

Die europäische Patentreform – Die deutschen Staatsgewalten im Verfassungsbeschwerdeverfahren 2 BvR 739/17 (Teil 1 von 2)

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

Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

Der Autor dieses Beitrags hat aufgrund des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes („IFG“) umfassende Unterlagen über die europäische Patentreform insbesondere vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz („BMJV“) erlangt. Ein Teil dieser Unterlagen wurde bereits veröffentlicht.¹ Zu den aufschlussreichsten dieser Dokumente gehören die Akten des BMJV zum ersten Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen die Ratifikation des Übereinkommens über ein Einheitliches Patentgericht („EPGÜ“) (Az. 2 BvR 739/17), das der Autor am 31.03.2017 eingeleitet hatte und in dem das BVerfG im März 2020 bekanntlich erstmals überhaupt die Ratifikation eines internationalen Übereinkommens durch die BR Deutschland für nichtig erklärte. Das BMJV hat einen erheblichen Teil dieser Akten zugänglich gemacht, die dessen Aktivitäten während der gesamten Verfahrensdauer widerspiegeln. Einige Dokumente daraus sollen in diesem Beitrag näher dargestellt werden. Der Artikel wird in [Teil 2](#) fortgesetzt und abgeschlossen.

I. Die Zugänglichmachung amtlicher Informationen zur europäischen Patentreform aufgrund des Informationsfreiheitsgesetzes

Generell darf man hier wie auch sonst nicht davon ausgehen, dass erkennbar brisante Aussagen überhaupt zu den Akten gelangen bzw. aufgrund der Informationsfreiheitsgesetze zugänglich gemacht werden. Gerade im Zusammenhang mit der europäischen Patentreform wurde insbesondere seitens des BMJV wiederholt die Zugänglichmachung von Unterlagen unter Verweis auf angeblich einschlägige Ausschlussgründe verweigert, z. B. wegen drohender nachteiliger Auswirkungen auf internationale Beziehungen (§ 3 Nr. 1 a) IFG) oder der notwendigen Vertraulichkeit internationaler Verhandlungen (§ 3 Nr. 3 a) IFG). Der Autor dieses Beitrags hatte dies in zwei Fällen vor dem Bundesverwaltungsgericht überprüfen lassen, das jedoch der Bundesregierung unter Verweis auf eine gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Beurteilungs- und Einschätzungsprärogative weitgehend freie Hand gewährte.²

Der vorliegende Beitrag stellt einige vom BMJV zugänglich gemachte Dokumente aus dessen Akten zum

Verfassungsbeschwerdeverfahren 2 BvR 739/17 vor, die mitunter aufschlussreiche Blicke hinter die Kulissen erlauben.

Aufgrund des IFG zugänglich gemachte amtliche Informationen stehen jedermann zur Einsicht zur Verfügung, interessierte Personen können die entsprechenden Dokumente auf www.stjerna.de abrufen. In den Dokumenten enthaltene Ausgrauungen stammen vom Autor und beziehen sich im Regelfall auf Kontaktdaten.

Die Positionen der auf Seiten des BMJV mitwirkenden Personen sind einem Organigramm³ des Ministeriums vom 01.10.2017 zu entnehmen.

I. Die Zustellung der Verfassungsbeschwerde und Austausch des BMJV hierüber mit Dritten

Bemerkenswert ist zunächst, dass die „European Patent Lawyers Association“ („EPLAW“) die Verfassungsbeschwerde offenbar noch vor der deutschen Bundesregierung erhalten hat. So heißt es in einer E-Mail der Irene Pakuscher aus dem für die europäische Patentreform zuständigen BMJV-Referat III B 4 vom 22.08.2017 an Herrn Dr. Thomas Barth, BMJV-Referat IV A 3 (Zuständigkeit für Verfassungsgerichtsbarkeit und Justizverfassungsrecht):⁴

„Lieber Herr Barth,

mit nachfolgender email an Herrn Karcher informiert [durch das BMJV geschwärzt] darüber, dass das Bundesverfassungsgericht der European Patent Lawyers Association (EPLAW) die o. g. Verfassungsbeschwerde zur Stellungnahme bis zum 30. Oktober 2017 zugeleitet habe. [Durch das BMJV geschwärzt] geht davon aus, dass auch die Bundesregierung zur Stellungnahme aufgefordert worden sei und bittet um Überlassung einer Kopie der VB zum persönlichen Gebrauch.

Ich bitte dafür Sorge zu tragen, dass nunmehr auch die Bundesregierung (BMJV) so schnell wie möglich Kenntnis von der Verfassungsbeschwerde erhält.“

Von wem die besagte Information stammte, wollte das BMJV unbedingt für sich behalten. Die Bitte um Übermittlung eines Schriftsatzes „zum persönlichen Gebrauch“ hatte jedoch in der Vergangenheit bereits einmal eine Rolle gespielt, nämlich in den Verfahren vor dem

¹ Vgl. www.stjerna.de/ifg/.

² Vgl. VG Berlin, 2 K 72.18 und [BVerwG, 20 F 4.20](#); VG Berlin, 2 K 73.18 und [BVerwG, 20 F 5.20](#).

³ Vgl. www.stjerna.de/files/171001_BMJV_Organisationsplan.pdf.

⁴ Vgl. [Dokument 20061.1.pdf](#), S. 8.

