

Die europäische Patentreform – Das BMJV und die Rechtsprüfung des EPGÜ und der Gesetzentwürfe zu dessen Ratifikation

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

Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

Bevor ein Gesetzentwurf in das parlamentarische Verfahren eingeführt werden kann, sieht das deutsche Recht zwingend vor, dass dieser vor allem seitens des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz („BMJV“) einer umfassenden Rechtsprüfung, insbesondere auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz und dem Unionsrecht, zu unterziehen ist. Die Durchführung dieser Rechtsprüfung mit positivem Ausgang hat das BMJV schriftlich zu zertifizieren. Bei internationalen Übereinkommen wie dem Übereinkommen für ein Einheitliches Patentgericht („EPGÜ“) sind das BMJV und das Bundesministerium des Innern („BMI“) zwecks verfassungsrechtlicher Prüfung bereits an den Vorarbeiten zu beteiligen. Der folgende Beitrag befasst sich mit den gesetzlichen Rahmenbedingungen der Rechtsprüfung sowie ihrer Durchführung im Hinblick auf das EPGÜ und die beiden zu dessen Ratifikation in Deutschland vorgelegten Gesetzentwürfe. Dass die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz offenbar nur sehr selektiv und diejenige mit dem Unionsrecht offenbar gar nicht überprüft wurden, dürfte nach den bisherigen Erfahrungen kaum verwundern.

I. Die Rolle des BMJV bzgl. des EPGÜ und dessen Ratifikation

Die Ratifikation des EPGÜ in Deutschland beruht auf einer Gesetzesinitiative der Bundesregierung, mit der sie Gesetzgebungsverfahren über ein Vertragsgesetz zur Ratifikation des EPGÜ („Vertragsgesetz“) sowie über ein Begleitgesetz zur Anpassung der Gesetzeslage an das Übereinkommen („Begleitgesetz“) anstieß.

1. Organisation und Zusammenarbeit der Bundesministerien

Die fachlichen und personellen Ressourcen der Bundesregierung finden sich insoweit vor allem in den Bundesministerien, deren Organisation und Mitwirkung bei der Rechtssetzung die sog. „Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien“ („GGO“)¹ regelt. Struktur und Geschäftsgang der Bundesministerien sollen nachfolgend näher dargestellt werden, soweit dies für das Verständnis des vorliegenden Beitrags von Bedeutung ist.

Die Bundesministerien gliedern sich intern in Abteilungen und Referate (sog. „Organisationseinheiten“). Dabei ist das Referat die tragende Einheit, mit Erstentscheidungsbe-

fugnis in allen Angelegenheiten ihres Zuständigkeitsbereiches (§ 7 Abs. 1 GGO). Ministeriumsintern werden die Aufgabenbereiche zwischen verschiedenen Referaten und referatsintern nach Sachzusammenhängen gegliedert, die Aufgabenverteilung folgt einem Geschäftsverteilungsplan (§ 7 Abs. 2 GGO). Betrifft ein Vorgang mehrere Organisationseinheiten des gleichen Ministeriums, erhält eine davon die Federführung. Die federführende Einheit hat dann die anderen zu beteiligen (sog. „Hausabstimmung“), wobei Art und Umfang der Beteiligung ihr obliegen (§ 15 Abs. 1, 2 GGO). Die Beteiligung erfolgt in Form der sog. „Mitzeichnung“, mit der eine beteiligte Organisationseinheit die fachliche Verantwortung für den von ihr vertretenen Organisationsbereich übernimmt (§ 15 Abs. 4 GGO). In jedem Vorgang ist anzugeben, welche Organisationseinheiten ihn bearbeitet, mitgezeichnet und gezeichnet haben (§ 15 Abs. 5 GGO).

Betrifft ein Vorgang die Geschäftsbereiche mehrerer Bundesministerien, arbeiten diese zusammen; die rechtzeitige und umfassende Beteiligung (sog. „Ressortabstimmung“) obliegt dem federführenden Bundesministerium (§ 19 Abs. 1 GGO). Dieses hat die anderen sachlich berührten Bundesministerien frühzeitig zu beteiligen, um ihnen eine rechtzeitige und umfassende Mitprüfung des Vorhabens zu ermöglichen (§ 74 Abs. 5 GO).

Bevor die Bundesregierung einen Gesetzentwurf in das parlamentarische Verfahren einbringt, ist er durch das Bundeskabinett, bestehend aus dem Bundeskanzler und den Bundesministern, formal zu beschließen. Solche Beschlüsse werden durch sog. „Kabinettdokumente“ des federführenden Bundesministeriums vorbereitet (§ 22 GGO).

2. Die rechtliche Überprüfung völkerrechtlicher Verträge und Gesetzesvorlagen der Bundesregierung

Die GGO enthält detaillierte Vorgaben für Gesetzesvorlagen der Bundesregierung (§§ 42 ff GGO), wie sie z. B. das Vertrags- und Begleitgesetz zum EPGÜ darstellen. Ein Gesetzesentwurf muss zudem dem „Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften“ („HdbVRV“)² und dem „Handbuch der Rechtsförmlichkeit“ („HdbRF“)³ entsprechen (§ 42 Abs. 3, 4 GGO). In der Begründung der Gesetzesvorlage sind (u. a.) Bezüge zum und die Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union (§ 43 Abs. 1 Nr. 8 GGO) sowie die Gesetzesfolgen darzustellen, vor allem die Kosten für die Wirt-

¹ Abrufbar unter bit.ly/2z2Nt8C.

² Abrufbar unter bit.ly/2OJEmkM.

³ Abrufbar unter bit.ly/2MBg3CS.

schaft, insbesondere für mittelständische Unternehmen (§§ 43 Abs. 1 Nr. 5, 44 Abs. 1, 5 Nr. 1 GGO).

Zur Prüfung von Rechtsnormen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz sowie in allen Fällen, in denen „Zweifel bei der Anwendung des Grundgesetzes“ auftreten, hat die Bundesregierung das BMI und das BMJV, die sog. „Verfassungsressorts“, zu beteiligen (§ 45 Abs. 1 S. 2 GGO). Bei Gesetzesvorhaben, die einer eingehenden europarechtlichen Prüfung bedürfen, hat die Bundesregierung die Bundesministerien mit „übergreifenden europarechtlichen Kompetenzen“, insbesondere das BMJV und das Auswärtige Amt („AA“), frühzeitig mit der Klärung europarechtlicher Fragen zu befassen (§ 45 Abs. 1 S. 3 GGO). Bevor ein Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Beschluss vorgelegt wird, hat das BMJV ihn in rechtssystematischer und rechtsförmlicher Hinsicht zu prüfen („Rechtsprüfung“, § 46 Abs. 1 GGO). Das BMJV hat die Rechtsprüfung im Anschreiben einer Kabinetttvorlage zu bestätigen (§ 51 Nr. 2 GGO). Bei völkerrechtlichen Verträgen sind BMI und BMJV bereits an den Vorarbeiten zu beteiligen, um „die verfassungsrechtliche Prüfung“ vorzunehmen (§ 72 Abs. 4 GGO).

a) Das „Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften“

Wie erwähnt muss ein Gesetzesentwurf dem HdbVRV entsprechen, das eine instruktive Beschreibung des Verfahrens⁴ bei Erstellung eines Gesetzesentwurfs durch die Bundesregierung und umfassende inhaltliche Vorgaben enthält.

Die Hausabstimmung erfolgt auf Referatsebene, wobei das federführende Referat die zu beteiligenden Referate um Mitzeichnung des Gesetzesentwurfs bittet. Erheben diese keine Einwände, zeichnen sie mit.⁵

Eine Ressortabstimmung ist erforderlich, soweit Zuständigkeiten eines anderen Ressorts berührt sind, wobei die Verfassungsressorts – BMI und BMJV – zur Prüfung eines Gesetzesentwurfs auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz stets zu beteiligen sind.⁶ Das BMI hat dabei die Federführung hinsichtlich des Staatsorganisationsrechts, das BMJV diejenige im Bereich der Grundrechte.⁷ Das HdbVRV betont die besondere Bedeutung dieser Prüfung.⁸ Zudem weist es auf die erwähnte Verpflichtung nach § 43 Abs. 1 Nr. 8 GGO hin, in der Begründung des Gesetzesentwurfs dessen Bezüge zum Unionsrecht und die Vereinbarkeit mit diesem darzustellen.⁹

Übrigens wird auch auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme einer besonderen Eilbedürftigkeit nach Art. 76 Abs. 2 S. 4 GG hingewiesen und angemerkt, dass eine solche bei Änderung des Grundgesetzes und der Übertragung von Hoheitsrechten ausgeschlossen ist.¹⁰

⁴ HdbVRV (Fn. 2), Rn. 84 ff.

⁵ HdbVRV (Fn. 2), Rn. 102.

⁶ HdbVRV (Fn. 2), Rn. 108.

⁷ HdbVRV (Fn. 2), Rn. 246.

⁸ HdbVRV (Fn. 2), Rn. 247 f.

