

Die europäische Patentreform – EPGÜ-Teilnahme Großbritanniens trotz EU-Austritt?

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

Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

Großbritannien hat im Juli 2020 erklärt, sich vom „Unified Patent Court system“ zurückzuziehen und seine Billigung des EPGÜ und der zugehörigen Protokolle „zurückzunehmen“. Aussagen des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz aus dem Jahr 2017 zeigen, dass man die Teilnahme auch eines aus der EU ausgetretenen Großbritanniens am EPGÜ keineswegs aufgegeben hat und anhand welches Mechanismus man eine solche Teilnahme sogar ohne Beteiligung der Parlamente der EPGÜ-Mitgliedstaaten umsetzen zu können meint.

I. EU-Mitgliedschaft und EPGÜ-Teilnahme

Das Verständnis des EuGH-Gutachtens 1/09 vom 08.03.2011 ging lange Zeit dahin, dass eine Mitgliedschaft im EPGÜ nur für Mitgliedstaaten der EU zulässig ist.¹ Erst unter dem Eindruck des „Brexit“-Votums in Großbritannien im Juni 2016 sahen sich gewisse Kreise genötigt, eine rechtliche Konstruktion zu entwickeln, um die von ihnen hochgradig gewünschte Mitgliedschaft des Landes im EPGÜ auch nach dessen Austritt aus der EU zu ermöglichen.² Dementsprechend wurde das zuvor einhellig herrschende Verständnis³ des besagten EuGH-Gutachtens plötzlich in Zweifel gezogen.⁴ Die herkömmliche Lesart wurde nun als „streng formalistisch“ bezeichnet und damit durch die inzwischen offenbar selbst in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung als legitim erachtete Benutzung emotional aufgeladener Sprache terminologisch abgewertet, das jetzt von gewissen Kreisen bevorzugte Verständnis demgegenüber – sprachlich aufgewertet – zum „materiellen“ erhoben.⁵

¹ Artikel „Brexit: Letzte große Hürde für das neue europäische Patentsystem“, juve.de am 01.04.2016, abrufbar unter [archi-ve.md/gDvWs](https://www.juve.de/ve.md/gDvWs); Tilmann, GRUR Int 2011, 499 (Ziffern 4., 15.); ders., „EUCJ-Opinion 01/09 – Analysis and Consequences“, eplawpatentblog.com am 05.04.2011, abrufbar unter [bit.ly/3dD9cYe](https://www.eplawpatentblog.com/bit.ly/3dD9cYe); hierzu auch Lamping/Ullrich, The Impact of Brexit on Unitary Patent Protection and its Court, S. 93 ff., abrufbar unter [bit.ly/2PI3voA](https://www.stjerna.de/brexit/).

² Vgl. Stjerna, Die europäische Patentreform – Die Quadratur des Kreises nach dem „Brexit“-Votum, abrufbar unter www.stjerna.de/brexit/.

³ Vgl. auch das Gutachten des Rechtsdienstes des Rates vom 21.11.2011 in Ratsdokument 15856/11, S. 9, Rn. 28 und S. 10, Rn. 30 f., abrufbar unter [bit.ly/3sLWTgx](https://www.stjerna.de/brexit/).

⁴ Mooney, „What does the future hold for the UPC?“, Interview mit Legal IQ, abrufbar unter www.legaliq.com/en/insights/does-brexit-mean-the-end-of-the-upc/; Hoyng, „Does Brexit mean the end of the UPC?“, eplawpatentblog.com am 24.06.2016, abrufbar unter [bit.ly/2nw618D](https://www.eplawpatentblog.com/bit.ly/2nw618D).

⁵ Leistner/Simon, GRUR Int 2017, 825 (827 f.).

