ergebnis eine politische Frage sein. In diesem Zusammenhang könnten auch die Auslegungsregeln des Artikels 31 Abs. 3 Buchstabe a und b WVK fruchtbar gemacht werden. Nach dieser Vorschrift sind bei der Auslegung einer Vertragsbestimmung auch jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags sowie jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht, zu berücksichtigen. Es ist anerkannt, dass auf diesem Wege auch nachträgliche Änderungen der Vertragsauslegung sowohl durch Übereinkünfte als auch durch Übung möglich sind. Die späteren Übereinkünfte zwischen den Vertragsparteien müssen dabei nicht in der gleichen Form wie der Vertrag abgeschlossen werden. Zu bedenken ist allerdings, dass jedenfalls eine ausdrückliche Übereinkunft oder Erklärung Einstimmigkeit der Vertragsparteien voraussetzen dürfte.

Lösung 3: Änderung des Vertrages nach Artikel 87 Absatz 2 EPGÜ

Nach Artikel 87 Absatz 2 EPGÜ kann der Verwaltungsausschuss der Organisation das Übereinkommen im Beschlusswege ändern, um es mit einem internationalen Vertrag auf dem Gebiet des Patentwesens oder mit dem Unionsrecht in Einklang zu bringen. Beide Varianten kämen in Betracht. Eine Änderung des EPGÜ zum Abgleich mit Unionsrecht könnte darin liegen, dass ein Ausscheiden von VK aus dem EPGÜ und der Änderungsbedarf der Regelung zu den Zentralkammerstandorten durch Artikel 50 EUV i. V. m. dem Austrittsvertrag ausgelöst würde. Das EPGÜ stellt auch seinerseits einen „internationalen Vertrag auf dem Gebiet des Patentwesens“ dar, so dass sich argumentieren ließe, dass eine Änderung des Londoner Standortes letztlich eine Anpassung an den Inhalt, Sinn und Zweck des EPGÜ selbst darstellt, nachdem die betreffende Regelung durch Ausscheiden von VK gegenstandslos geworden ist.

Dieser Lösungsweg würde sich zweifellos schneller umsetzen lassen, als Lösungsweg 1. Zu bedenken wäre bei diesem Lösungsweg allerdings, dass eine Vertragsänderung nach Artikel 87 Absatz 3 EPGÜ erfordert, dass kein MS der Änderung widerspricht.

b) Das EPGÜ als völkerrechtlicher Vertrag

Nach der fachlichen Bewertung des BMJV, die von den „Likeminded Member States“ SE, DK, BE, NL, LU, AT, HU, FI, EE, LV geteilt wird, handelt es sich beim EPGÜ um einen klassischen völkerrechtlichen Vertrag, der von den Vertragsparteien nicht „in ihrer Eigenschaft als EU-MS“ abgeschlossen worden ist. Ein Abschluss in der Eigenschaft als EU-MS würde erfordern, dass die EU-MS auf unionsrechtlicher Grundlage ermächtigt bzw. beauftragt sind, eine Vereinbarung auf völkerrechtlichem Wege zu treffen. Ein derartiger Fall liegt z. B. vor beim „Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union (in der Fassung des Vertrags von Maastricht) über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften“ vom 26. Juli 1995. Ein derartiger Fall liegt beim EPGÜ nicht vor. Die von der Gegenauffassung zur Begründung des unionsrechtlichen Charakters des EPGÜ herangezogene Regelung in Artikel 2 Buchst. b), wonach die EPGÜ Vertragsstaaten EU-MS sein sollen, stellt nach unserer Lesart nicht den Geltungsgrund für den Vertragsschluss, sondern nur eine völkervertragsrechtliche Regelung zum Kreis der Beteiligten dar.

Der völkerrechtliche Charakter des EPGÜ ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des Übereinkommens. Der 2004 gescheiterte Anlauf zur Schaffung eines Europäischen Patentgerichts sah eine unionsrechtliche Ausgestaltung mit einer Erweiterung des EuGH um Patentstreitkammern vor. Als Reaktion auf das Scheitern setzt der gegenwärtige Ansatz auf eine völkerrechtliche Grundlage für das EPG, bei dem es sich unstreitig um eine internationale Organisation handelt.