⁹ HdbVRV (Fn. 2), Rn. 249.

¹⁰ HdbVRV (Fn. 2), Rn. 133.

b) Das „Handbuch der Rechtsförmlichkeit“

Konkrete Vorgaben für die nach § 46 Abs. 1 GGO durchzuführende Rechtsprüfung enthält das HdbRF. Hierzu heißt es dort:¹¹

„Die Prüfung durch das Bundesministerium der Justiz ist eine rechtliche Prüfung. (...) Im Mittelpunkt der Rechtsprüfung steht, ob die Regelungen mit höherrangigem Recht vereinbar sind (sog. vertikale Rechtsprüfung). Die Prüfung konzentriert sich auf die

- *Verfassungsmäßigkeit,*
- *Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union sowie*
- *Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht, insbesondere die Vereinbarkeit mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen und der Europäischen Menschenrechtskonvention,*

soweit entsprechende Bezüge offenkundig sind oder von dem vorlegenden Ressort entsprechende Fragen gestellt werden.“

Die Rechtsprüfung nehmen die einzelnen Referate nach ihrer jeweiligen Spezialisierung vor.¹² Die Prüfung auf Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht obliegt den Verfassungsrechtsreferaten und dem Grundrechtsreferat.¹³

Den Ablauf der Prüfung beschreibt das HdbRF wie folgt:¹⁴

„In der Regel werden die Gesetz- und Verordnungsentwürfe nach Beendigung der Vorarbeiten dem Bundesministerium der Justiz mit der ausdrücklichen Bitte um Rechtsprüfung übersandt. Das Mitprüfungsreferat beteiligt soweit erforderlich andere Referate im Bundesministerium der Justiz (z. B. die Verfassungsrechtsreferate) und fasst alle Stellungnahmen zusammen. Hat das federführende Ressort die Beanstandungen berücksichtigt und ist die Prüfung abgeschlossen, so bescheinigt das Mitprüfungsreferat, dass weder rechtssystematische noch rechtsförmliche Bedenken bestehen (Prüfattest). Das federführende Ministerium kann nun in dem Anschreiben zur Kabinetttvorlage nach § 51 GGO bei der Zuleitung an das Bundeskanzleramt vermerken, dass das Bundesministerium der Justiz die Rechtsprüfung des Entwurfs bestätigt hat. Es wird damit nicht nur bestätigt, dass das Bundesministerium der Justiz Gelegenheit zur Prüfung hatte, sondern dass es auch tatsächlich geprüft hat und weder in rechtssystematischer noch in rechtsförmlicher Hinsicht Einwendungen erhebt.“

Zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzesentwurfs enthält das HdbRF einen eigenen Abschnitt mit zahlreichen Kontrollfragen, die eine frühzeitige Erkennung verfassungsrechtlicher Risiken erlauben sollen,¹⁵ u. a. auch eine solche nach Berücksichtigung der sog. Wesentlich-

¹¹ HdbRF (Fn. 3), Rn. 8.

¹² HdbRF (Fn. 3), Rn. 11.

¹³ HdbRF (Fn. 3), Rn. 11.

¹⁴ HdbRF (Fn. 3), Rn. 13.

¹⁵ HdbRF (Fn. 3), Rn. 51 ff.

keitstheorie des BVerfG, nach der der Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muss und diese nicht der Exekutive überlassen darf.¹⁶ HdbVRV und HdbRF bieten also eine umfassende Anleitung zur Durchführung der Rechtsprüfung von Gesetzesentwürfen.

3. BVerfG: Der Schutzauftrag aller Staatsorgane bzgl. der Verfassungsidentität

Die vorstehend beschriebenen Fragen der Rechtmäßigkeit werden bei einem internationalen Übereinkommen wie dem EPGÜ um einen weiteren wichtigen Aspekt ergänzt. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die Zulässigkeit der Öffnung deutscher Staatsgewalt durch internationale Übereinkommen (u. a.) begrenzt durch die Verfassungsidentität des Grundgesetzes,¹⁷ der im Zustimmungsgesetz zu einem solchen Übereinkommen enthaltene Rechtsanwendungsbefehl darf nur im Rahmen der verfassungsrechtlichen Ordnung erteilt werden.¹⁸ Alle deutschen Staatsorgane sind dem Bürger gegenüber dazu verpflichtet, die Integrität der Staatsgewalt zu wahren und zu schützen und einer Beeinträchtigung der Verfassungsidentität durch die Übertragung von Hoheitsrechten vorzubeugen.¹⁹ Dieser Anspruch betrifft vor allem die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union oder andere supranationale Einrichtungen.²⁰ Am Zustandekommen und an der Umsetzung von Maßnahmen, welche die Verfassungsidentität des Grundgesetzes berühren, dürfen deutsche Staatsorgane nicht mitwirken.²¹ Aus dieser Rechtsprechung folgt im Kontext eines jeden internationalen Übereinkommens und des diesbezüglichen Ratifikationsverfahrens für die Bundesregierung und die für sie handelnden Ministerien ein konkreter Schutzauftrag hinsichtlich der Verfassungsidentität. Dieser Schutzauftrag und der entsprechende, durch das grundrechtsgleiche Recht auf demokratische Selbstbestimmung geschützte Anspruch des Bürgers legt hier stets eine spezifische Prüfung des jeweiligen Übereinkommens auf dessen Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz und den Grundrechten nahe.

4. Rechtsprüfung bzgl. des EPGÜ und dessen Ratifikation: Zu beteiligende BMJV-Referate

Die Arbeiten zur Umsetzung der europäischen Patentreform in Deutschland werden für die Bundesregierung bekanntlich durch das BMJV federführend betreut. Die BMJV-interne Federführung hat das Referat III B 4 unter ihrem Leiter *Johannes Karcher*, vormals u. a. Richter am OLG Schleswig und am Bundespatentgericht („BPatG“)

sowie Mitarbeiter der Europäischen Kommission,²² zudem Mitglied des Vorbereitenden Ausschusses des Einheitlichen Patentgerichts („VA-EPG“).²³

Als dem für die Ratifikation des EPGÜ federführend zuständigen Referat oblagen III B 4 Art und Umfang der Beteiligung der anderen im BMJV betroffenen Referate (§ 15 Abs. 1, 2 GGO). Im Rahmen der Rechtsprüfung nach § 46 Abs. 1 GGO hatte es – wie beschrieben – insbesondere die BMJV-Verfassungsreferate zu beteiligen, also die Referate

- IV A 1 (Zuständigkeit: Grundrechte),
- IV A 2 (Verfassungsrecht der Staatsorganisation; Finanzverfassungsrecht),

sowie im Rahmen der Prüfung auf Vereinbarkeit mit dem Unions- und dem Völkerrecht weiterhin die Referate

- IV C 2 (Grundsatz- und Rechtsfragen der EU; Prozessrecht der EU), und
- IV C 3 (Völkerrecht; Recht der Internationalen Organisationen; Internationale Gerichtsbarkeit).

Nähere Informationen zu den einzelnen Referaten und ihrer Leitung zur relevanten Zeit zeigen Organisationspläne des BMJV vom 15.02.2016²⁴ und 01.10.2017²⁵.

5. Rechtsprüfung bzgl. des EPGÜ und dessen Ratifikation: Zu klärende Fragen

Für die Rechtsprüfung des EPGÜ und der Entwürfe der diesbezüglichen Ratifikationsgesetze legen HdbVRV und HdbRF vor allem eine Betrachtung folgender Fragen nahe:

- Sind das EPGÜ und die Ratifikationsgesetze mit dem Grundgesetz, insbesondere mit den Grundrechten, vereinbar?
- Sind das EPGÜ und die Ratifikationsgesetze mit dem staatlichen Schutzauftrag hinsichtlich der Verfassungsidentität vereinbar?
- Wurden in der Begründung der Ratifikationsgesetze die Bezüge zum und die Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union dargestellt (§ 43 Abs. 1 Nr. 8 GGO)?
- Wurden die Kosten für die Wirtschaft, vor allem für die mittelständischen Unternehmen beschrieben (§§ 43 Abs. 1 Nr. 5, 44 Abs. 1, 5 Nr. 1 GGO)?

Der Umstand, dass BMI und BMJV gem. § 72 Abs. 4 GGO zur Prüfung verfassungsrechtlicher Fragen bereits an den Vorarbeiten des EPGÜ zu beteiligen waren, würde nahelegen, dass all diese Fragen bereits vor Unterzeichnung des EPGÜ einmal geprüft wurden.

¹⁶ HdbRF (Fn. 3), S. 29, Frage 7.3.

¹⁷ BVerfG, 2 BvR 2728/13 u.a., Urteil vom 21.06.2016, Rn. 120 – OMT, abrufbar unter bit.ly/2OKWiMj; 2 BvR 2728/13 u.a., Beschluss vom 14.01.2014, Rn. 27 – OMT (Vorlageentscheidung), abrufbar unter bit.ly/2ma9aze.