EuGH über die Nichtigkeitsklagen Spaniens gegen die Verordnungen zum „Einheitspatent“ (Verfahren C-146/13 und C-147/13). Damals hatte das BMJV Herrn Prof. Tilmann die Klageschrift Spaniens zur Verfügung gestellt, der ihre Inhalte daraufhin in einem Artikel öffentlich gemacht und kommentiert hatte.⁵

Besagte Frau Pakuscher hatte übrigens im Jahr 2015 ein rechtliches Vorgehen des BMJV gegen den Autor dieses Beitrags prüfen lassen, weil dieser seine diesbezügliche Korrespondenz mit Dr. Stefan Walz, dem damaligen Leiter des Referats Patentrecht im BMJ, veröffentlicht hatte.⁶

In einer E-Mail vom Folgetag an Cornelia Knapp, BMJV-Referat IV A 3, teilte Frau Pakuscher mit:⁷

„Herr UAL III B hat mich gerade angerufen wegen der gestrigen email von [durch das BMJV geschwärzt] zur Übersendung der Verfassungsbeschwerde an EPLaW zur Stellungnahme bis 30. Oktober.“

Herr UAL III B bittet darum dafür zu sorgen, dass nunmehr auch der Bundesregierung die Verfassungsbeschwerde zugestellt wird und dass sie vom Bundesverfassungsgericht um eine Stellungnahme gebeten wird.“

„Herr UAL III B“ ist der Leiter der Unterabteilung III B des BMJV, Herr Dr. Christoph Ernst. Wie es sich veranlassen lässt, dass die Verfassungsbeschwerde „nunmehr auch der Bundesregierung“ zugestellt wird und dass diese vom Gericht um eine Stellungnahme gebeten wird, ist hier nicht bekannt. Das hiesige Verständnis war hier seinerzeit, dass das BVerfG Herrin des Verfahrens ist und hierüber allein entscheidet. Dies muss jedoch nicht zwingend der Fall sein. Zumindest klingt die besagte Nachricht so, als ließe sich die Einräumung solcher Stellungnahmegelegenheiten forcieren.

Das BMJV erhielt das Zuleitungsschreiben des BVerfG mit der Verfassungsbeschwerde am 23.08.2017, verbunden mit der Gelegenheit zur Stellungnahme nach § 27a BVerfGG zunächst bis zum 31.10.2017.⁸ Auf Antrag der Bundesregierung, die auf den „erheblichen Umfang der Verfassungsbeschwerde und die Komplexität der Materie“ verwies, wurde die Frist später bis zum 31.12.2017 verlängert.⁹ Das Bundeskanzleramt wies die Verfassungsbeschwerde dem BMJV zur federführenden Bearbeitung im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Inneren („BMI“), dem Auswärtigen Amt („AA“) und dem Bundesministerium für Wirtschaft („BMW“) zu.¹⁰ Die Leitung lag bei Dr. Thomas Barth, BMJV-Referat IV A 3.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch eine E-Mail von Herrn Prof. Mayer, dem späteren Bevollmächtigten der Bundesregierung im Verfahren

2 BvR 739/17, vom 07.09.2017 an Alfred Bindels, Leiter der BMJV-Abteilung IV (Zuständigkeit für Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Völker- und Europarecht), in der er mitteilte, dass der Deutsche Bundestag die Zustellung der Verfassungsbeschwerde seitens des BVerfG nie erhalten habe:¹¹

„Aus dem Bundestag höre ich, dass man dort die Zustellung durch das BVerfG nie erhalten hat, das hat man wohl erst wegen der Nachfrage des Bundesrates herausgefunden.“

Aus einem Schreiben der damaligen Vorsitzenden des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, Renate Künast (Fraktion Bündnis 90/Die Grünen), an den Präsidenten des BVerfG vom 28.09.2017 geht hervor, dass das Zuleitungsschreiben mit der Verfassungsbeschwerde „auf dem Postweg“ verloren gegangen sei, was zur Folge gehabt habe, dass sich der 18. Bundestag vor den damals anstehenden Bundestagswahlen nicht mehr mit dem Verfahren habe befassen können:¹²

„Sie haben dem Deutschen Bundestag den Verfassungsbeschwerdeschriftsatz betreffend das Gesetz zu dem Übereinkommen vom 19. Februar 2013 über ein Einheitliches Patentgericht (2 BvR 739/17) zugestellt. Aufgrund des Verlustes der ersten Sendung auf dem Postweg konnte sich der 18. Deutsche Bundestag aus Gründen der Geschäftsordnung nicht mehr mit dem Verfahren befassen.“

Die Berichterstatter in Streitsachen der Fraktionen des 18. Deutschen Bundestages sind jedoch der Auffassung, dass die Abgabe einer Stellungnahme durch den 19. Deutschen Bundestag ernsthaft in Betracht gezogen werden sollte. Dies werden wir den Berichterstattern der Fraktionen des 19. Deutschen Bundestages so empfehlen. Eine Stellungnahme innerhalb der von Ihnen gesetzten Frist wird deshalb nicht möglich sein. Ich gehe derzeit davon aus, dass noch die Chance einer Plenarsitzung im Dezember dieses Jahres besteht, bei der der 19. Deutsche Bundestag die Abgabe einer Stellungnahme und die Beauftragung eines Prozessbevollmächtigten beschließen könnte.“

Der neu konstituierte 19. Deutsche Bundestag beschloss schließlich, im Verfahren 2 BvR 739/17 eine Stellungnahme abzugeben. Erstaunlich scheint jedoch, dass die Bundesregierung von der Verfassungsbeschwerde nur verzögert erfahren hat und der Deutsche Bundestag zunächst offenbar gar nicht.

⁵ Vgl. *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Prof. Tilmann, der römische Gott Janus und die Voraussetzungen des Artikels 118 (1) AEUV, abrufbar unter www.stjerna.de/voraussetzungen-118-1-tfeu/ sowie *ders.*, „Zypriotischer Kompromiss“ kompromittiert, abrufbar unter www.stjerna.de/zypriotischer-kompromiss/.

⁶ Vgl. www.stjerna.de/ifg-1802-1/.

⁷ Vgl. [Dokument 20061.1.pdf](#), S. 10.

⁸ Vgl. [Dokument 20061.1.pdf](#), S. 13.

⁹ Vgl. [Dokument 20061.2.pdf](#), S. 5.

¹⁰ Vgl. [Dokument 20061.1.pdf](#), S. 44.

¹¹ Vgl. [Dokument 20061.2.pdf](#), S. 142.

¹² Vgl. [Dokument 20061.2.pdf](#), S. 280 f.