II. Die EPGÜ-Ratifikation und deren „Rücknahme“ durch Großbritannien

Die britische Regierung ratifizierte am 26.04.2018 neben dem EPGÜ⁶ auch das Protokoll über dessen vorläufige Anwendbarkeit („VA-Protokoll“)⁷. Schon davor soll das Land seine Zustimmung erklärt haben, durch das „Protokoll zum EPGÜ betreffend Vorrechte und Immunitäten“ („VI-Protokoll“) gebunden zu sein.⁸ Wann und wodurch letzteres erfolgt sein soll, ist bislang nicht zu ermitteln.

Zum 31.01.2020 trat Großbritannien aus der EU aus. Kurz nach der Nichtigerklärung der ersten deutschen EPGÜ-Ratifikation durch das BVerfG im März 2020 teilte die britische Regierung mit, nicht länger an einer Teilnahme am EPGÜ und dem einheitlichen Patentschutz interessiert zu sein.⁹ Die Ministerin für Wissenschaft, Forschung und Innovation Amanda Solloway erklärte am 20.07.2020 in beiden Häusern des britischen Parlaments, Großbritannien habe sich mittels einer Verbalnote mit sofortiger Wirkung vom „Unified Patent Court system“ zurückgezogen.¹⁰ Eine rechtliche Grundlage für dieses Vorgehen und die gewünschte Wirkung wurde nicht genannt, die Verbalnote wurde – soweit ersichtlich – bislang nicht veröffentlicht.

In der Datenbank des Rates der EU zu internationalen Übereinkommen ist bzgl. der britischen Ratifikation des EPGÜ vermerkt, diese sei am 20.07.2020 wirksam zurückgenommen worden („Withdrawal of ratification received on, and effective as from, 20/07/2020“).¹¹ Hinsichtlich des VI-Protokolls findet sich dort der gleiche Vermerk.¹² Zum VA-Protokoll ist angegeben, die Zustimmung Großbritanniens, durch dieses gebunden zu sein, sei am 20.07.2020 wirksam zurückgenommen worden.¹³

Zuletzt hat Großbritannien die Aufhebung der zugehörigen nationalen Gesetzgebung angestoßen.¹⁴ Damit scheint dessen Teilnahme am EPGÜ erledigt – sollte man meinen.

⁶ Abrufbar unter [bit.ly/3dE3AwW](https://www.stjerna.de/bit.ly/3dE3AwW).

⁷ Abrufbar unter [bit.ly/3vf5xFN](https://www.stjerna.de/bit.ly/3vf5xFN).

⁸ Abrufbar unter [bit.ly/3sHSQC3](https://www.stjerna.de/bit.ly/3sHSQC3).

⁹ Artikel „IP Minister confirms UK’s non-participation in UPC“, bristowsupc.com am 14.04.2020, abrufbar unter [bit.ly/37rWU1J](https://www.bristowsupc.com/bit.ly/37rWU1J).

¹⁰ Stellungnahme von Amanda Solloway vom 20.07.2020, abrufbar unter [archive.is/t2UHA](https://www.archive.is/t2UHA).

¹¹ Fn. 6.

¹² Fn. 8.

¹³ Fn. 7.

¹⁴ The Patents (European Patent with Unitary Effect and Unified Patent Court) (Repeal and Revocation) Regulations 2021, abrufbar unter [bit.ly/3xeV1OQ](https://www.stjerna.de/bit.ly/3xeV1OQ).

III. BMJV: Mechanismus zur Teilnahme Großbritanniens am EPGÜ nach dessen EU-Austritt

Geplant ist möglicherweise jedoch etwas anderes. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz („BMJV“) hat dem Autor dieses Beitrages aufgrund des IFG einige Dokumente aus dem Kontext des Verfassungsbeschwerdeverfahrens 2 BvR 739/17 zugänglich gemacht, die interessante Aussagen dazu enthalten, wie man glaubt, auch ein aus der EU ausgetretenes Großbritannien in das EPGÜ aufnehmen und dies sogar ohne erneutes Ratifikationsersfordernis bewerkstelligen zu können.

Aufgrund des IFG zugänglich gemachte amtliche Informationen stehen jedermann zur Einsicht zur Verfügung, interessierte Personen können die entsprechenden Dokumente auf www.stjerna.de abrufen.