¹⁸ BVerfG, Urteil 2 BvR 2728/13 u.a. (Fn. 17), Rn. 120 (m.w.N.); 2 BvR 2735/14, Beschluss vom 15.12.2015, Rn. 40 – Europäischer Haftbefehl, abrufbar unter bit.ly/2mQFTcZ; BVerfG, 2 BvE 2/08 u.a., Urteil vom 30.06.2009, Rn. 343 – Lissabon, abrufbar unter bit.ly/2Rsgq5v.

¹⁹ BVerfG, Urteil 2 BvR 2728/13 u.a. (Fn. 17), Rn. 166.

²⁰ BVerfG, Urteil 2 BvR 2728/13 u.a. (Fn. 17), Rn. 126.

²¹ BVerfG, Beschluss 2 BvR 2728/13 u.a., (Fn. 17), Rn. 30.

²² Vgl. näher *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Der Einsatz des BMJV für das Einheitliche Patentgericht, abrufbar unter www.stjerna.de/bmju-epg/, sowie den Lebenslauf des Herrn *Karcher* unter bit.ly/2IEJyAH.

²³ Vgl. die „Roadmap of the Preparatory Committee of the Unified Patent Court“, abrufbar unter bit.ly/2mwYtka, S. 2.

²⁴ BMJV-Organigramm vom 15.02.2016, abrufbar unter bit.ly/2oArxiI.

²⁵ BMJV-Organigramm vom 01.10.2017, abrufbar unter bit.ly/35EH8NY.

II. Das BMJV und die Rechtsprüfung bzgl. des EPGÜ und dessen Ratifikation

Der Autor dieses Beitrages hat seit Ende 2017 aufgrund des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes („IFG“)²⁶ nachzuvollziehen versucht, inwieweit das EPGÜ und die Ratifikationsgesetze seitens des BMJV auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz und dem Unionsrecht überprüft wurden. Die Antwort ist ernüchternd. Nach den vom BMJV zur Verfügung gestellten amtlichen Informationen wurden zwar einzelne Teilaspekte auf Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz untersucht, maßgebliche verfassungsrechtliche Fragen blieben indes ebenso ungeprüft wie die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht.

Die einzelnen Anfragen an das BMJV und die darauf zugänglich gemachten amtlichen Unterlagen werden nachfolgend näher beschrieben.

1. IFG-Antrag Oktober 2017

Im Oktober 2017 wurde beim BMJV Zugang zu mehreren Vorgängen aus dem Kontext der europäischen Patentreform beantragt, unter u. a. denen mit den nachfolgenden Titeln:

- „III B 4 an IV A 2; Verfassungsmäßige Prüfung Gerichtsbarkeitsübereinkommen“ (Dokument 907/2012),
- „III B 4 an IV C 4 / IV C 2 - Einheitliches Patentgericht, Entwurf eines Begleitgesetzes - Frage bezüglich der Aufgabenverteilung an das Europäische Patentamt in den VO 1257/2012 und 1260/2012“ (Dokument 815/2015), und
- „Stellungnahme des AA - Internationale Organisation für Völkerrecht - Einordnung des Einheitlichen Patentgerichts als internationale Organisation“ (Dokument 835/2015).

Der Zugang wurde weitgehend gewährt, wobei u. a. Unterschriften und Dateipfade geschwärzt wurden.

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 in den Dokumenten enthaltenen Ausgrauungen stammen vom Autor und beziehen sich auf Kontaktdaten verschiedener Bediensteter.

a) Dokument 907/2012: „Verfassungsmäßige Prüfung des [EPG-]Übereinkommensentwurfs“

Dokument 907/2012 betrifft eine E-Mail des Herrn *Karcher* vom 29.10.2012 an den Leiter des BMJV-Referats IV A 2 (Zuständigkeit: Verfassungsrecht der Staatsorganisation und Finanzverfassungsrecht), *Horst Heitland*, mit dem letzterer um „*die im Rahmen völkerrechtlicher Verträge vorzunehmende verfassungsmäßige Prüfung des Übereinkommensentwurfs*“ (über ein Einheitliches Patentgericht [“EPG“]) gebeten wurde.²⁷ Grundlage war der

EPGÜ-Entwurf nach Ratsdokument 14750/12²⁸ vom 12.10.2012.

Ein Dokument mit den Ergebnissen der „verfassungsmäßigen Prüfung“ des Referats IV A 2 konnte das BMJV jedoch überraschenderweise nicht zur Verfügung stellen.

Es erklärte zunächst, die Äußerung des Referats IV A 2 sei „*nicht Bestandteil der Akte*“. Möglicherweise habe sich „*das Anliegen des Referats III B 4*“ telefonisch oder mündlich klären lassen oder der Auftrag habe sich „*auf andere Weise erledigt*“ und dies sei dem Referat IV A 2 mündlich mitgeteilt worden. Bezeichnenderweise trug der IFG-Antrag in der vom Autor eingesehenen Behördenakte in Bezug auf Dokument 907/2013 den handschriftlichen Vermerk „*sehr bedenklich, laufendes Verfahren*“, offenbar bezogen auf das Verfassungsbeschwerdeverfahren.

Das BMJV erklärte schließlich, dass es eine schriftliche Stellungnahme des Referats IV A 2 nicht gebe und legte eine dienstliche Stellungnahme des Herrn *Heitland* vor, wonach nach dessen „*Erinnerung*“ das Referat IV A 2 auf die in besagter E-Mail „*geäußerte Bitte hin*“ keine schriftliche Stellungnahme abgegeben habe. Die Belastbarkeit dieser „*Erinnerung*“ ist freilich nicht überprüfbar. Hat also die Bundesregierung das EPGÜ am 19.02.2013 ohne positive Rechtsprüfung unterzeichnet? Die uneinheitlichen, sprachlich gestelzten Äußerungen des BMJV und der interne Warnhinweis „*sehr bedenklich*“ im Hinblick auf das in Rede stehende Dokument dürften für sich sprechen. Möglicherweise sollen die Inhalte und Ergebnisse der „verfassungsmäßigen Prüfung“ der Öffentlichkeit und vor allem dem BVerfG nicht bekannt werden. Träfe dies zu, wird man nicht annehmen können, dass die Vereinbarkeit des EPGÜ mit dem Grundgesetz als unproblematisch angesehen wurde.

b) Dokument 815/2015: Separate Rechtsgrundlage für Aufgabenübertragung an das EPA nötig?

Dokument 815/2015 betrifft die Frage, ob für die Übertragung von Aufgaben an das Europäische Patentamt („EPA“) bzgl. der Verwaltung des einheitlichen Patentschutzes die Schaffung einer separaten Ermächtigungsgrundlage nötig ist oder ob hierfür Art. 9 Abs. 1 VO 1257/12, Art. 5 Abs. 1 VO 1260/12 i.V.m. Art. 143 EPÜ genügen. In der entsprechenden E-Mail-Korrespondenz äußert sich für das Referat III B 4 die seinerzeit dorthin abgeordnete *Bernadette Makoski*. Sie erklärt, Deutschland habe sich im EuGH-Verfahren C-146/13 zwar „*deutlich*“ dahingehend positioniert, dass Art. 9 Abs. 1 VO 1257/12 nicht unmittelbar Aufgaben auf das EPA übertrage, sondern es einer separaten Übertragung seitens der Mitgliedstaaten bedürfe. Man bevorzuge im Referat III B 4 jedoch nun die gegenteilige Lesart (!), wonach Art. 143 EPÜ zu einer Übertragung von Aufgaben ermächtige und es einer separaten Rechtsgrundlage nicht

²⁶ Vgl. zum Verfahren und früheren IFG-Anträgen an das BMJV *Stjerna* (Fn. 22).

²⁷ Dokument 907/2012, abrufbar unter bit.ly/32jsgP9.

²⁸ Abrufbar unter bit.ly/2nHhU0c.

bedürfe.²⁹ Es dürfte erneut deutlich werden, wo die verfassungsrechtlichen Probleme mit dem EPGÜ herrühren.

c) **Dokument 835/2015: Völkerrechtlicher Status des Einheitlichen Patentgerichts**

Dokument 835/2015 befasst sich mit dem völkerrechtlichen Status des EPG und der Frage, ob es sich bei diesem um eine internationale Organisation handelt.