Eine zentrale Rolle während der gesamten Dauer der Verhandlungen hat u. a. die Einstufung des Regelungsgehaltes des EPGÜ als Völkervertragsrecht gespielt. Vorschriften des materiellen Patentrechts, die im EPGÜ und nicht in der EU-Patentverordnung enthalten sind, bleiben Völkervertragsrecht mit der Folge, dass diese Bestimmungen nicht der Vorlageverpflichtung an den EuGH unterliegen. Zuletzt hatte diese Frage auf dem Gipfel der Staats- und Regierungschefs im Juni 2012 im Mittelpunkt gestanden, auf dem im Rahmen der abschließenden Einigung neben den Sitzfragen die Übertragung von Vorschriften des materiellen Patentrechts von der EU-Patentverordnung (dort Artikel 6 bis 8) in das

Übereinkommen (dort Artikel 24 bis 26) erfolgte mit dem Ziel einer völkerrechtlichen statt unionsrechtlichen Regelung der Materie.

Auch der EuGH hat im Verfahren C-146/13 das EPGÜ als Völkerrecht qualifiziert. ES hatte in diesem Verfahren unter anderem gerügt, dass die Vorschriften des EPGÜ nicht mit dem Unionsrecht vereinbar seien. Der EuGH hat diesen Klagegrund mit der Begründung als unzulässig zurückgewiesen, dass sich die Zuständigkeit des EuGH bei einer Klage i. S. v. Artikel 263 AEUV nicht auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer von den Mitgliedstaaten abgeschlossenen internationalen Übereinkunft erstrecke.

Auch bei einer völkerrechtlichen Qualifikation verbliebe hinsichtlich der Konsequenzen einer fortdauernden Beteiligung des VK am EPG ein gewisses rechtliches Restrisiko (aa-cc)), dem notfalls durch eine Beendigung der Mitgliedschaft des VK im EPGÜ begegnet werden könnte (dd)), so dass auch dieser Aspekt einer zügigen Ratifizierung des EPGÜ durch DE nicht im Wege stünde.

Konsequenzen

aa) Beteiligung von VK am EPGÜ auch nach dem Austritt aus der EU aber keine automatische Beteiligung am EU-Einheitspatent

Wird das EPGÜ als völkerrechtlicher Vertrag verstanden, so kann VK auch über seinen Austritt hinaus am EPG beteiligt bleiben. Sofern eine die EU-Patentverordnung durch völkerrechtlichen Vertrag zwischen der EU und VK erstreckt würde, bliebe VK sogar am Patentpaket insgesamt beteiligt. Die zunächst unionsrechtlich begründete einheitliche Wirkung von Unionspatenten würde damit völkerrechtlich über das Territorium der EU hinaus auf das VK erstreckt.

Ohne eine derartige völkerrechtliche Erstreckung der EU-Patentverordnung müssten Anmelder für das VK auf das europäische Bündelpatent ausweichen. Das EPG, das für beide Arten von Patenten zuständig ist, könnte über beide Schutzrechte allerdings in einem Verfahren entscheiden.

Was die Beteiligung britischer Richter anbetrifft, ließe das EPGÜ nach Artikel 8 Absatz 6 die Möglichkeit zu, dass die Geschäftsverteilung für Nichtigkeitsverfahren der Zentralkammerabteilung London vorsieht, dass der Spruchkörper ausschließlich mit Richtern aus EU-MS besetzt wird. Für Verletzungsverfahren wäre der Standort des EPG in London und die dafür nach Artikel 8 Absatz 3 EPGÜ zwingend vorgeschriebene Beteiligung von zwei britischen

Richter des EPG mangels Geltung des EU-Einheitspatent in VK nicht mehr im praktisch wichtigen Verletzungsgerichtsstand, sondern nur noch beim Wohnort des Beklagten in VK weiterhin auch für das EU-Einheitspatent zuständig. Dies erscheint nach international privatrechtlichen Grundsätzen vertretbar.

bb) Beachtung des Vorranges des Unionsrechts (Vereinbarkeit mit A-1/09)

Die Frage der unionsrechtlichen Zulässigkeit einer weiteren Beteiligung von VK am EPG wird von BMJV bejaht. Der EuGH hatte zur Vereinbarkeit eines auf Völkerrecht basierenden Gerichts mit dem Unionsrecht in seinem Gutachten A-1/09, in dem er zu einem Vorläuferentwurf für ein Gerichtsübereinkommen Stellung genommen hatte, im Kern darauf abgestellt, dass die Autonomie und der Vorrang des Unionsrechts sichergestellt sein müssen. Die Autonomie des Unionsrechts hat der EuGH seitdem auch in mehreren weiteren Gutachten (z. B. zum EMRK-Beitritt, zu Intra-EU-Schiedsgerichten, zu CETA) betont. Auch wenn die MS bei der Anpassung des Übereinkommens sich von der Erwägung leiten ließen, dass die einfachste und sicherste Lösung in einem Ausschluss jeglicher Drittstaatenbeteiligung liege, kommt es in der Sache entscheidend darauf an, ob ausreichende unionsrechtliche Garantien für die Autonomie des Unionsrechts bestehen.