II. Die Auswahl, Bestellung und Bezahlung des Verfahrensbevollmächtigten der Bundesregierung

Aufschlussreich sind auch die Überlegungen auf Seiten der Bundesregierung, wer mit deren Prozessvertretung im Verfahren 2 BvR 739/17 betraut werden solle. Die Akten enthalten hierzu zahlreiche E-Mail-Korrespondenz, wobei das Ministerium die Namen der Kandidaten mit Ausnahme desjenigen des letztlich ausgewählten Prof. Franz Mayer geschwärzt hat.¹³ Man erwog offenbar zunächst, mehrere Verfahrensbevollmächtigte zu bestellen, darunter einen für patentrechtliche Fragen. Interessant dabei folgende Überlegung:¹⁴

„Prof. [durch das BMJV geschwärzt] ist ein ausgewiesener Patentrechtler, der sich auch mit dem EPGÜ schon eingehend beschäftigt hat. Ich kenne ihn zudem als gründlichen Arbeiter, der auch die 170 Seiten der Klage ‚in den Griff‘ kriegen dürfte. Daher keine Bedenken (wenn die Tatsache kein Problem ist, dass Prof. [durch das BMJV geschwärzt] und Prof. [durch das BMJV geschwärzt] als voraussichtlicher Berichterstatter für das Verfahren im 2. Senat beide Mitglied der juristischen Fakultät der [durch das BMJV geschwärzt] sind).“

Es ist wohl anzunehmen, dass das BMJV aufgrund seines häufigen verfahrensmäßigen Umgangs mit dem BVerfG in Verfassungsbeschwerdeverfahren betreffend die Ratifikation internationaler Übereinkommen wie des EPGÜ mit Prof. Huber als Berichterstatter rechnete. Prof. Huber ist seit 2002 Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Staatsphilosophie an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Letztlich entschied sich die Bundesregierung für Prof. Franz Mayer, „LL.M. (Yale)“, von der Universität Bielefeld.¹⁵ Dessen Beauftragung erfolgte offenbar zu besseren Konditionen als dies in anderen Verfahren der Fall war, denn in der internen Korrespondenz wurde – u. a. unter Verweis auf eine frühere Beauftragung des Herrn Prof. Mayer durch das BMWi –¹⁶ erklärt, diese Konditionen ließen sich „rechtfertigen“:¹⁷

„BMW i beabsichtigt, die Vertretung mit einem Pauschalbetrag von [durch das BMJV geschwärzt] vergüten. Die Abweichung von den sonst üblichen Pauschalen [durch das BMJV geschwärzt] erscheint angesichts der Vielzahl der Verfahren und insbesondere angesichts der kurzen Frist und des hiermit verbundenen hohen organisatorischen Aufwands gerechtfertigt.“

Die vereinbarten Konditionen¹⁸ machte das BMJV auch auf einen weiteren IFG-Antrag nicht zugänglich.

Interessant ist die Abrechnung des vereinbarten Honorars durch Herrn Prof. Mayer. So teilte er den Gesamtbetrag – vermutlich aus steuerrechtlichen Gründen – in zwei Teilbeträge auf, von denen er den ersten¹⁹ am 21.12.2017 und den zweiten²⁰ am 05.01.2018 in Rechnung stellte.

Demgegenüber argumentierte er jedoch dafür, den – für die Kostenerstattung des Beschwerdeführers maßgebenden – Gegenstandswert des Verfassungsbeschwerdeverfahrens möglichst niedrig zu veranschlagen. So hielt er schon in einem der ersten Entwürfe der Stellungnahme der Bundesregierung den Hinweis für zweckmäßig, es seien

„(...) keine zwingenden Gründe ersichtlich, die eine erhebliche Abweichung von der Mindesthöhe [des Gegenstandswerts von EUR 5.000,-] tragen.“²¹

Dies ist bemerkenswert, denn Herrn Prof. Mayer ist sicherlich bekannt, dass das BVerfG Verfassungsbeschwerdeverfahren betreffend internationale Übereinkommen regelmäßig die höchsten dort bestimmten Gegenstandswerte zuweist.²² Dass man sich einerseits selbst offenbar mit Blick auf die Bedeutung des Verfahrens überdurchschnittlich gut bezahlen lässt und unter Verweis auf den „erheblichen Umfang der Verfassungsbeschwerde und die Komplexität der Materie“ auch eine Verlängerung der Stellungnahmefrist beantragte,²³ gleichzeitig aber die Kostenerstattung für den Beschwerdeführer angesichts einer vorgeblichen „Prophanität“ des Verfahrens möglichst klein zu rechnen versuchte, zeigt anschaulich, mit was für Charakteren man es hier zu tun hat.

III. Kommentare zum Inhalt der Verfassungsbeschwerde

Interessant sind zunächst einige Einschätzungen des BMJV zum Inhalt der Verfassungsbeschwerde. So teilte Frau Pakuscher verschiedenen Adressaten mit E-Mail vom 25.08.2017 mit:²⁴

„Dem Ansatz der Vb., es sei ‚nicht ausschließbar‘, dass der Bf. in seinen Rechten aus Art. 38 GG verletzt sei, und deshalb müsse das BVerfG die beantragte umfassende Prüfung vornehmen, sollte – so Herr AL III – mit Nachdruck entgegengetreten werden.“

„Herr AL III“, Abteilungsleiter der Abteilung III des BMJV, war seinerzeit Herr Dr. Hubert Weis. Dass der „beantragten umfassenden Prüfung“ „mit Nachdruck entgegengetreten werden“ müsse, spricht bereits für sich. Nachdem das BMJV selbst zuvor die vorgeschriebene verfassungsrechtliche Prüfung des EPGÜ allenfalls cursorisch durchgeführt hatte,²⁵ empfand man die nun

¹³ Vgl. [Dokument 20061.1.pdf](#), S. 20 ff.

¹⁴ Vgl. [Dokument 20061.1.pdf](#), S. 21.

¹⁵ Vgl. [Dokument 20061.1.pdf](#), S. 44 ff, 54.

¹⁶ Vgl. [Dokument 20061.1.pdf](#), S. 31.

¹⁷ Vgl. [Dokument 20061.1.pdf](#), S. 32.