Lesenswert sind zunächst die Ausführungen des Herrn *Karcher*, der bekanntlich selbst aus dem Richterdienst stammt,³⁰ warum die Pensionen der EPG-Richter steuerfrei sein sollten, die des nicht-richterlichen Personals nebst EPG-Kanzler und Vize-Kanzler hingegen nicht.³¹

Aufschlussreich sind auch die Aussagen des Herrn *Karcher* zum Verständnis des EuGH-Gutachtens 1/09, in dem bekanntlich der erste Entwurf eines Übereinkommens zur Schaffung einer europäischen Patentgerichtsbarkeit als mit dem Unionsrecht unvereinbar verworfen wurde. Herr *Karcher* erklärt dazu:³²

„Der EuGH hat in seinem Gutachten A-1/09 zum ersten Vertragsentwurf seinerzeit klargestellt, dass ausschließlich EU-Mitgliedstaaten an einem solchem Gericht teilnehmen dürfen. Die Richter der EU-Mitgliedstaaten seien insofern Hüter und Garant des Unionsrechts.“

Dieses lange Zeit nahezu einhellig vertretene Verständnis des besagten EuGH-Gutachtens war angesichts des britischen „Brexit“-Votums und des deutschen Verfassungsbeschwerdeverfahrens von bestimmten EPG-Befürwortern hastig revidiert und in sein Gegenteil verkehrt worden.³³ Umso wertvoller ist die Erkenntnis, dass das ursprüngliche Verständnis nicht nur vom EuGH regelmäßig bekräftigt wird,³⁴ sondern es auch durch das verantwortliche BMJV-Dezernat und Herrn *Karcher* als Mitglied des VA-EPG geteilt wird bzw. während dessen Arbeit an der Ratifikation des EPGÜ geteilt wurde. Die Motivation etwaiger Änderungen dieser Haltung ist demnach offensichtlich.

2. **IFG-Antrag August 2018**

Im August 2018 beantragte der Autor dieses Beitrags beim BMJV aufgrund des IFG Zugang zu allen amtlichen Informationen ab dem 01.01.2008, welche die Vereinbarkeit des EPGÜ sowie des vor diesem diskutierten Überein-

²⁹ Dokument 815/2015, S. 2, vierter Abs., abrufbar unter bit.ly/2MKJzG7.

³⁰ Vgl. seinen Lebenslauf (Fn. 22).

³¹ Dokument 835/2015, S. 5/6 und 6/7, abrufbar unter bit.ly/2VN36d2.

³² Dokument 835/2015, S. 6, dritter Abs.

³³ Vgl. *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Die Quadratur des Kreises nach dem „Brexit“-Votum, abrufbar unter www.stjerna.de/brexit/.

³⁴ Vgl. z. B. EuGH, Gutachten 1/17 vom 30.04.2019 – CETA, abrufbar unter bit.ly/2LGwvmo; Rs. C-284/16, Urteil vom 06.03.2018 – Slowakische Republik / Achmea BV, abrufbar unter bit.ly/2XvILgF; Rs. C-64/16, Urteil vom 27.02.2018 – Associação Sindical dos Juizes Portugueses / Tribunal de Contas, abrufbar unter bit.ly/32g4Oqg.

kommens über das Gericht für europäische Patente und Gemeinschaftspatente („GEPEUPÜ“ gemäß Ratsdokument 7928/09 vom 23.03.2009) mit dem Grundgesetz betreffen. Die in Ratsdokument 7928/09³⁵ beschriebene Fassung des Übereinkommens war Gegenstand des EuGH-Gutachtens 1/09.

Das BMJV machte zehn Dokumente mit insgesamt 716 Seiten zugänglich, von denen bereits nahezu 600 auf unterschiedliche Gesetzestexte entfielen. Unterschriften und Dateipfade wurden wiederum geschwärzt.

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 in den Dokumenten enthaltenen Ausgrauungen stammen vom Autor und beziehen sich auf Kontaktdaten verschiedener Bediensteter.

a) **Dokument 907/2012**

Von Interesse ist zunächst Dokument 907/2012. Es handelt sich um einen Schriftwechsel per E-Mail zwischen dem BMJV, dem BMI und dem AA aus Oktober/November 2012 hinsichtlich des EPGÜ-Entwurfs in der Fassung des Ratsdokuments 14750/12³⁶ vom 12.10.2012, das schon Gegenstand der oben erwähnten „verfassungsmäßigen Prüfung“ seitens des Referats IV A 2 war. Hinsichtlich dieses EPGÜ-Entwurfs hatte Herr *Karcher* mit E-Mail vom 30.12.2012 auch das Referat VI 4 des BMI (Zuständigkeit: Europarecht, Völkerrecht) um die „im Rahmen völkerrechtlicher Verträge vorzunehmende verfassungsmäßige Prüfung“ gebeten.³⁷

aa) **„Unkündbarkeit“ des EPGÜ?**

In der E-Mail-Korrespondenz ist zunächst die Ausgangsnachricht des AA-Referats E05 (Zuständigkeit: EU-Rechtsfragen, Justiz und Inneres der EU) vom 25.10.2012 zu der Frage interessant, ob das Übereinkommen eine Vorschrift über die Kündigung der Mitgliedschaft erhalten sollte. Für das AA bemerkte *Kristin Kinder*:³⁸

„In dem Abkommen fehlt eine Kündigungsklausel, die aus vertragsförmlicher Sicht erforderlich ist. Nach Mitteilung des BMJ, Referat III B 4 (Herr Karcher) wurde die Frage einer Kündigungsvorschrift der Präsidentschaft bzw. dem Juristischen Dienst des Rates zur Prüfung vorgelegt. Der JD Rat tendierte – nach Auskunft von Herrn Karcher – spontan dazu, dass eher die Kündigungsmöglichkeit ausdrücklich ausgeschlossen werden müsse, weil das Unionsrecht in der Gestalt der Patentverordnung vom Inkrafttreten des Gerichtsübereinkommens (und dessen Fortbestand) abhängt. Aus Sicht unseres Fachreferates 501 sollte diese Frage nicht allein dem Rat überlassen werden, sondern eine Abstimmung des Ressorts erfolgen, ob ausnahmsweise von der üblicherweise vereinbarten Kündigungsmög-

³⁵ Abrufbar unter bit.ly/2mQJw2B.

³⁶ S. o. Fn. 28.

³⁷ Dokument 907/2012-1, abrufbar unter bit.ly/2MkJqu7.

³⁸ Dokument 907/2012-7, S. 7/8, abrufbar unter bit.ly/2pm4mbh.

lichkeit abgesehen werden soll. Insbesondere bitten wir um Prüfung, ob die dargestellte Sachlage – der Verweis auf sekundäres EU-Recht – ausreicht, um auf eine solche Klausel zu verzichten und sich unkündbar an einen Vertrag zu binden.“

Im finalen EPGÜ ist die „aus vertragsförmlicher Sicht“ erforderliche Kündigungsklausel nicht vorhanden.

bb) Verfassungsrechtliche Zweifel hinsichtlich einer Änderung der EPG-Satzung durch den Verwaltungsausschuss ohne Beteiligung des Gesetzgebers

Der seinerzeit im BMI-Referat VI 4 tätige *Tobias Plate* äußerte vor allem hinsichtlich der in Art. 21a Abs. 2 des EPGÜ-Entwurfs (=Art. 40 Abs. 2 EPGÜ) geregelten Möglichkeit einer Änderung der EPG-Satzung durch Entscheidung des EPG-Verwaltungsausschusses mit Drei-Viertel-Mehrheit und ohne Beteiligung des deutschen Gesetzgebers verfassungsrechtliche Bedenken.

In einer E-Mail vom 02.11.2012 legte Herr *Karcher* näher dar, wie das BMJV diese Frage beurteile. So dürfe die Satzung nach Art. 21a Abs. 2 des EPGÜ-Entwurfs nicht den Vorgaben des Übereinkommens widersprechen. Dies bedeute, dass der Verwaltungsausschuss nur innerhalb der Vorgaben des Übereinkommens, das seinerseits nach Art. 58d des EPGÜ-Entwurfs nicht gegen den Willen des deutschen Gesetzgebers geändert werden könne, Satzungsänderungen vornehmen könne.³⁹ Diese Konstruktion entspreche Art. 164 EPÜ und der EPÜ-Ausführungsordnung, die mit Mehrheitsentscheidung des EPO-Verwaltungsrats geändert werden könne. Gleiches solle für das EPG auch gelten.⁴⁰

Herr *Plate* konnte hierdurch nicht überzeugt werden. Mit E-Mail vom 13.11.2012 merkte er an, das vereinfachte Änderungsverfahren der EPG-Satzung nach Art. 21a Abs. 2 des EPGÜ-Entwurfs widerspreche der ständigen deutschen Staatspraxis. Zur Behebung des Problems müsse entweder ein zweistufiges Verfahren wie in Art. 58d des EPGÜ-Entwurfs (=Art. 87 EPGÜ) vorgesehen werden oder der deutsche Vertreter im EPG-Verwaltungsausschuss müsse sich vor seiner Stimmabgabe durch Bundesgesetz zur Stimmabgabe ermächtigen lassen.⁴¹ Dabei sah es Herr *Plate* auch als verfassungsrechtlich problematisch an, dass der Verwaltungsausschuss nicht einstimmig entscheide, sondern mit Drei-Viertel-Mehrheit, so dass die deutschen gesetzgebenden Körperschaften selbst bei Vorsehung des besagten zweistufigen Verfahrens übergangen werden könnten.⁴²

Mit E-Mail vom 15.11.2012 erklärte Herr *Karcher*, Änderungen der EPG-Satzung seien aufgrund der dem EPG übertragenen Hoheitsrechte unmittelbar gültig und bedürften „*folglich auch keiner weiteren innerstaatlichen Umset-*

zung“.⁴³ Er zog hierbei einen erstaunlichen Vergleich zur Verfahrensordnung des EPG:⁴⁴

„Auch bei der Verfahrensordnung des Gerichts, für die nach Artikel 22 des Übereinkommens ebenfalls der Verwaltungsausschuss zuständig ist, handelt es sich um eine Übertragung von Hoheitsrechten nach Artikel 24 Absatz 1 GG mit der Wirkung, dass die Prozessordnung unmittelbar in den Vertragsstaaten für die Bürgerinnen und Bürger bzw. die Unternehmen Rechte und Pflichten auslöst. Auch hier ist nicht vorgesehen, dass es einer zusätzlichen innerstaatlichen Inkraftsetzung der Vorschriften bedarf.“

Ob eine solche unmittelbare Schaffung von Rechten und Pflichten für den Bürger durch einen Ausschuss der Exekutive unter Umgehung des Parlaments verfassungsrechtlich zulässig ist, dürfte das BVerfG gelegentlich klären.