Entsprechende Garantien sind in der Folge des Gutachtens in das EPGÜ eingefügt worden: Die Achtung und der Vorrang des Unionsrechts (Artikel 20 und 24), eine Pflicht zur Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen des EPG an den EuGH (Artikel 21) sowie die Haftung der Vertragsmitgliedstaaten für durch Unionsrechtsverstöße des EPG entstandene Schäden (Artikel 22). Mit der Ratifikation des Übereinkommens akzeptiert VK völkerrechtlich verbindlich diese unionsrechtliche Einhegung des EPG auch für das eigene Staatsgebiet ausdrücklich (wenn auch ohne originäre unionsrechtliche Verpflichtung). Lediglich die unmittelbar aus dem AEUV folgende Möglichkeit von Vertragsverletzungsverfahren bei unionswidrigem Verhalten des EPG ist auf EU-MS beschränkt. Aber auch hier erscheint das Unionsrecht ausreichend sanktioniert, da nach Artikel 23 EPGÜ solche Akte jedem Vertragsstaat einzeln und allen Vertragsstaaten gemeinsam zugerechnet werden. Alle beteiligten EU-MS bleiben auf diese Weise auch bei einem Verstoß der Londoner Kammer des EPG nach den Artikeln 258 ff. AEUV verantwortlich. Da das EPG daher weiterhin zumindest auch als gemeinsames Gericht der beteiligten EU-MS angesehen werden kann, besteht die Aussicht, dass der EuGH hier trotz Drittstaatenbeteiligung keinen Verstoß gegen das Primärrecht und die Autonomie des Unionsrechts annehmen wird. Nach Austritt aus der EU bliebe VK, das das EPGÜ und die daraus entstehenden Pflichten, völkerrechtlich nach Treu und Glauben zu erfüllen hat, nach den Artikeln 20 EPGÜ und 26 WVK seinerseits an das Ergebnis eines solchen Vertragsverfahrens gebunden.

cc) Anpassungsbedarf im EPGÜ

Im EPGÜ ist vorgesehen, dass die Vertragsmitgliedstaaten des Übereinkommens Mitgliedstaaten der EU sind (Artikel 2 Buchstaben b und c EPGÜ), was auf VK nach dem EU-Austritt nicht mehr zuträfe. Denkbar erschiene, für die Eigenschaft der EU-Mitgliedschaft der Vertragsmitgliedstaaten im Wege der Auslegung des Vertrages ebenfalls auf die Mitgliedschaft zum Zeitpunkt der Ratifikation abzustellen (s. u. 3. Variante, Buchstabe a) S. 12/13), so dass es auch für eine dauerhafte Beteiligung von VK als Drittstaat keiner Änderung des EPGÜ bedürfte. Hilfsweise könnte das Übereinkommen ausdrücklich entsprechend angepasst werden, z. B. dahin, dass nicht nur für die Frage des Inkrafttretens nach Artikel 89 EPGÜ die Eigenschaft der EU-Mitgliedschaft zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und Hinterlegung der Ratifikationsurkunde maßgeblich ist, sondern auch für eine dauerhafte Beteiligung von VK als Drittstaat ausreicht.

Eine vertragliche Vereinbarung zwischen der EU und VK zum Patentpaket, z. B. im Rahmen eines zukünftigen Freihandelsabkommens, könnte sich auf die Klarstellung einer dauerhaften Beteiligung von VK am EPGÜ erstrecken. Auf der Grundlage einer entsprechenden Vereinbarung könnte eine Anpassung des EPGÜ dann im Wege eines vereinfachten Verfahrens nach Artikel 87 Absatz 2 EPGÜ durch Beschluss des Verwaltungsausschusses des EPG geschehen, um dieses mit dem Unionsrecht bzw. einem internationalen Vertrag auf dem Gebiet des Patentwesens in Einklang zu bringen.