¹⁸ Vgl. [Dokument 20061.1.pdf](#), S. 54.

¹⁹ Vgl. [Dokument 20061.9.pdf](#), S. 2.

²⁰ Vgl. [Dokument 20061.9.pdf](#), S. 11.

²¹ Vgl. [Dokument 20061.3.pdf](#), S. 80.

²² BVerfG, 2 BvR 1022/08, Beschluss vom 13.10.2010: EUR 750.000,-; 2 BvR 2730/13, Beschluss vom 16.05.2018 – OMT: EUR 1.000.000,-.

²³ Vgl. [Dokument 20061.2.pdf](#), S. 5.

²⁴ Vgl. [Dokument 20061.1.pdf](#), S. 22.

²⁵ Vgl. [Dokument 20061.1.pdf](#), S. 22.

angeregte umfassende Prüfung offenbar als bedrohlich, was auch die aufgeregte Sprache erklären dürfte.

Dass man sich einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit den durch die Verfassungsbeschwerde aufgeworfenen Fragen auf Seiten der Bundesregierung offenbar unbedingt entziehen wollte, zeigt auch eine E-Mail der Frau Knapp vom 30.08.2017:²⁶

„Für die BReg stehen Fragen der Zulässigkeit im Vordergrund, da die Verfassungsbeschwerde offensichtlich unzulässig sein dürfte, weil der Beschwerdeführer letztlich über Artikel 38 GG eine derart nicht zulässige Überprüfung einfachen Rechts erstrebt.“

Soweit es in der entsprechenden Verfügung der Frau Knapp vom 07.09.2017 heißt²⁷

„Das anhängige Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen das Gesetz zu dem Übereinkommen vom 19. Februar 2013 über ein Einheitliches Patentgericht ist von grundsätzlicher nationaler und europapolitischer Bedeutung.“

gehen hiermit offenbar keine rechtlichen Anforderungen in verfassungsrechtlicher und unionsrechtlicher Hinsicht einher. Auch dies lässt tief blicken.

Aufschlussreich ist auch die Stellungnahme des Herrn Johannes Karcher, BMJV-Referat III B 4 und inzwischen Vorsitzender des Verwaltungsausschusses des Einheitlichen Patentgerichts („EPG“), vom 26.09.2017, in der er die Verfassungsbeschwerde kommentiert.²⁸

IV. Die Erarbeitung der Stellungnahme der Bundesregierung und hierfür diskutierte Aspekte

Aus den Akten des BMJV geht hervor, wie für die Stellungnahme der Bundesregierung intensiv darum gerungen wurde, wie man den verschiedenen, in der Verfassungsbeschwerde aufgeworfenen Fragen am besten begegnen sollte. Dabei kam nicht selten zum Ausdruck, dass man die erhobenen Rügen keineswegs als so abwegig ansah, wie man dies gern öffentlich kommunizierte und man einer inhaltlichen Auseinandersetzung in fundamentalen Fragen lieber auswich. Besonders interessant sind insoweit die Fragen der Stellung der EPG-Richter, der Vorlage an den EuGH und der Auswirkungen des „Brexit“ auf das EPGÜ.

1. Die Stellung der EPG-Richter

So enthält eine E-Mail der Frau Knapp an Thomas Barth vom 18.10.2017 interessante Aussagen zur Stellung der Richter beim EPG und der diesbezüglichen Rechtsschutzdefizite (Hervorhebungen diesseits):²⁹

„Ich möchte anregen, dass die Randnummern 33 bis 39 der Stellungnahme in Gänze gestrichen werden. Meines Erachtens wirft der Text neue Fragen und Problemfel-

der auf, die mit dieser Deutlichkeit bislang nicht Gegenstand des Verfahrens waren; jedenfalls nicht für mich erkennbar. Es geht in den vorgenannten Randnummern um die ‚Verteidigung‘ der Rechtsstellung der Richter beim EPG. Diese können – wie auch aus anderen internationalen Organisationen bekannt – aus dem Amt ‚entfernt‘ werden. Ausdrücklich erwähnt das EPA, dass in anderen int. Organisationen die Gesamtheit der Richterschaft mit mindestens einer 2/3 Mehrheit hierüber entscheidet.

Beim EPG wurde dies nicht für praktikabel erachtet und stattdessen geregelt, dass innerhalb des 7köpfigen Präsidiums mit einer einfachen Mehrheit (also nur 4 Personen!) ein Beschluss über die Entfernung eines Richters entschieden werden kann.

Wie man eine solche erhebliche Abweichung zu den Regelungen in anderen int. Organisationen mit ‚Praktikabilität‘ rechtfertigen will, erschließt sich mir nicht. Auch wird deutlich, dass der ‚entfernte‘ Richter gegen den Beschluss (derzeit) keine Rechtsschutzmöglichkeit habe.

Des Weiteren wird in dem Text beiläufig erwähnt, dass technische Richter ‚von Fall zu Fall zugewiesen werden‘. Vor diesem Hintergrund gibt die Stellungnahme noch mehr als zuvor Anlass, die Vereinbarkeit der Rechtstellung der Richter des EPG mit dem deutschen Verständnis von richterlicher Unabhängigkeit zu hinterfragen.

Müsste den deutschen Richtern gegen eine Entfernung aus dem Amt nicht auch ein Mindestmaß an Rechtsschutz (Stichwort: Justizgewährungsanspruch) zustehen?

Die Ausführungen zur Rechtstellung der Richter in Randnummer 102 dürften völlig ausreichend sein und erscheinen auch nicht derart unzuweckmäßig.

Wenig aussichtsreich erscheint mir der Versuch die Regelung zu verteidigen, dass der Verwaltungsausschuss das EPGÜ (also ein völkerrechtliches Abkommen) abändern kann und die Mitgliedstaaten nur ein Veto-Recht haben. Kann der Verwaltungsausschuss etwa deutsche Gesetze abbedingen (Rnr. 48)?“

Die gerügten Probleme hielt man also durchaus nicht für abwegig, nur stellen wollte man sich ihnen lieber nicht.