Abschließend drückte Herr *Karcher* seine Hoffnung aus, wonach seine ergänzenden Erklärungen die Zweifel des BMI ausräumen würden bzw. dass dieses „*etwaig verbleibende Restbedenken zurückstellen*“ möge.⁴⁵

Herr *Plate* blieb jedoch bei seiner Haltung, mit E-Mail vom 19.11.2012 teilte er mit.⁴⁶

„Nach ganz überwiegender Auffassung, der die Staatspraxis der letzten Jahrzehnte entspricht, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die gesetzgebenden Körperschaften mit ihrer vertragsgesetzlichen Zustimmung zum Übereinkommen auch bereits – gleichsam antizipiert – möglichen Änderungen dieses Übereinkommens zustimmen, die sie nicht einmal im Ansatz vor Augen haben können. Hieraus folgt für den konkreten Fall, dass Änderungen der Satzung, die Teil des Übereinkommens ist, zugleich auch immer Änderungen des Übereinkommens selbst darstellen, denen der Gesetzgeber nicht schon mit seiner Zustimmung zum Übereinkommen antizipiert zustimmen kann.

(...)

Hieraus folgt, dass aus meiner Sicht auf europäischer Ebene zurzeit keine ressortabgestimmte Weisung mit positivem Weisungstenor möglich ist, die nicht zugleich auch die von hier erbetenen Textänderungen enthält. In diesem Zusammenhang habe ich mit Verwunderung zur Kenntnis genommen, dass nach dem Weisungstext ‚BMJ der Auffassung‘ sein soll, dass es sich insofern um eine Übertragung von Hoheitsrechten im Sinne von Artikel 24 GG handelt, mit der Folge, dass Beschlüsse des Verwaltungsausschusses auch in Deutschland unmittelbar gelten. Eine verfassungsrechtliche Stellungnahme Ihres Hauses ist mir bisher nicht zugegangen. Würde diese von der über mehrere Jahrzehnte von beiden Häusern mitgetragenen verfassungsrechtlichen

³⁹ Dokument 907/2012-2, S. 2, abrufbar unter bit.ly/2VQ7Ziy.

⁴⁰ Dokument 907/2012-2, S. 2.

⁴¹ Dokument 907/2012-7, S. 5, vierter Abs.

⁴² Dokument 907/2012-7, S. 5/6.

⁴³ Dokument 907/2012-7, S. 2.

⁴⁴ Dokument 907/2012-7, S. 2/3.

⁴⁵ Dokument 907/2012-7, S. 4, erster Abs.

⁴⁶ Dokument 907/2012-7, S. 1.

Praxis abweichen, so würde mich dies zumindest überraschen.“

Die finale Regelung der beanstandeten Aspekte erfolgte im EPGÜ gemäß der Position des BMJV.

b) Ministervorlagen zur Ratifikation des EPGÜ

Auf den IFG-Antrag wurde auch die Vorlage des BMJV-Referats III B 4 an den damaligen Bundesjustizminister der Justiz und für Verbraucherschutz (nachfolgend „Bundesjustizminister“), *Heiko Maas*, bzgl. des Neustarts des Ratifikationsverfahrens hinsichtlich des EPGÜ-Vertragsgesetzes im Dezember 2016 zugänglich gemacht (Ministervorlage vom 22./24.11.2016). Mit dieser Vorlage wurden auch die darin in Bezug genommenen früheren Ministervorlagen zur Einleitung des Ratifikationsverfahrens im Mai 2016 (Ministervorlage vom 09.05.2016) sowie zur Billigung der Referentenentwürfe von Vertrags- und Begleitgesetz zum EPGÜ (Ministervorlage vom 07.01.2016) zur Verfügung gestellt. Diese Vorlagen enthalten einige interessante Einschätzungen des BMJV und zeigen, dass zahlreiche BMJV-Referate die Gesetzentwürfe zur Ratifikation des EPGÜ nach Prüfung unterstützt haben.

aa) Ministervorlage vom 22./24.11.2016 zur Neubringung des EPGÜ-Vertragsgesetzes Ende 2016

Die Bundesregierung brachte ihren Entwurf des Vertragsgesetzes zum EPGÜ im Dezember 2016 neu in den Bundesrat ein, nachdem sie bei der ersten Vorlage im Mai 2016 eine besondere Eilbedürftigkeit beansprucht hatte, obwohl Art. 76 Abs. 2 S. 5 GG dies für Gesetze, mit denen – wie im Fall des EPGÜ – Hoheitsrechte übertragen werden, ausdrücklich ausschließt; der Autor dieses Beitrags hatte den Bundesrat damals auf den Fehler hingewiesen.⁴⁷

Die aufgrund des IFG erlangten Dokumente zeigen, wie das BMJV zunächst versuchte, diesen Verfassungsverstoß notdürftig zu verschleiern, indem man die erneute Einbringung des Gesetzentwurfs mit dem kurz zuvor erfolgten britischen Votum zugunsten eines Austritts aus der EU begründete. So verteilte der damals an das BMJV abgeordnete Richter am BPatG *Axel Jacobi*, der auch durch seinen Einsatz für das erhebliche Ausmaß der erstattungsfähigen anwaltlichen Vertretungskosten in Erscheinung getreten⁴⁸ und inzwischen wieder im richterlichen Dienst des BPatG tätig⁴⁹ ist, am 16.11.2016 folgende Nachricht an Bedienstete zahlreicher Bundesministerien außerhalb des BMJV (Hervorhebung diesseits):⁵⁰

„Ich möchte Sie darüber informieren, dass unsere Hausleitung in Absprache mit dem Kanzleramt ent-

schieden hat, den anhängenden Gesetzentwurf erneut in den Deutschen Bundestag einzubringen. Das Ergebnis des Referendums über einen Austritt von Großbritannien aus der Europäischen Union gibt Anlass, den bereits im parlamentarischen Verfahren befindlichen Gesetzesentwurf der Bundesregierung erneut dem Kabinett vorzulegen. Damit soll bekräftigt werden, dass ein zügiger Start des Einheitlichen Patentgerichts mit allen Unterzeichnerstaaten einschließlich Großbritannien vorzugswürdig ist.“

Auf wen die Verbreitung dieser Behauptung zurückgeht, ist nicht bekannt. Es zeigt aber einmal mehr die Methoden, mit denen das BMJV arbeitet. Die gleiche fragwürdige Behauptung findet sich im „Sprechzettel“ für den Regierungssprecher, der Presse und Medien über die Arbeit der Bundesregierung informiert,⁵¹ auch der Öffentlichkeit sollte also die Brexit-These aufgetischt werden. Der Abschnitt ist identisch auch in dem zugehörigen Entwurf des Zuleitungsschreibens des Bundesjustizministers an den Chef des Bundeskanzleramtes enthalten, mit dem die Neuvorlage des Gesetzentwurfs an das Bundeskabinett initiiert werden sollte (Kabinettsache Nr. 18/07104).⁵²

Am 18.11.2016 zirkulierte Herr *Jacobi* dann per E-Mail BMJV-intern eine neue Version der Ministervorlage, die den Verweis auf das „Brexit“-Votum nicht mehr enthielt.⁵³ In dem Begleitvermerk des Referats III B 4 zu der vom Bundesjustizminister gebilligten Fassung der Ministervorlage vom 22.11.2016 wurde als Grund der Neuvorlage nun eine Absprache des zuständigen Parlamentarischen Staatssekretärs mit dem Bundeskanzleramt genannt:⁵⁴

„Der Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 19. Februar 2013 über ein Einheitliches Patentgericht soll am 8. Dezember 2016 vom Bundeskabinett erneut als Regierungsentwurf beschlossen werden, nachdem das Bundeskabinett bereits am 25. Mai 2016 einen ersten Beschluss darüber gefasst hatte.