Alternativ oder für den Fall, dass ein MS der Änderung im Beschlusswege nach Artikel 87 Absatz 3 EPGÜ widerspricht, käme eine ratifikationsbedürftige Vertragsänderung in Betracht. Sie nähme einen für derartige Verfahren entsprechenden Zeitraum in Anspruch. Zwischenzeitlich verhielte VK sich nicht vertragskonform, was aber – das Einvernehmen der MS vorausgesetzt – rechtlich unschädlich wäre.

dd) Beendigung der britischen Mitgliedschaft im EPGÜ

Für den Fall, dass eine durch den EU-Austritt entstandene Rechtsunsicherheit nicht durch eine Anpassung des EPGÜ beseitigt würde, wäre auch eine Beendigung der Mitgliedschaft von VK im EPGÜ denkbar. In Ermangelung einer speziellen Regelung im EPGÜ zum Ausscheiden eines MS finden auch hier die allgemeinen Grundsätze des Völkervertragsrechts Anwendung, wie sie in der WVK niedergelegt sind. Nach Artikel 60 Absatz 2 Buchstabe a WVK berechtigt eine erhebliche Verletzung eines mehrseitigen Vertrags durch eine Vertragspartei die anderen Vertragsparteien, den Vertrag ganz oder teilweise zu suspendieren oder ihn zu beenden, entweder im Verhältnis zwischen Ihnen und

der vertragsbrüchigen Partei oder zwischen allen Vertragsparteien. Eine derartige Beendigung oder Suspendierung des Vertrages gegenüber einer Partei bedarf des Einvernehmens aller übrigen Vertragsparteien, so dass eine Beendigung oder Suspendierung am Widerspruch auch nur einer anderen Vertragspartei (mit Ausnahme des Verletzers) scheitern könnte. In Anbetracht eines EU-Austritts von VK könnte auch als „last resort“ auf Artikel 62 Absatz 1 WVK abgestellt werden. Danach kommt eine Beendigung eines Vertrages oder der Rücktritt bei einer grundlegenden Änderung der Umstände in Betracht, wenn diese ursprünglich eine wesentliche Grundlage für die Zustimmung der Vertragsparteien bildeten und die Vertragspflichten durch die Änderung tiefgreifend umgestaltet werden. Die Regelung soll eine Möglichkeit für Fälle bieten, in denen sich eine untragbare vertragliche Gemengelage entwickelt hat und andere Mittel, diese zu lösen, versagen. In materieller Hinsicht sind hier besondere Voraussetzungen zu erfüllen; zudem sehen Artikel 65 und 66 wie WVK ein besonderes Verfahren zur Erzielung einer Einigung vor. Letztlich ist auch in dieser Konstellation maßgeblich, dass sich die Vertragsstaaten insofern ebenfalls einig über eine Beendigung oder Rücktritt werden.

Im Falle eines Ausscheidens von VK durch eine solche Beendigung stellte sich ebenfalls die Frage nach dem Schicksal der Londoner Zentralkammer. Hier gelten die gleichen Grundsätze wie bei der unionsrechtlichen Bewertung des EPGÜ (dazu s. o., 2. Variante, Buchstabe a), S. 4). Die Zuständigkeiten der Zentralkammerabteilung London würden auf die Zentralkammer (Paris resp. München) übergehen.

3. Variante: Es kommt zum „Hard Brexit“

Ohne Abschluss des Austrittsvertrages kommt es bei einem (im Lichte jüngster Entwicklungen wieder zunehmend wahrscheinlicher werdenden) „Hard Brexit“ zu keiner Übergangsfrist. Stattdessen finden nach Artikel 50 EUV die EU-Verträge mit dem Wirksamwerden des Austritts in VK keine Anwendung mehr. Das mit den EU-Patentverordnungen Nr. 1257/2012 und 1260/2012 geschaffene EU-Einheitspatent würde sich mangels völkerrechtlicher Grundlage nicht auf VK erstrecken. Was das EPGÜ anbetrifft, hängt die Frage der weiteren Beteiligung des VK letztlich davon ab, ob das Übereinkommen als Unionsrecht oder als Völkerrecht zu klassifizieren ist.

a) Das EPGÜ als Unionsrecht

Diejenigen, die das EPGÜ als ein durch die Vertragsstaaten in ihrer Eigenschaft als EU-MS abgeschlossenen Vertrag bewerten, scheinen davon auszugehen, dass das EPGÜ – trotz seiner völkerrechtlichen Grundlage – auch ohne Qualifizierung in einem Austrittsvertrag zum

Unionsrecht im Sinne von Artikel 50 EUV gehört. Als Folge kommt es zum oben in Variante 2 unter Buchstabe a) beschriebenen automatischen Ausscheiden von VK und denselben damit verbundenen Konsequenzen (S. 4) mit dem Unterschied, dass ein Ausscheiden von VK ohne Übergangszeit zeitlich bereits früher eintreten würde.