Exemplarisch hierzu auch eine E-Mail des Herrn Karcher an Herrn Barth vom 18.10.2017, in der er dafür plädiert, einen Hinweis auf die angebliche Möglichkeit, die Rechtsstellung der EPG-Richter nach Inkrafttreten des EPGÜ durch eine Anpassung der Satzung zu ändern, lieber zu streichen.³⁰

„es geht um folgenden Satz in Rdn. 139, der m. E. lieber gestrichen werden sollte:

²⁶ Vgl. *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Das BMJV und die Rechtsprüfung des EPGÜ und der Gesetzentwürfe zu dessen Ratifikation, abrufbar unter www.stjerna.de/bmjv-gg/.

²⁷ Vgl. [Dokument 20061.1.pdf](#), S. 56.

²⁸ Vgl. [Dokument 20061.2.pdf](#), S. 8 ff.

²⁹ Vgl. [Dokument 20061.2.pdf](#), S. 254.

³⁰ Vgl. [Dokument 20061.2.pdf](#), S. 253.

„Genauso könnten bestimmte in der Satzung enthaltene Vorschriften betreffend die Rechtsstellung der Richter auch noch nach der Ratifizierung des EPGÜ durch die Bundesrepublik Deutschland geändert werden, da Änderungen der Satzung gemäß Art. 40 Abs. 2 vom Verwaltungsausschuss beschlossen werden können.“

2. EuGH-Vorlage

Sehr aufschlussreich ist auch der Umgang des BMJV mit der Thematik der Vereinbarkeit des EPGÜ mit dem Unionsrecht und der in der Verfassungsbeschwerde angeregten Vorlage an den EuGH.

Auch hier dominiert vor allem die Taktik des Tarnens und Täuschens. So teilt Herr Prof. Mayer in einer E-Mail vom 24.10.2017 an Herrn Barth mit (Hervorhebung diesseits):³¹

„Eine wichtige Weichenstellung ist, dass ich alles Europarechtliche gleichsam ausklammern und in einen eigenen Teil an das Ende stellen will, unter dem Aspekt eines Vorlageverfahrens (dessen Erforderlichkeit ich natürlich verneine). Das macht die Argumentation zur Zulässigkeit bzw. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde transparenter.

Hier habe ich den Teil zur Autonomie des Unionsrechts so gut wie fertig.

Dabei hatte ich indessen doch einige Mühe, die Frage, ob das EPG ein Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV – nämlich das Gericht eines Mitgliedstaates... – als geklärt darzustellen. Man muss sich da wohl doch so weit wie möglich von dem BeNeLux-Gericht als Bezugspunkt lösen.

Selbst der Verfahrensbevollmächtigte der Bundesregierung zweifelte demnach daran, dass das EPG als Gericht eines Mitgliedstaats im Sinne des Art. 267 AEUV dargestellt werden könne. Die Lösung war auch hier nicht eine offene Auseinandersetzung mit der Problematik, sondern der Versuch, sich von den hierfür geltenden Maßstäben, also insbesondere der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH³², „so weit wie möglich“ zu lösen.

Weitere Probleme mit der eigenen Argumentationslinie benannte Herr Prof. Mayer in einer E-Mail an Thomas Barth vom 01.12.2017 (Hervorhebung diesseits):³³

„Vorlage zum EuGH: Da habe ich doch noch ein Problem mit der Darstellung der Entscheidungserheblichkeit. Das BVerfG hat in der OMT und in der QE Vorlage ja sehr wohl erkennen lassen, dass es eine europarechtliche Frage für entscheidungserheblich im Rahmen der Verfassungsbeschwerde ansehen kann. Ich würde das für den vorliegenden Fall ungerne als Diskussionspunkt aufmachen.

Ich habe jetzt erst einmal die ganze Frage der Entscheidungserheblichkeit gar nicht mehr erwähnt, dann konzentriert sich alles besser darauf, dass es gar keine offenen Auslegungsfragen mehr gibt.

Na bestens. Was als Problem nicht erwähnt wird, ist auch kein Problem. Die Seriösität dieser „Lösung“ ist offensichtlich und zeigt ohne weiteres den „Geist“ des auf Seiten der Bundesregierung agierenden Personals.

In die gleiche Kategorie fällt der Kommentar des Herrn Karcher in einer E-Mail an Herrn Barth vom 04.12.2017:³⁴

„Als Punkt von sachlicher Bedeutung ist mir bei der Durchsicht lediglich letzterer aufgefallen. Zutreffend schreibt Herr Prof. Mayer auf der Textseite 60, dass es für eine Vorlage an den EuGH an der Entscheidungserheblichkeit mangelt, weil das Europarecht im vorliegenden Fall kein Prüfungsmaßstab im Rahmen von Artikel 38 GG ist. Im Folgenden scheint er diese klare Aussage dann aber wieder etwas zu relativieren, indem darauf abgestellt wird, dass es auf diese Erwägung indes gar nicht ankomme, weil in der Sache keine Auslegungsfragen des Unionsrechts offen seien. So auch beim Ergebnis auf Textseite 78, wo der fehlende Prüfungsmaßstab gar nicht mehr erwähnt wird. Dass die betreffenden europarechtlichen Fragestellungen nicht zur Verfassungsidentität gehören, erscheint mir eindeutig während man als findiger Jurist bei dem Punkt, ob es offene unionsrechtliche Auslegungsfragen gibt, vielleicht auch eine abweichende Meinung begründen könnte. Deswegen sollten wir m.E. den Punkt, dass keine Auslegungsfragen offen sind deutlich(er) als zusätzliche Erwägung kennzeichnen.“

Zu dem Punkt, wonach angeblich „keine Auslegungsfragen des Unionsrechts offen“ seien, wird sich zu gegebener Zeit der EuGH äußern.

3. „Brexit“

Großen Raum nahm in der Diskussion der Stellungnahme die Positionierung zu den Folgen des „Brexit“ für das EPGÜ ein.