Dies ist nach Mitteilung des Kabinettsreferats das Ergebnis einer Absprache zwischen Herrn PSt Lange und dem Bundeskanzleramt. In dem Kabinettsbeschluss vom 25. Mai 2016 war der Gesetzentwurf entgegen Artikel 76 Absatz 2 Satz 5 des Grundgesetzes (GG) als besonders eilbedürftig bezeichnet worden. Dies hatte zur Folge, dass die Bundesregierung dem Bundestag den Gesetzentwurf bereits nach der nach Artikel 76 Absatz 2 Satz 3 GG verkürzten Frist zugeleitet hat. Der Bundestag hat bereits am 23. Juni 2016 in erster Lesung über den Gesetzentwurf beraten. Obwohl der Bundesrat im ersten Durchgang am 8. Juli 2016 die verkürzte Frist kannte, hat er die Fristverkürzung nicht beanstandet und beschlossen, keine Einwendungen zu erheben. Gleichwohl soll der Gesetzentwurf erneut eingebracht werden, um jegliche Zweifel an einem

⁴⁷ Vgl. *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Das parlamentarische Verfahren zur Ratifikation des EPGÜ in Deutschland, S. 2, Ziffer II., abrufbar unter www.stjerna.de/ratifikationsverfahren-epgu/.

⁴⁸ Vgl. *Stjerna* (Fn. 22), S. 3, Ziffer II.3.b).

⁴⁹ Vgl. BPatG-Geschäftsverteilungsplan vom 01.10.2019, abrufbar unter bit.ly/2ptGOsB.

⁵⁰ Dokument 246/2016-8, S. 2, erster Abs., abrufbar unter bit.ly/2MPHsw9.

⁵¹ Dokument 246/2016-8, S. 4, zweiter Abs.

⁵² Dokument 246/2016-8, S. 13, zweiter Abs.

⁵³ Dokument 246/2016-9, S. 1, abrufbar unter bit.ly/2MKtLn0.

⁵⁴ Dokument 246/2016-10 (BV 22.11.2016), S. 2, abrufbar unter bit.ly/2OUr30D.

ordnungsgemäßen Zustandekommen eines Gesetzesbeschlusses auszuschließen.“

In seiner E-Mail bat Herr *Jacobi* „unter Bezugnahme auf die Vorbeteiligung“ zehn BMJV-Referate um Mitzeichnung des Gesetzentwurfs,⁵⁵ nämlich die Referate

- Z A 6 (Zuständigkeit: Verwaltungsangelegenheiten des DPMA, BPatG und EPA; internat. Personal),
- Z B 1 (Haushalt),
- Z B 5 (Rechtswissenschaften; Bürokratieabbau),
- I A 4 (Internationales Zivilverfahrensrecht; Unterhaltsrecht; Schiedsgerichtsbarkeit),
- I A 5 (Internationales Privatrecht),
- III B 5 (Markenrecht; Designrecht; Recht gegen den unlauteren Wettbewerb; Bekämpfung der Produktpiraterie),
- IV A 2 (Verfassungsrecht der Staatsorganisation; Finanzverfassungsrecht),
- IV C 2 (Grundsatz- und Rechtsfragen der EU; Prozessrecht der EU),
- IV C 3 (Völkerrecht; Recht der Internationalen Organisationen; Internationale Gerichtsbarkeit), und
- IV C 4 (Recht der völkerrechtlichen Verträge).

Das für die Grundrechte zuständige Referat IV A 1, geleitet von *Henning Plöger*, wurde offenbar nicht beteiligt; Herr *Plöger* ist nicht Adressat der E-Mail. Es handelt sich offenbar um dieselben zehn Referate, die auch vor der ersten Einbringung des Gesetzentwurfs im Mai 2016 beteiligt worden waren.⁵⁶ Auch hier war das für die Grundrechte zuständige Referat IV A 1 offenbar nicht beteiligt worden, Herr *Plöger* gehört nicht zum Verteiler der E-Mail. Bei den Referentenentwürfen des Vertrags- und Begleitgesetzes war dies noch anders, die diesbezüglich E-Mail der Frau *Makoski* vom 03.12.2015 mit der Bitte um Mitzeichnung richtete sich auch an Herrn *Plöger*.⁵⁷

Die Ministervorlage wurde am 24.11.2016 finalisiert und dem Kabinett am 08.12.2016 vorgelegt (Kabinettsache Nr. 18/07151⁵⁸). Darin bestätigte das BMJV die Durchführung der Rechtsprüfung und damit die rechtliche Unbedenklichkeit des Vertragsgesetzes:⁵⁹

„Der Gesetzentwurf wurde in rechtssystematischer und rechtsförmlicher Hinsicht geprüft (Rechtsprüfung gemäß § 46 GGO).“

Der Begleitverfügung zufolge haben elf BMJV-Referate die Vorlage am 18.11. und 21.11.2016 mitgezeichnet,⁶⁰ nämlich die zehn beteiligten Referate sowie das federführende Referat III B 4. Das Bundeskabinett beschloss die Neueinbringung des EPGÜ-Vertragsgesetzes, und der Entwurf wurde am 09.12.2016 in identischer Form, aber

nun ohne Inanspruchnahme einer „besonderen Eilbedürftigkeit“ neu in den Bundesrat eingebracht.⁶¹

bb) Ministervorlage vom 09.05.2016 zur Einleitung des Verfahrens zur Ratifikation des EPGÜ

Aufgrund des IFG zugänglich gemacht wurde auch die Vorlage an den Bundesjustizminister vom 09.05.2016⁶², die der ursprünglichen Einleitung des Verfahrens zur EPGÜ-Ratifikation vorausgegangen war. Auch darin finden sich aufschlussreiche Aussagen.

Erstaunlich ist zunächst die Begründung der entgegen Art. 76 Abs. 2 S. 5 GG in Anspruch genommenen Eilbedürftigkeit. Diese bestehe insofern,

„...als der Start des neuen Systems wegen des nationalen Verfahrens in Deutschland möglichst nicht wesentlich verzögert werden sollte.“⁶³

Ausdrücklich heißt es:⁶⁴

„Der Gesetzentwurf ist besonders eilbedürftig im Sinne von Artikel 76 Absatz 2 Satz 4 des Grundgesetzes. Nach dem Zeitplan auf europäischer Ebene soll das Einheitliche Patentgericht seine Arbeit Anfang 2017 aufnehmen. Dieser Termin sollte durch die Bundesrepublik Deutschland nicht gefährdet werden.“

Demnach folgte das EPGÜ-Ratifikationsverfahren von Anfang an nicht den rechtlichen, insbesondere den verfassungsrechtlichen Notwendigkeiten, vielmehr wurden letztere in das enge Korsett einer angeblichen zeitlichen Dringlichkeit gezwängt, welche durch den „auf europäischer Ebene“ avisierten Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme des EPG bestimmt wurde. Die rechtliche Prüfung stand offenbar von vornherein unter der Prämisse, dass das Übereinkommen in Kraft zu treten hat und zwar zu dem beabsichtigten Zeitpunkt. Wenn erklärt wird, dass „Dieser Termin (...) durch die Bundesrepublik Deutschland nicht gefährdet werden“ solle, deutet dies darauf hin, dass die im Rahmen des Ratifikationsverfahrens vorzunehmenden, in Art. 84 Abs. 2 S. 1 EPGÜ bekräftigten verfassungsrechtlichen Prüfungen offenbar als zeitraubendes Hindernis für das Inkrafttreten des EPGÜ verstanden und auch dementsprechend gehandhabt wurden.

Die Vorlage wurde durch die gleichen zehn BMJV-Referate mitgezeichnet wie die Ministervorlage vom 24.11.2016.⁶⁵

cc) Ministervorlage vom 07.01.2016 bzgl. der Referentenentwürfe des Vertrags- und Begleitgesetzes zur Ratifikation des EPGÜ

Weiterhin zugänglich gemacht wurde die Ministervorlage vom 07.01.2016⁶⁶, mit der das Referat III B 4 dem Bun-

⁵⁵ Dokument 246/2016-9, S. 1 (E-Mail vom 18.11.2016, 16:32).

⁵⁶ Dokument 246/2016-9, S. 3 (E-Mail vom 27.04.2016, 14:24).

⁵⁷ Dokument 246/2016-9, S. 4 (E-Mail vom 03.12.2015, 15:15).

⁵⁸ Dokument 246/2016-10 (BV 24.11.2016), abrufbar unter bit.ly/2oPN3iC.

⁵⁹ Dokument 246/2016-10 (BV 24.11.2016), S. 3, dritter Abs.

⁶⁰ Dokument 246/2016-10 (BV 22.11.2016), S. 7.

⁶¹ BR-Ds. 751/16, abrufbar unter bit.ly/2tLbn5q; vgl. auch *Stjerna* (Fn. 47), Ziffer IV.2., S. 3.

⁶² Dokument 246/2016-10 (09.05.2016), abrufbar unter bit.ly/2oCEbgv.

⁶³ Dokument 246/2016-10 (09.05.2016), S. 3, dritter Abs.

⁶⁴ Dokument 246/2016-10 (09.05.2016), S. 8, vierter Abs.