Die Dokumente aus September 2017 betreffen die der Bundesregierung im Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen das EPGÜ (BVerfG, Az. 2 BvR 739/17) seitens des Gerichts eingeräumte Gelegenheit zur Stellungnahme. Diese Stellungnahme wurde durch das BMJV-Referat IV A 3 und dessen Leiter *Thomas Barth* betreut. Nähere Informationen zu den einzelnen BMJV-Referaten und ihrer Leitung zur relevanten Zeit lassen sich aus einem Organisationsplan¹⁵ vom 01.10.2017 ersehen.

Für die besagte Stellungnahme der Bundesregierung bat Herr *Barth* die BMJV-Referate III B 4 („Patent- und Erfinderrecht“, Leiter in Bezug auf die europäische Patentreform: *Johannes Karcher*¹⁶), IV C 2 („Grundsatz- und Rechtsfragen der EU“, Leiter: *Andreas Günther*) und IV C 4 („Recht der völkerrechtlichen Verträge“, Leiter seinerzeit: *Josef Brink*) um ihre Einschätzung, ob Deutschland das EPGÜ nach einem Austritt Großbritanniens aus der EU aus rechtlichen Gründen nicht mehr würde ratifizieren können; man müsse sich in diesem Fall beim BVerfG um eine „beschleunigte Behandlung“ des Verfahrens bemühen.¹⁷

Johannes Karcher erklärte einleitend:¹⁸

„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 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.“

Folgendes Problem hatte man identifiziert:¹⁹

¹⁵ BMJV-Organigramm vom 01.10.2017, abrufbar unter bit.ly/35EH8NY.

¹⁶ Zum Lebenslauf des Herrn *Karcher* vgl. xup.in/dl.10046957.

¹⁷ Dokument 20061.17-3620-13-31-477-2017, S. 1.

¹⁸ Dokument 20061.14-3620-13-31-477-2017, S. 2.

¹⁹ Fn. 18.

„In der Sache stellt sich die Frage, in wie weit [sic] 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 eigene [sic] 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 [sic] der Vertragsparteien eine vertragliche Anforderung nicht erfüllt? Hilfsweise, reicht es nicht, den Vertrag später anzupassen?“

Interessant ist dann der folgende Hinweis des Herrn *Karcher* (Hervorhebung diesseits):²⁰

„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 Art. 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.“

Die Einschätzung der BMJV-Referate III B 4, IV C 2 und IV C 4 lautete (Hervorhebung diesseits):²¹

„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 Außerkräfttreten 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 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

²⁰ Fn. 18, S. 3.

²¹ Dokument 20061.18-3620-13-31-477-2017.

EU-Mitgliedstaaten [sic] ist. Insofern müsste das EPGÜ angepasst werden. Im Brexit-Vertrag könnte etwa festgeschrieben werden, dass GBR unter Bekräftigung seiner 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 so kurz wie möglich gehalten werden.“

Soweit die Ansicht der besagten Referate des BMJV.

IV. Bewertung

Einmal mehr sieht man also Art. 87 Abs. 2 EPGÜ als universellen Hebel an, um selbst grundlegende inhaltliche Änderungen des Übereinkommens ohne Beteiligung der Parlamente der Vertragsstaaten durch Beschluss des Verwaltungsausschusses des Einheitlichen Patentgerichts („VwA-EPG“) vorzunehmen. Man sollte sich das Austrittsübereinkommen zwischen der EU und Großbritannien einmal näher auf entsprechende „Einladungen“ zur Teilnahme – oder auch nur auf Passagen, die man mit der im BMJV offensichtlich reichlich vorhandenen Fantasie als solche deuten könnte – ansehen. Diesen könnte durchaus eine mehr als nur deklaratorische Bedeutung beigemessen worden sein.