So wandte sich Herr Karcher mit E-Mail vom 19.09.2017 zu dem Thema, „ob eine zeitliche Verzögerung durch das Gerichtsverfahren über den Brexit hinaus zu einem Ratifikationshindernis für DE führen könnte“, an seine Kollegen Josef Brink (BMJV-Referat IV C 4) und Andreas Günther (BMJV-Referat IV C 2) zwecks einer „kurzen Stellungnahme“ für „unseren Prozessvertreter Herrn Prof. Mayer“. Die Fragestellung beschreibt er wie folgt (Hervorhebungen diesseits):³⁵

„im laufenden Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen das Vertragsgesetz zum Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht 2 BvR 739/17 sind Herr Barth und Frau Ley mit der Frage an mich herangetreten, ob

³¹ Vgl. [Dokument 20061.2.pdf](#), S. 257.

³² Vgl. z. B. Rechtssachen C-337/95, Urteil vom 05.11.1997 – Parfums Christian Dior; C-196/09, Urteil vom 14.06.2011 – Paul Miles u.a. / Europäische Schulen.

³³ Vgl. [Dokument 20061.5.pdf](#), S. 96.

³⁴ Vgl. [Dokument 20061.6.pdf](#), S. 190.

³⁵ Vgl. [Dokument 20061.14.pdf](#), S. 2.

eine zeitliche Verzögerung durch das Gerichtsverfahren über den Brexit hinaus zu einem Ratifikationshindernis für DE führen könnte. Wenn dies der Fall wäre, müsste das BVerfG unter Darlegung der Gründe um Beschleunigung gebeten werden. Wir sind gebeten, für unseren Prozessvertreter Herrn Prof. Mayer eine kurze Stellungnahme zu dieser Frage zu entwerfen.

In der Sache stellt sich die Frage, in wieweit sich aus Völkerrecht und europarechtlichen Erwägungen ein Gebot ergeben könnte, von einer Ratifikation Abstand zu nehmen. Einziger Anhaltspunkt, den ich sehe, könnte die Tatsache sein, dass GBR zwar noch zum Zeitpunkt der eigenen Ratifikation EU-MS war, es aber zum Zeitpunkt der DE Ratifikation, die für das Inkrafttreten des Übereinkommens erforderlich ist, nicht mehr ist. Das EPGÜ sieht vor, dass die Vertragsmitgliedstaaten EU Staaten sind.

Gibt es insofern einen Grundsatz, dass DE sich an keinen Verträgen beteiligen darf, bei denen einer der Vertragsparteien eine vertragliche Anforderung nicht erfüllt? Hilfsweise, reicht es nicht, den Vertrag später anzupassen?“

Aus prozessualer Sicht stellt sich zunächst die Frage, wer das BVerfG um Beschleunigung eines Verfahrens bitten kann und mit welchen Erfolgsaussichten. Aus Sicht des Beschwerdeführers mag hier erwähnt werden, dass z. B. Anträge auf Einsicht in die Gerichtsakte, denen üblicherweise binnen weniger Tage stattgegeben wird, beim BVerfG wiederholt mehr als ein halbes Jahr benötigten, bevor sie beschieden wurden. Können also Dritte, die – wie die Bundesregierung im Verfahren 2 BvR 739/17 – nicht einmal Verfahrenspartei sind, das Gericht zu einer beschleunigten Bearbeitung eines Verfahrens veranlassen?

Dabei äußerte Herr Karcher auch eine Idee, wie sich auch für ein nicht mehr der EU angehörendes Großbritannien die Mitgliedschaft im EPGÜ möglicherweise aufrecht erhalten lassen könnte:³⁶

„Darüber hinaus müsste man aus meiner Sicht bei der Beurteilung dieser Frage den Inhalt des Brexit-Vertrags berücksichtigen, den wir natürlich noch nicht kennen. Der Ansatz sieht so aus, dass im Brexit-Vertrag etwa festgeschrieben würde, dass GBR unter Bekräftigung aller unionsrechtlichen Verpflichtungen aus dem EPGÜ zur Teilnahme am Gerichtsübereinkommen als ehemaliger EU-MS eingeladen wird. Auf dieser Grundlage würde das EPGÜ nach dessen Inkrafttreten im vereinfachten Verfahren nach Artikel 87 Abs. 2 EPGÜ durch Beschluss des Verwaltungsausschusses dahingehend geändert, dass Vertragsmitgliedstaaten EU-MS und ehemalige EU-MS sind, die von der Union zur Teilnahme eingeladen worden sind.“

Herr Brink kommentierte (Hervorhebung diesseits):³⁷

„ich schließe mich der Stellungnahme von Referat IV C 2 an. Das VK hat das Übereinkommen bereits ratifiziert. Mit dem Brexit wäre kein Außerkrafttreten / keine Beendigung des Übereinkommens verbunden. Maßgeblich für die deutsche Ratifikation ist das Übereinkommen, das für den Fall der deutschen Ratifikation dessen Inkrafttreten vorsieht, da alle Voraussetzungen des Inkrafttretens sodann erfüllt sind. In Ihrer Antwort an Referat IV A 3 sollten Sie also strikt auf das Übereinkommen und dessen Regelungen für sein Inkrafttreten abstellen. Eine allgemeine völkervertragsrechtliche oder verfassungsrechtliche Regel, dass DEU nur Übereinkommen ratifizieren darf, deren Ratifikation oder Umsetzung oder Befolgung durch alle anderen Vertragsparteien mit Sicherheit oder Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, gibt es nicht. Vielmehr ist nach der Wiener Vertragsrechtskonvention generell von der Verpflichtung zur Vertragserfüllung auszugehen.“

Interessant ist der Hinweis auf die Wiener Konvention über das Recht der Verträge und die daraus erwachsenden Verpflichtungen. Wurde diese Konvention denn bei der angeblichen „Rücknahme“ der EPGÜ-Ratifikation durch Großbritannien eingehalten? Erlaubt denn die Konvention eine solche Rücknahme? Falls ja, ab welchem Zeitpunkt wirkt sie?³⁸