⁶⁵ Dokument 246/2016-10 (09.05.2016), S. 9.

des Justizministers die Referentenentwürfe des Vertrags- und Begleitgesetzes zur Billigung vorgelegt hatte. Auch in dieser Vorlage finden sich bemerkenswerte Aussagen.

So wird zur Ratifikation des EPGÜ angemerkt:⁶⁷

„Bisher hatte DEU den Beginn des parlamentarischen Verfahrens zurückgestellt, um einerseits mit den vorhandenen Kapazitäten bestmöglich Einfluss auf die Umsetzungsarbeiten zu nehmen. Zugleich konnte dadurch das Gewicht der deutschen Verhandlungsposition bei diesen Arbeiten maximiert werden. Nicht zuletzt auf Grund dieser Strategie konnte DEU sich in einer Reihe schwieriger Fragen durchsetzen, wie z. B. bei der Verfahrensordnung des EPG oder in der Gebührenfrage beim Einheitspatent.“

Es wird weiter darauf hingewiesen, dass es hinsichtlich der Möglichkeiten der Änderung der EPG-Satzung durch den EPG-Verwaltungsausschuss – vermutlich entsprechend der oben in Ziffer II.2.a)bb), S. 6) dargestellten Korrespondenz – noch zu Diskussionen mit dem BMI kommen könnte.⁶⁸

„Hinsichtlich der in Artikel 40 Absatz 2 des Übereinkommens für den Verwaltungsausschuss vorgesehenen Möglichkeit der Änderung der Satzung muss damit gerechnet werden, dass es im Rahmen der Ressortbeteiligung zu Diskussionen mit dem BMI kommt. Vor der Unterzeichnung des Übereinkommens konnten BMJV und BMI keine abschließende gemeinsame Position zu der Frage finden, ob es sich insoweit um eine Übertragung von Hoheitsrechten handelt (so BMJV) oder jeder Beschluss einer parlamentarischen Zustimmung bedarf (so BMI), weil die Satzung als ‚Teil des Übereinkommens‘ erlassen und ratifiziert wird.“

Interessant ist die breite Mitzeichnung und die damit zum Ausdruck gebrachte rechtliche Zustimmung zu den Entwürfen des Vertrags- und Begleitgesetzes durch zehn bzw. 19 BMJV-Referate, darunter IV A 2, IV C 2 und IV C 3.⁶⁹ Das für die Grundrechte zuständige Referat IV A 1 hat das Begleitgesetz mitgezeichnet, nicht aber das Vertragsgesetz.

Aus Sicht der mitzeichnenden Referate warf also die Ratifikation des EPGÜ keinerlei Probleme hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz und dem Unionsrecht auf. Grundrechte hielt man hinsichtlich des Vertragsgesetzes offenbar von vornherein nicht für tangiert.

3. IFG-Antrag Februar 2019

Ergänzend beantragte der Autor dieses Beitrags im Februar 2019 beim BMJV aufgrund des IFG Zugang zu allen amtlichen Informationen ab dem 01.01.2008, die schriftliche Äußerungen der BMJV-Referate mit Zuständigkeit für

- das Verfassungsrecht der Staatsorganisation (Referat IV A 2),

⁶⁶ Bezugsvorlage vom 07.01.2016, abrufbar unter bit.ly/2ONtgXb.

⁶⁷ Bezugsvorlage vom 07.01.2016, S. 4, zweiter Abs.

⁶⁸ Bezugsvorlage vom 07.01.2016, S. 6, dritter Abs.

⁶⁹ Bezugsvorlage vom 07.01.2016, S. 10, Ziffer II.

- Grundsatz- und Rechtsfragen der EU sowie das Prozessrecht der EU (Referat IV C 2),
- Völkerrecht; Recht der Internationalen Organisationen; Internationale Gerichtsbarkeit (Referat IV C 3), sowie
- das Recht der völkerrechtlichen Verträge (Referat IV C 4)

über die Vereinbarkeit des EPGÜ sowie des vor diesem diskutierten Entwurfs des GEPEUPÜ mit dem Grundgesetz oder dem Primärrecht der Europäischen Union, insbesondere dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (jeweils in der Fassung aufgrund des am 01.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon) sowie dem Gutachten 1/09 des EuGH vom 08.03.2011, betreffen.

Das BMJV übermittelte drei nicht näher gekennzeichnete Dokumente mit insgesamt 109 Seiten, wovon allein 74 Seiten auf das Ratsdokument 11533/11 mit dem Präsidenschaftstext der damaligen Fassung des EPGÜ sowie einen Entwurf der EPG-Satzung entfielen. Übermittelt wurden:

- die Stellungnahme der Bundesregierung vom 29.09.2009 im EuGH-Gutachtenverfahren 1/09,
- das Plädoyer der Bundesregierung vom 17.05.2010 im EuGH-Gutachtenverfahren 1/09, sowie
- eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Revisionsklausel durch das BMJV-Referat IV C 4 vom 13.10.2011.

Diese Dokumente sind dem BMJV zufolge alle dort vorhandenen antragsgemäßen amtlichen Informationen.

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 in den Dokumenten enthaltenen Ausgrauungen stammen vom Autor und beziehen sich auf Kontaktdaten verschiedener Bediensteter.

a) Äußerungen der Bundesregierung im EuGH-Gutachtenverfahren 1/09

In den ersten beiden Dokumenten⁷⁰ argumentieren die Bevollmächtigten der Bundesregierung im EuGH-Gutachtenverfahren 1/09 wenig überraschend, der Entwurf des GEPEUPÜ sei mit dem Unionsrecht, insbesondere mit dem Grundsatz der Wahrung der Autonomie der Unionsrechtsordnung, vereinbar. Bekanntlich hat der EuGH in seinem Gutachten die gegenteilige Haltung eingenommen.

b) Dokument 1132/2011: Verfassungsrechtliche Zweifel hinsichtlich EPGÜ-Änderung durch den Verwaltungsausschuss ohne Beteiligung des Gesetzgebers

Aufschlussreich ist das Dokument 1132/2011, in dem das BMJV-Referat IV C 4 (Zuständigkeit: Recht der völkerrechtlichen Verträge) sich mit der Verfassungsmäßigkeit der in Art. 58d Abs. 1 und 2 des EPGÜ-Entwurfs in der Fassung des (nur in englischer Sprache verfügbaren) Rats-

⁷⁰ StN 29.09.2009 und Plädoyer 17.05.2010, abrufbar unter bit.ly/2VKuMzz bzw. bit.ly/33FtkBf.

dokuments 11533/11⁷¹ vom 14.06.2011 vorgesehenen Möglichkeit des EPG-Verwaltungsausschusses befasst, das Übereinkommen zu ändern. Nach Art. 57 Abs. 3 dieses Entwurfs war vorgesehen, dass der Verwaltungsausschuss seine Beschlüsse mit Drei-Viertel-Mehrheit der abgegebenen Stimmen fasst, sofern das Übereinkommen oder die Satzung nichts anderes bestimmen.

Die Prüfung beruht auf einer Bitte um Stellungnahme seitens „Frau Staatssekretärin“ – offenbar der damaligen Staatssekretärin Birgit Grundmann –,

„...ob die gegenwärtig in Artikel 58d des Entwurfs für die Schaffung einer europäischen Patentgerichtsbarkeit vorgesehene ‚Revisionsklausel‘ verfassungswidrig ist oder sich im ‚verfassungsrechtlichen Graubereich‘ bewegt.“⁷²

Die verfassungsrechtliche Problematik beschrieb Referat IV C 4, seinerzeit geleitet von Martin Hiestand (Nachfolger und aktueller Leiter: Josef Brink), wie folgt (Hervorhebung diesseits):⁷³

„Das geplante Übereinkommen berührt Gegenstände der Bundesgesetzgebung im Sinne von Artikel 59 Absatz 2 Satz 1 GG¹ (Fußnote 1: Mit dem Übereinkommen werden u. a. Fragen der innerstaatlichen Gerichtsorganisation und des Gerichtsverfahrens in den Mitgliedstaaten geregelt, die einer gesetzlichen Grundlage bedürfen (vgl. insbesondere die Artikel 5 ff.) (...)) und bedarf daher innerstaatlich eines Vertragsgesetzes. Jede Änderung des Übereinkommens bedarf folglich ebenfalls eines Vertragsgesetzes, sofern der Gesetzgeber keine Rechtsverordnungsermächtigung für das Inkraftsetzen der Änderungen erteilt hat. Dabei müsste wegen des aus dem Demokratieprinzip folgenden Wesentlichkeitsvorbehalts die Möglichkeit, Änderungen durch Rechtsverordnung in Kraft zu setzen, auf Regelungen beschränkt bleiben, die nicht als derart wesentlich angesehen werden können, dass eine Delegation auf den Verordnungsgeber ausscheidet.“

Wesentlich in diesem Sinne, damit von einer Delegation ausgeschlossen und mittels eines formellen Parlamentsgesetzes zu regeln sind nach der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG⁷⁴ insbesondere alle für die Verwirklichung von Grundrechten wesentlichen Sachverhalte. Delegiert werden dürfen demnach lediglich Entscheidungen ohne Grundrechtsrelevanz. Diese bereits in der Vergangenheit beschriebene⁷⁵ Problematik ist für das EPGÜ überall dort relevant, wo dem EPG-Verwaltungsausschuss Befugnisse zur Rechtssetzung bzw. Rechtsänderung und damit gleichsam gesetzgeberische Befugnisse eingeräumt werden.