Zusätzliche Konsequenzen

aa) Inkrafttreten des EPGÜ, wenn der EU-Austritt von VK vor Ratifikation des Übereinkommens durch DE erfolgt

Würde VK qua Unionsrecht bereits vor der Ratifikation des EPGÜ durch DE ausscheiden, stellte sich zusätzlich die Frage, ob das EPGÜ in seiner gegenwärtigen Fassung überhaupt noch wirksam in Kraft treten könnte. Nach Artikel 89 Absatz 1 EPGÜ wird das Inkrafttreten des Übereinkommens durch Hinterlegung von 13 Ratifikationen ausgelöst „einschließlich der Hinterlegung durch die drei Mitgliedstaaten, in denen es im Jahr vor der Unterzeichnung die meisten geltenden europäischen Patente gab“. In dem der Unterzeichnung des EPGÜ vorangehenden Jahr 2012 waren DE, FR und VK diejenigen drei Staaten, in denen die meisten europäischen Patente galten. Insofern wurde durch diese umschreibende Formulierung die Ratifikation dieser drei Staaten zur zwingenden Voraussetzung für den Start des EPG gemacht.

Zum einen könnte man hier auf die für die Zwecke des Inkrafttretens ausreichende Ratifizierung durch VK im Frühjahr 2018 abstellen. Ein Inkrafttreten des EPGÜ wäre demnach unproblematisch, wenn es hinsichtlich der von Artikel 89 EPGÜ geforderten EU-Mitgliedschaft der Vertragsstaaten auf den Zeitpunkt der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde ankäme. Entscheidend erscheint damit, zu welchem Zeitpunkt die britische Ratifikation wirksam erfolgt ist. Die Ratifikation ist die Abgabe der förmlichen Erklärung, durch die der Vertragsstaat im internationalen Bereich seine Zustimmung bekundet, durch den Vertrag gebunden zu sein (Artikel 2 Abs. 1 b) WVK). Während für Ratifikationen nach Inkrafttreten des EPGÜ in Artikel 89 Abs. 2 EPGÜ geregelt ist, dass deren Wirksamkeit am ersten Tag des vierten Monats nach Hinterlegung der Urkunde eintritt, gibt es für die das Inkrafttreten begründenden Ratifikationen keinen vergleichbaren Aufschub der Wirksamkeit, so dass insofern hier eine VK Ratifikation als EU-MS im Frühjahr 2018 anzunehmen wäre. Damit genügt die vorherige Ratifikation den Anforderungen des Artikels 89 Abs. 1 Alt. 2 EPGÜ.

Im Ergebnis könnte das EPGÜ nach dieser Auffassung auch bei vorzeitigem Ausscheiden von VK, welches vor einer Ratifikation durch DE erfolgte, noch in Kraft treten. Sicherer wäre

es allerdings, wenn die Ratifizierung durch DE noch vor dem Brexit erfolgte, was ebenfalls für eine zügige Ratifizierung (nach Entscheidung des BVerfG) spricht.

bb) Inkrafttreten des EPGÜ, wenn der EU-Austritt von VK nach der Ratifikation des Übereinkommens durch DE aber vor dessen Inkrafttreten erfolgt

Die vorstehenden Erwägungen gelten (erst recht) ebenso für den Fall, dass der Brexit nach der Ratifikation des Übereinkommens durch DE aber vor Inkrafttreten des EPGÜ erfolgt.

cc) Inkrafttreten des Protokolls zur vorläufigen Anwendung, wenn der EU-Austritt von VK vor Ratifikation des Protokolls durch DE erfolgt