Herr Karcher antwortete Herrn Barth am 28.09.2017 zu möglichen Auswirkungen des „Brexit“ wie folgt:³⁹

„Sie hatten gefragt, ob eine Ratifikation durch DE nach einem erfolgten Brexit aus rechtlichen Gründen nicht mehr möglich sei mit der Folge, dass das BVerfG im Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen das Vertragsgesetz zum EPGÜ um eine beschleunigte Behandlung gebeten werden müsste, um ein Ratifikationshindernis für DE zu vermeiden. Zu dieser Frage nehmen die Referate IV C 2, IV [C] 4 und III B 4 wie folgt Stellung:

Ein Ratifikationshindernis für Deutschland kann im Brexit nicht gesehen werden. Deutschland könnte das Übereinkommen nach dessen Artikel 89 ratifizieren, auch wenn GBR durch den Brexit seine Eigenschaft als EU-MS verlöre, die im EPGÜ vorgesehen ist. Mit dem Brexit wäre kein Außerkrafttreten bzw. keine Beendigung des Übereinkommens über ein Einheitliches Patentgericht verbunden. Insofern verhielte sich lediglich GBR vertragswidrig. Eine allgemeine völkervertragsrechtliche oder verfassungsrechtliche Regel, dass DEU nur Übereinkommen ratifizieren darf, deren Ratifikation oder Umsetzung oder Befolgung durch alle anderen Vertragsparteien mit Sicherheit oder Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, gibt es nicht. Vielmehr ist nach der Wiener

³⁶ Vgl. [Dokument 20061.14.pdf](#), S. 3.

³⁷ Vgl. [Dokument 20061.14.pdf](#), S. 2.

³⁸ Vgl. hierzu *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Die „zurückgenommene“ Ratifikation des EPGÜ und seiner Protokolle

durch Großbritannien, abrufbar unter www.stjerna.de/epgu-uk-withdrawal/.

³⁹ Vgl. [Dokument 20061.18.pdf](#).

Vertragsrechtskonvention generell von der Verpflichtung aller Vertragsparteien zur Vertragserfüllung auszugehen.

Der Brexit führt also dazu, dass GBR die Bestimmung im EPGÜ nicht mehr vollständig erfüllen würde, weil es – anders als im Übereinkommen vorgesehen – kein EU-Mitgliedstaaten [sic] ist. Insofern müsste das EPGÜ angepasst werden. Im Brexit-Vertrag könnte etwa festgeschrieben werden, dass GBR unter Bekräftigung aller unionsrechtlichen Verpflichtungen aus dem EPGÜ zur Teilnahme am Gerichtsübereinkommen als ehemaliger EU-MS eingeladen wird.

Aus allgemeinen Erwägungen sollte die Phase der Unsicherheit über den Fortgang der europäischen Patentreform aber natürlich so kurz wie möglich gehalten werden.“

Herr Prof. Mayer plädierte dafür, das Thema „Brexit“ in der Stellungnahme eher zurückhaltend zu adressieren und erklärte hierzu in einer E-Mail vom 20.11.2017:⁴⁰

„An irgendeiner Stelle ist zu thematisieren, dass mit dem Austritt GBs die Situation droht, dass ein Drittstaat bei dem EPGÜ an Bord ist, was der EuGH in seinem Gutachten [1/09] abgelehnt hat. Ich habe das sehr knapp zu Beginn gemacht. Alternative wäre eigener Abschnitt weiter hinten im Schriftsatz unter Bezugnahme auf Beschwerdeführer etc. Aber dann würde man das Problem größer darstellen als mE nötig/hilfreich.

An irgendeiner Stelle sollte darauf hingewiesen werden, dass [die] Entscheidung des BVerfG nicht noch 2 Jahre – womöglich bis nach BREXIT – auf sich warten lassen sollte. Im Kontext Eilrechtsschutz vielleicht am besten unterzubringen. Ich habe daher einen eigenen Abschnitt zum Eilrechtsschutz eingefügt, um diese Dringlichkeit nochmals signalisieren zu können. Wir können die Ausführungen zum Eilrechtsschutz auch komplett wegfällen lassen. Wenn Sie andersherum noch Bedarf sehen, dem BVerfG für seine Überlegungen noch mehr Argumente für die Dringlichkeit des Verfahrens vor Augen zu führen, bitte ich um Ergänzung. Aber Vorsicht, bisher hatte das BVerfG es auch nicht eilig, die Fristverlängerung für die Stellungnahme geht auf uns zurück.“

Vielsagend der Kommentar des Herrn Barth, der zu der entsprechenden Passage im Entwurf anmerkte:⁴¹

„Das wird bei uns europarechtlich etwas flexibler gesehen, sollte aber hier nicht weiter problematisiert werden.“

Dass es auf Seiten des BMJV in allen rechtlichen Fragen eine maximale Flexibilität gibt, wenn es darum geht, der europäischen Patentreform zur Durchsetzung zu verhelfen, wird dem aufmerksamen Beobachter kaum entfallen sein.

Alfred Bindels plädierte in einer E-Mail an Herrn Günther vom 23.11.2017 für die Feststellung, dass sich für die Zwecke des EPGÜ EU-Mitgliedstaaten und ehemalige EU-Mitgliedstaaten ohne weiteres gleichsetzen lassen:⁴²

„Sie formulieren auf Seite 65 ‚nicht ausgeschlossen‘. Damit ist man natürlich auf der sicheren Seite, da man ja nicht weiß, ob es überhaupt zeitgerecht zu einer Einigung mit GBR kommt und ob und was dann dazu drin steht. Aus prozesstaktischen Gründen wäre es aber vorzuziehen, hier keine offene Flanke anzubieten. Könnte man das nicht positiver fassen: ‚In dem Austrittsvertrag können aber durch Regelungen im Austrittsvertrag der Vorrang und die Autonomie des Unionsrechts auch in diesem speziellen Zusammenhang hinreichend gewahrt werden, so dass der ehemalige Mitgliedstaat die im Kontext des EPGÜ europarechtlich erforderlichen Bindungen weiterhin auf sich nimmt?‘“