Ähnlich der später im Jahr 2012 seitens des BMI im Kontext der EPG-Satzung (vgl. Ziffer II.2.a)bb), S. 6) geäußerten Bedenken nahm das BMJV-Referat IV C 4 Anstoß an der in Art. 58d des EPGÜ-Entwurfs vorgesehenen Möglichkeit einer Revision des EPGÜ durch den EPG-Verwaltungsausschuss. Es merkte hierzu an:⁷⁶

„Die in Artikel 58d Absatz 1 und 2 des Entwurfs vorgesehenen Revisionsklauseln sind verfassungsrechtlich problematisch, da die vom Verwaltungsausschuss beschlossenen Änderungen des Übereinkommens völkerrechtlich in Kraft treten, ohne dass der deutsche Gesetzgeber der Änderung zugestimmt hat. Die bereits eingetretene völkerrechtliche Bindung könnte somit nur noch durch den Gesetzgeber innerstaatlich nachvollzogen werden; eine Ablehnung durch den Gesetzgeber wäre nicht mehr möglich. Zur Vermeidung dieses Problems sollte eine opt-out-Klausel angestrebt werden, nach der Beschlüsse des Verwaltungsausschusses nur wirksam werden, wenn diesen nicht ein Staat innerhalb einer bestimmten Frist widersprochen hat. Die Frist sollte so bemessen sein, dass in diesem Zeitraum die beschlossene Änderung zum Gegenstand eines Vertragsgesetzes gemacht werden kann.“

Der Vermerk wurde von den Referaten III B 4, IV A 2 und IV C 3 mitgezeichnet.⁷⁷

In der finalen Fassung der Revisionsklausel in Art. 87 EPGÜ wurde die im Entwurf nach Ratsdokument 11533/11 noch vorgesehene Einstimmigkeit zur Änderung des Übereinkommens nach Abs. 2 entfernt. Art. 12 Abs. 3 EPGÜ entspricht dem oben erwähnten Art. 57 Abs. 3 des Entwurfs, wonach der Verwaltungsausschuss seine Beschlüsse mit Drei-Viertel-Mehrheit der abgegebenen Stimmen fasst, sofern das EPGÜ oder die Satzung dies nicht abweichend bestimmen. Eine entsprechende Änderung des EPGÜ durch den Verwaltungsausschuss soll demnach mit Drei-Viertel-Mehrheit möglich sein und wäre damit auch für EPGÜ-Vertragsmitgliedstaaten verbindlich, die der Änderung widersprechen. Dafür enthält Art. 87 Abs. 3 EPGÜ nun den Vorbehalt, dass ein Vertragsmitgliedstaat innerhalb von zwölf Monaten erklären kann, durch einen solchen Änderungsbeschluss nicht gebunden sein zu wollen; in diesem Fall ist eine Überprüfungskonferenz der Vertragsmitgliedstaaten einzuberufen.

Dies mag die verfassungsrechtliche Brisanz einer Änderung des Übereinkommens durch den EPG-Verwaltungsausschuss etwas entschärft haben, allerdings fehlt insbesondere für die EPG-Verfahrensordnung, die erhebliche Grundrechtsrelevanz hat, jede Regelung.

4. Ergebnis

Nach den vom BMJV auf die besagten drei IFG-Anträge zugänglich gemachten amtlichen Informationen wurden einzelne Aspekte des EPGÜ und der diesbezüglichen Rati-

⁷¹ Abrufbar unter bit.ly/2m8xktS.

⁷² Dokument 1132/2011, S. 2, erster Abs., abrufbar unter bit.ly/31kUxrg.

⁷³ Dokument 1132/2011, S. 3, erster Abs.

⁷⁴ Vgl. z. B. BVerfG E 98, 218 (251); 95, 267 (307 f.).

⁷⁵ Stjerna, Die europäische Patentreform – Dringend gesucht: Die Rechtsgrundlage der „Opt-out“-Gebühr, abrufbar unter www.stjerna.de/rechtsgrundlage-opt-out-gebuehr/.

⁷⁶ Dokument 1132/2011, S. 2, letzter Abs.

⁷⁷ Dokument 1132/2011, S. 5.

fikationsgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz überprüft, eine Prüfung auf Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, insbesondere dem EuGH-Gutachten 1/09 scheint nicht stattgefunden zu haben.

a) Verfassungsrechtliche Prüfung bereits während der Vorarbeiten zum EPGÜ?

Eine Prüfung auf Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz bereits während der Vorarbeiten zum EPGÜ, wie sie § 72 Abs. 4 GGO verlangt, scheint offenbar nur in Form der im Oktober 2012 an das BMJV-Referat IV A 2 gerichteten Bitte um „verfassungsgemäße Prüfung“ erfolgt zu sein (s. o. Ziffer II.1., S. 4). Dass diese Prüfung dem BMJV zufolge nicht schriftlich dokumentiert worden sein soll, gibt Anlass zu Skepsis.

b) Prüfung auf Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, insbesondere mit den Grundrechten?

Die Vereinbarkeit des EPGÜ mit dem Grundgesetz wurde verschiedentlich bezweifelt, interessanterweise durchweg hinsichtlich der dem EPG-Verwaltungsausschuss eingeräumten Befugnisse zur Änderung des Übereinkommens und der EPG-Satzung.

Eine Prüfung des EPGÜ und des Vertragsgesetzes auf Vereinbarkeit mit den Grundrechten scheint nicht erfolgt zu sein, jedenfalls ist eine Beteiligung des entsprechenden Referats IV A 1 nur hinsichtlich des Begleitgesetzes dokumentiert. Dies, obwohl das BMJV die Federführung hinsichtlich der Rechtsprüfung im Bereich der Grundrechte hat⁷⁸ und diese Prüfung als besonders bedeutend gilt.⁷⁹

Soweit ersichtlich, hat auch eine Überprüfung auf Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem staatlichen Schutzauftrag hinsichtlich der Verfassungsidentität nicht stattgefunden.

c) Prüfung auf Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, insbesondere mit EuGH-Gutachten 1/09?

Das BMJV konnte keinerlei Informationen bereitstellen, die eine Prüfung des EPGÜ auf seine Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, insbesondere dem EuGH-Gutachten 1/09, belegen. Für eine frühzeitige Klärung europarechtlicher Fragen nach § 45 Abs. 1 S. 3 GGO ist nichts ersichtlich. Auch fehlt in den Gesetzentwürfen zur Ratifikation des EPGÜ die Darstellung der Bezüge zum und die Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union, wie § 43 Abs. 1 Nr. 8 GGO dies zwingend verlangt.

d) Beschreibung der Kosten für die Wirtschaft, insbesondere für die mittelständischen Unternehmen?

Zuletzt fällt auf, dass entgegen § 44 Abs. 1, 5 Nr. 1 GGO auch die Kostenfolgen der europäischen Patentreform für die Wirtschaft, insbesondere die mittelständischen Unternehmen, in den Entwürfen der Ratifikationsgesetze nicht thematisiert wurden. In dem Vertragsgesetz-Entwurf heißt es nur lapidar:⁸⁰

„Für die Wirtschaft, insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen, entsteht kein Erfüllungsaufwand.“

Die erheblichen Mehrkosten, die die Reform für die Wirtschaft und vor allem die mittelständischen Unternehmen mit sich bringen würde, insbesondere die signifikant erhöhten Kosten der anwaltlichen Vertretung vor dem EPG, auf die bereits im April 2016 in einem vielbeachteten Beitrag⁸¹ aufmerksam gemacht worden war, blieben unerwähnt. Dies mag damit zu tun haben, dass das BMJV sich zuvor für die entsprechenden Kostenregeln besonders engagiert und diese wiederholt als besonders als vorteilhaft verkauft hatte.⁸²

III. Ausblick

Die zur Verfügung gestellten Unterlagen lassen darauf schließen, dass das für die Umsetzung der europäischen Patentreform in Deutschland und die dortige Ratifikation des EPGÜ federführend zuständige BMJV das Übereinkommen weder umfassend auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz noch auf diejenige mit dem Unionsrecht, insbesondere dem EuGH-Gutachten 1/09, überprüft hat. Das BVerfG dürfte dies mit Interesse zur Kenntnis nehmen.

* * *

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

⁷⁸ HdbVRV (Fn. 2), Rn. 246.

⁷⁹ HdbVRV (Fn. 2), Rn. 247 f.

⁸⁰ BT-Ds. 18/11137, S. 3, E.2., abrufbar unter bit.ly/2up89Tc.

⁸¹ *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Ein vergiftetes Geschenk für KMU, abrufbar unter www.stjerna.de/kmu/.

⁸² *Stjerna* (Fn. 22).