Die Frage nach dem Inkrafttreten trotz Ausscheidens von VK aus der EU stellt sich auch bei dem notwendigerweise vor dem Übereinkommen anzuwendenden Protokoll zur vorläufigen Anwendung des Übereinkommens. Dieses sieht in Artikel 3 Absatz 1 unter Verzicht auf eine umschreibende Formulierung ausdrücklich vor, dass neben DE und FR auch VK dem Protokoll für sein Inkrafttreten zustimmen muss. Stellt man auf die Maßgeblichkeit der Ratifikation und die Qualität von VK als EU-MS im Zeitpunkt der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde ab (s. o. aa), S. 3), so ist das Inkrafttreten auch des Protokolls unproblematisch, da die Bindungswirkung des Protokolls durch VK am 7. Juli 2017 ebenfalls zu einem Zeitpunkt herbeigeführt wurde, zu dem die Eigenschaft als MS bestand.

dd) Standortfrage London

Zur Standortfrage London gelten die entsprechenden Ausführungen beim Ausscheiden von VK nach Ablauf der Übergangsfrist des Austrittsvertrages (Variante 2, Buchstabe a), S. 4). Es wäre im Wege einer Vertragsauslegung oder einer Vertragsänderung (klassischer Vertrag oder vereinfachte Änderung durch Beschluss des Verwaltungsausschusses nach Artikel 87 Abs. 2 EPGÜ) eine Verlagerung auf die verbleibende Zentralkammer (Paris, München) erforderlich.

b) Das EPGÜ als völkerrechtlicher Vertrag

Der Einordnung des EPGÜ als Unionsrecht ist allerdings entgegenzuhalten, dass Artikel 50 EUV lediglich davon spricht, dass „die Verträge“ keine Anwendung in dem ehemaligen EU-MS Staat finden, der ausgetreten ist. Völkerrechtliche Verträge, die – wie das EPGÜ – nicht unter Beteiligung der Union abgeschlossen worden sind, dürften nicht darunter fallen. In der oben diskutierten 2. Variante mit Austrittsvertrag werden Verträge, die MS in ihrer Eigenschaft als EU-MS geschlossen haben, erst durch die Vereinbarung in Artikel 2 (a) (v) AV zu Unionsrecht im Sinne des AV. Ohne AV gibt es diese Qualifizierung allerdings nicht; sie ließe sich auch kaum aus den geltenden unionsrechtlichen Grundlagen ableiten.

Wird das EPGÜ demnach als völkerrechtlicher Vertrag verstanden, so ergibt sich auch in dieser Variante, dass VK am EPGÜ beteiligt bleiben könnte, allerdings mangels gesonderter völkerrechtlicher Erstreckung ohne dass das EU-Einheitspatent in VK gelten würde.

Fraglich könnte sein, ob in dieser Variante die Beachtung der Autonomie und des Vorrangs des Unionsrechts gewahrt würde. Grundsätzlich ergibt sich keine abweichende rechtliche Beurteilung zu der Situation, in der VK erst nach einer Übergangszeit aus der Union ausscheidet (s. o. 2 b) bb), S. 10). In beiden Fällen bliebe VK nach dem Brexit als ehemaliger Mitgliedstaat völkerrechtlich an den Vorrang des Unionsrechts gebunden. Neben der rechtlichen Bewertung stellt sich allerdings die Frage der politischen Akzeptanz einer weiteren britischen Beteiligung im Falle eines Hard Brexit. Diese Frage wäre auf der Grundlage der tatsächlichen Entwicklungen durch die Bundesregierung unter Berücksichtigung der gesamtpolitischen Lage zu entscheiden.

Eine Beendigung der Mitgliedschaft von VK im EPGÜ wäre durch einvernehmliche Beendigung der anderen Vertragsparteien nach Artikeln 60 Absatz 2 Buchstabe a WVK oder unter Annahme der besonderen Voraussetzungen von Artikel 62 Absatz 1 WVK möglich.

C. Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten:

Im Lichte des Gutachtens des Gerichtshofes A 1/09 erscheint aus unionsrechtlicher Sicht eine Beteiligung von VK am EPGÜ als Drittstaat grundsätzlich möglich, sofern das EPGÜ völkerrechtlich qualifiziert wird.

Das EPGÜ und sein Protokoll zur vorläufigen Anwendung können durch Vornahme der deutschen Ratifikation auch im Falle eines Brexit unabhängig von der Frage wirksam in Kraft treten,

- ob das EPGÜ als völkerrechtlicher Vertrag oder als Unionsrecht im Sinne des Austrittsvertrages zwischen der EU und VK zu werten ist,
- wann die Hinterlegung der Ratifikationsurkunde durch DE – ob vor oder nach dem Ausscheiden von VK aus der Union – erfolgt,
- wann das EPGÜ – ob vor oder nach dem Ausscheiden von VK – in Kraft tritt.