Das EPGÜ ist weder in Kraft getreten, noch gehört sein Art. 87 zu den Vorschriften, die durch das VA-Protokoll vorläufig anwendbar gemacht werden sollen,²² so dass eine Anpassung des Übereinkommens insoweit jedenfalls aktuell nicht in Betracht kommt. Sollte das EPGÜ allerdings wirksam werden, dürfte die Thematik rasch wieder auf der politischen Tagesordnung stehen. Zu wichtig ist eine Teilnahme Großbritanniens einerseits für die Attraktivität des neuen Systems und die diesem gegebenen Strukturen und zu erheblich sind andererseits die sich daraus für gewisse Kreise ergebenden Profitmöglichkeiten. Womöglich hatten die Akteure das politische Klima in Großbritannien seinerzeit als nicht hinreichend günstig angesehen, um eine „Bekräftigung aller unionsrechtlichen Verpflichtungen aus dem EPGÜ“ dort durchsetzen zu können. Allerdings muss dies nicht bedeuten, dass man hiervon final Abstand genommen hat.

Das vom BMJV propagierte Verständnis würde sich potentiell auch dafür eignen, selbst Staaten in das EPGÜ aufzunehmen, die nie EU-Mitglied gewesen sind. Wären diese zur Anerkennung „aller unionsrechtlichen Verpflichtungen aus dem EPGÜ“ bereit, bedürfte es nach dem Verständnis des BMJV womöglich nur einer „Einladung“ zum Beitritt seitens der EU, um wiederum den besagten Mechanismus nach Art. 87 Abs. 2 EPGÜ aktivieren und das EPGÜ auch insoweit „anpassen“ zu können.

Allerdings erlaubt Art. 87 Abs. 2 EPGÜ eine Änderung des Übereinkommens durch den VwA-EPG seinem Wortlaut nach nur, um dieses „mit einem internationalen Vertrag auf dem Gebiet des Patentwesens oder mit dem Uni-

onsrecht in Einklang zu bringen“. Selbst der dem BMJV nahestehende Prof. Tilmann, der auf der Website²³ seiner Kanzlei als „am Aufbau eines europäischen Streitregelungssystems“ beteiligter „Regierungsexperte“ bezeichnet wird und dem BMJV im Hinblick auf die europäische Patentreform mehr als einmal die Hand geführt zu haben scheint, teilt sein Verständnis dieser Vorschrift abweichend wie folgt mit:²⁴

“The reason for the Administrative Committee’s power (Art. 87(2) UPCA) to change the wording of the UPCA in order to ‘bring it into line with’ Union law is that it concerns only a formal change after the substance has already been changed.”

Demnach würde Art. 87 Abs. 2 EPGÜ nur eine „formale“ Anpassung des EPGÜ an eine bereits erfolgte Änderung des Unionsrechts erlauben.

Demgegenüber geht das BMJV offenbar davon aus, dass einerseits bereits eine „Einladung“ zur Teilnahme in einem entsprechenden Übereinkommen, also ein einseitig ausgesprochener Vorschlag, Unionsrecht darstellt, das eine vereinfachte Änderung des Übereinkommens durch den VwA-EPG unter Ausparung der nationalen Parlamente ermöglicht. Weitergehend sieht es offenbar selbst eine fundamentale konzeptionelle Änderung wie diejenige der Definition der zur Teilnahme am EPGÜ zugelassenen Vertragsstaaten noch als „in Einklang bringen“ an.

Dieses maximal-liberale Rechtsverständnis zeigt anschaulich, dass es im BMJV im Hinblick auf die europäische Patentreform keinerlei Grenzen mehr zu geben scheint, schon gar keine solchen rechtlicher Natur. Auch andersorts wird hierzu betont, dass wo ein Wille sei, sich auch ein Weg finden werde,²⁵ was stark danach klingt, dass zumindest nach Meinung einiger der Zweck durchaus die Mittel heiligt. Für erlaubt wird demnach offenbar alles gehalten, was den eigenen Zwecken dienlich ist und die Erreichung der verfolgten Ziele fördert. Die Devise „Wo ein Wille ist, ist auch ein Weg“ ist eher die verharmlosende Version von „Was nicht passt, wird eben passend gemacht“. Dies ist nicht nur das Motto der europäischen Patentreform insgesamt, sondern vor allem auch das Mantra der politischen Akteure auf deutscher Seite, wie nicht zuletzt deren Vorgehen im Rahmen der Rechtsprüfung des EPGÜ und der Gesetzentwürfe zu dessen Ratifikation anschaulich zeigt.²⁶