Herr Günther kommentierte dies in einer E-Mail vom 23.11.2017 vielsagend (Hervorhebung diesseits):⁴³

„Damit lehnen wir uns schon etwas aus dem Fenster in dieser Frage, die für die Vb gar nicht entscheidungserheblich ist. Die Frage ist im Zusammenspiel von Austrittsvertrag, Übergangsregelungen, Statusvertrag und EPGÜ, das dann eventuell angepasst werden muss, komplex und umstritten und wir hoffen, dass sie nie vor dem EuGH landet.“

Herrn Karcher war das Thema offenbar zu heikel. Er erklärte in einer E-Mail vom 23.11.2017:⁴⁴

„Ich wäre wie Herr Prof. Mayer auch dafür, die Frage des Brexit möglichst aus dem Mittelpunkt zu rücken.“

Im Hinblick auf die Passage in dem damaligen Stellungnahmeentwurf⁴⁵

„Die Mitwirkung Großbritanniens bleibt bis auf weiteres von der Erklärung Großbritanniens nach Art. 50 EUV, aus der Europäischen Union austreten zu wollen, unberührt. Eine Regelung bleibt den in Art. 50 EUV vorgesehenen vertraglichen Absprachen zwischen Großbritannien und der EU vorbehalten. Sollten derartige Absprachen nicht zustande kommen, müsste Großbritannien über das EPGÜ den Vorrang des Unionsrechts und die Vorlagezuständigkeit des EuGH in diesem speziellen Sachbereich weiter hinnehmen.“

bat Silja Waibel vom Auswärtigen Amt (dortiges Referat Referat E11) – unter Billigung des Entwurfs im übrigen – um Herausnahme:⁴⁶

„AA (AS-GBR) plädiert vorsorglich für Herausnahme der erläuternden Passage zu GBR und Brexit, da für Zeit Post-Brexit Teil des zu verhandelnden Gesamtpakets zum zukünftigen Verhältnis und zudem nicht für diesen Schriftsatz zwingend notwendig erscheinend.

⁴⁰ Vgl. [Dokument 20061.3.pdf](#), S. 2.

⁴¹ Vgl. [Dokument 20061.4.pdf](#), S. 18.

⁴² Vgl. [Dokument 20061.3.pdf](#), S. 183.

⁴³ Vgl. [Dokument 20061.3.pdf](#), S. 183.

⁴⁴ Vgl. [Dokument 20061.4.pdf](#), S. 3.

⁴⁵ Vgl. [Dokument 20061.8.pdf](#), S. 106.

⁴⁶ Vgl. [Dokument 20061.8.pdf](#), S. 106.

Zudem: Mit Vollzug des Brexit endet die Anwendbarkeit des EPGÜ auf GBR zwar nicht automatisch, da EPGÜ völkerrechtlicher Vertrag. Der Status GBRs im EPG post-Brexit ist aber problematisch. Denn: nur EU-MS können derzeit Vertragsstaaten des EPGÜ sein (Art. 84 EPGÜ) – zumindest Anpassungen wären notwendig. Außerdem arbeitet das EPG nach Art. 20 ff. EPGÜ mit dem EuGH zur korrekten Anwendung und einheitlichen Auslegung des Unionsrechts zusammen und erkennt den Vorrang von EU-Recht an.“

Wenngleich diese Einwände ohne weiteres nachvollziehbar sind, lehnte Herr Barth eine Streichung der Passage ab. In seiner Antwort vom 08.12.2017 erklärte er (Hervorhebung diessseits):⁴⁷

„Ich bitte um Verständnis dafür, dass ich der Bitte, die ‚Brexit-Passage‘ auf S. 10 zu streichen, nicht nachkommen kann. Die Frage, wie wir uns zur Brexit-Problematik stellen, ist hier im Hause intensiv und unter Beteiligung auch des Europarechts-Referats IV C 2 (Hr. Dr. Günther) erörtert worden. Wir sind zu dem Ergebnis gekommen, dass wir uns zwar möglichst zurückhalten, die Frage aber nicht völlig übergehen können, weil sie in der Fachöffentlichkeit bereits intensiv diskutiert wird.

Es würde nicht nur einen sehr unvorteilhaften Eindruck beim BVerfG machen, wenn wir diesen ‚Elefanten im Raum‘ nicht ansprechen. Wir müssen dem Gericht vielmehr auch signalisieren, dass diese Fragen lösbar erscheinen und dass sie jedenfalls keinen Grund darstellen, das Verfahren dort zunächst abwartend zu betreiben. Unserem Haus ist – gerade auch aus patentfachrechtlicher Sicht – sehr an einem zügigen Verfahren und einer baldigen Entscheidung gelegen.“

Genügt es denn, wenn die Bundesregierung dem BVerfG „signalisiert“, dass eine zentrale Rechtsfrage „lösbar erscheint“, um dieses von einer verfassungsrechtlichen Intervention abzuhalten?

Nach Billigung durch die zuständige Abteilungs- und Unterabteilungsleitung sowie die zuständige Staatssekretärin ⁴⁸ wurde die Stellungnahme ⁴⁹ der Bundesregierung im Verfahren 2 BvR 739/17 am 15.12.2017 beim BVerfG eingereicht.

Fortsetzung folgt.⁵⁰

* * *

Möglichkeiten zur Unterstützung meiner Arbeit zur europäischen Patentreform finden Sie unter www.stjerna.de/kontakt/. Vielen Dank!

⁴⁷ Vgl. [Dokument 20061.8.pdf](#), S. 102.

⁴⁸ Vgl. [Dokument 20061.8.pdf](#), S. 208 ff.

⁴⁹ Vgl. [Dokument 20061.8.pdf](#), S. 212 ff.

⁵⁰ Vgl. *Stjerna*, EU-Patentreform – Die deutschen Staatsgewalten im Verfassungsbeschwerdeverfahren 2 BvR 739/17 (Teil 2), abrufbar unter www.stjerna.de/staatsgewalten-2-bvr-739-17-teil-2/.