Scheidet VK aus dem EPGÜ aus, könnte dem EPGÜ im Wege der Auslegung ohne Änderung seines Wortlauts entnommen werden, dass die Zuständigkeiten der Zentralkammerabteilung London auf die Zentralkammer des Gerichts (Paris bzw. München) übergehen. Dies gilt gleichermaßen sowohl für ein Ausscheiden aufgrund Unionsrechts als auch im Falle einer völkerrechtlichen Kündigung des EPGÜ durch die übrigen Vertragsstaaten.

Bei der Entscheidung über den Zeitpunkt der deutschen Ratifikation wird darüber zu befinden sein, ob mit der DE-Ratifikation auch im Falle eines positiven Votums des BVerfG bis zum Ausgang des Brexit-Prozesses weiter zugewartet werden soll, oder ob einer zügigen Ratifikation des EPGÜ der Vorzug zu geben ist, um die europäische Patentreform zur Wirksamkeit zu bringen. Für einen Start bestünde ausreichende Flexibilität, da das EPGÜ zunächst in Kraft gesetzt und über die Frage der dauerhaften Beteiligung von VK später entschieden werden könnte, wenn die Bedingungen des Brexit feststehen.



Herrn MinDirig Dr. Christoph Ernst
 Leiter Unterabteilung III B
 Bundesministerium der Justiz und für
 Verbraucherschutz
 11015 Berlin

21. June 2018

Page
 1 of 2

Subject: entry into operation of the Unified Patent Court and the Unitary Patent with the broadest possible geographical coverage

Dear Mr Ernst, *dear Christoph,*

The German and French innovative industries have noted with great satisfaction the recent ratification of the Agreement on a Unified Patent Court by the United Kingdom. This is one of the last missing steps towards the entry into operation of the Unitary Patent system.

As you know this reform of the patent system in Europe, which is long overdue, is expected to stimulate innovation, economic growth and competitiveness in Europe and provide a useful tool within the international competition. At a time of economic pressure on key European industries and within the context of trade instability this is more important than ever.

We would like to draw to your attention that for the French and German industries it is important that the Unitary Patent system enters into force with the broadest possible geographical coverage in order to produce the expected economic benefits. For this reason, those countries who have not yet launched the process of ratification of the Agreement on the Unified Patent Court should be encouraged to do so.

Moreover, and more importantly, solutions should be found which allow for the continuous participation of the United Kingdom in the new system after the latter's exit from the European Union. If the new system does not cover the United Kingdom this could result in significant costs and complexity for French and German companies wanting to export innovative products into the United Kingdom and seeking to protect their inventions there, which could result in barriers to trade considering the very high cost of the UK litigation system.

We understand that there may be some political and legal concern relating to the continuous participation of the United Kingdom in the Unified Patent Court and the Unitary Patent but we trust that these can be overcome. We want to recall that the Unified Patent Court is not an EU body but an independent, international organization created by an international Treaty. This fully justifies the participation of the United Kingdom even after its exit from the EU. Likewise, the Unitary Patent is no EU title but a European patent granted by the European Patent Office under the framework of the European Patent Convention in which the United Kingdom will also continue to participate. The unitary effect which can be attached to such a European patent after grant is, although implemented by two EU Regulations, based on Article 142 of this Convention.

Consequently, we hope that these specificities which clearly distinguish the Unified Patent Court and the Unitary Patent from EU bodies and EU intellectual property rights will be duly taken account of and the participation of the United Kingdom in both projects will be secured.

It is inevitable that the exit of the United Kingdom from the European Union will lead to adverse economic effects for French and German companies. However, the adverse effects of the exit should be limited to what is inevitable and should not be extended to projects where an exit of the United Kingdom is not a necessary consequence of its exit from the European Union and which therefore should not be affected by the Brexit.

With kind regards



Iris Plöger
Member of the Executive Board
of BDI



Michel Guillaud
Director General of MEDEF

BDI
Breite Straße 29
10178 Berlin
Tél : 00 49 30 20 28
Internet : www.bdi.eu

MEDEF
55, avenue Bosquet
75330 Paris Cedex 07
Tél : 01 53 59
Internet : www.medef.com