Freilich ließe sich der Inhalt des EPGÜ durch Winkelzüge der vorstehend beschriebenen Art nahezu beliebig im vereinfachten Verfahren nach Art. 87 durch die Exekutive und ohne Beteiligung der Parlamente der Vertragsstaaten ändern. Kommentatoren in der Literatur haben ihr Befremden über das in Art. 87 Abs. 3 EPGÜ enthaltene Einstim-

²² Vgl. Art. 1 des VA-Protokolls.

²³ Vgl. archive.is/tCXW2.

²⁴ Tilmann, GRUR Int 2018, 1094 (1099).

²⁵ Dieser Hinweis findet sich allein dreimal in dem Beitrag *Leistner/Simon*, GRUR Int 2017, 825, 833, 834.

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/.

migkeitserfordernis geäußert, das sie als „Vetorecht“ bezeichnen.²⁷

“While Art. 87(3) UPCA makes sense in the EPC, from where it has been copied verbatim, it appears to be de trop in the UPCA. The provision was odd in the pre-Brexit era. Why should Member States be given the right to oppose the alignment of the UPCA with Union law that has been properly adopted pursuant to the legislative procedures provided for in the Treaties?”

Dabei hat man vermutlich die Fantasien der Exekutive nicht bedacht, sich durch eine „kreative Lesart“ des Art. 87 Abs. 2 EPGÜ weitreichende außerparlamentarische Änderungskompetenzen zu erschließen. Unionsrecht im Sinne des Art. 87 Abs. 2 EPGÜ muss für gewisse Kreise nicht nur dasjenige sein, „that has been properly adopted pursuant to the legislative procedures provided for in the Treaties“. Womöglich gibt man sich dort auch mit wesentlich weniger zufrieden, um auf Art. 87 Abs. 2 EPGÜ zurückgreifen zu können.

V. Ausblick

Wer einen tieferen Einblick in die Aktivitäten der mit der europäischen Patentreform befassten staatlichen Akteure erlangt, wundert sich über nichts mehr. Rechtmäßigkeit und Rechtsstaatlichkeit, insbesondere Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht und dem Unionsrecht, wurden dort als gültige Maßstäbe staatlichen Handelns allem Anschein nach schon vor einiger Zeit über Bord geworfen. Übrig bleibt das nur mehr ideologisch begründete ebenso blinde wie fieberhafte Bestreben, die europäische Patentreform um jeden Preis in Kraft zu setzen.

Rechtliche Probleme dürfen nicht existieren, verzögern sie doch nur das langersehnte Inkrafttreten der Reform. Werden dennoch (begründete) rechtliche Zweifel geäußert, werden die Äußernden offenbar kurzerhand kalt gestellt.²⁸ Durch dieses Vorgehen haben die politischen Akteure zum Zweck vermeintlicher Zeitersparnis ein rechtliches Minenfeld geschaffen. Für den kundigen Beobachter ergeben sich hieraus jetzt und in Zukunft vielfältige Ansätze, um die rechtliche, insbesondere die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der europäischen Patentreform zu beanstanden.

* * *

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

²⁷ *Lamping/Ullrich* (Fn. 1), S. 154, Rn. 77.

²⁸ Die Scharmützel des BMI-Referats VI 4 mit dem BMJV-Referat III B 4 zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Änderung der EPG-Satzung durch den VwA-EPG ohne Beteiligung des Gesetzgebers mögen insoweit als Beispiel dienen; vgl. hierzu *Stjerna* (Fn. 26), S. 6 f. sowie die diesbezüglich aufgrund des IFG zugänglich gemachten amtlichen Informationen unter www.stjerna.de/ifg-1909-2/.