

Die europäische Patentreform – Das Gordon/Pascoe-Gutachten und die Unvereinbarkeit des EPGÜ mit dem Unionsrecht

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

Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

Vorgeblich um die Implikationen des „Brexit“-Votums für eine etwaige Ratifikation des Übereinkommens über ein Einheitliches Patentgericht („EPGÜ“) durch Großbritannien unabhängig untersuchen zu lassen, beauftragten drei an dieser Ratifikation interessierte britische Verbände die Barrister *Gordon* und *Pascoe* mit der Begutachtung mehrerer diesbezüglicher Fragen. Das Gutachten, das weitgehend den Eindruck erweckt, rechtlich fernliegende Argumente zur Stützung gewünschter Resultate zu entwickeln, geht wie selbstverständlich davon aus, dass das Einheitliche Patentgericht kein gemeinsames Gericht der Vertragsmitgliedstaaten des EPGÜ ist. Da der Kern des politischen Ansatzes zur Herstellung der Unionsrechtskompatibilität des EPGÜ nach Gutachten 1/09 stets die gegenteilige Prämisse war, stützt es die nicht wenigen Stimmen, die das Übereinkommen für unionsrechtswidrig halten und schon zur Herstellung von Rechtssicherheit für die Nutzer dessen Überprüfung durch den EuGH verlangen. Eine Möglichkeit hierzu bietet das deutsche Ratifikationsverfahren.

I. Das Gordon/Pascoe-Gutachten

Das „Brexit“-Votum hat auch im Hinblick auf das EPGÜ für heillose Aufregung gesorgt. Angeblich zur unabhängigen Klärung einiger sich im Hinblick auf dessen Ratifikation durch Großbritannien stellender Fragen beauftragten die IP Federation, das Chartered Institute of Patent Attorneys („CIPA“) und die Intellectual Property Law Association („IPLA“) – also vor allem Verbände der im Patentrecht tätigen Anwaltschaft – die Barrister *Richard Gordon QC*¹ und *Tom Pascoe*² mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens.

Das Gutachten mit dem Titel “Re the Effect Of ‘Brexit’ on the Unitary Patent Regulation and the Unified Patent Court Agreement” (nachfolgend „Gordon/Pascoe-Gutachten“) haben seine Auftraggeber am 16. September 2016 verbreitet. Es enthält Antworten auf insgesamt acht Fragen bzw. Unterfragen hinsichtlich der Auswirkungen des „Brexit“-Votums auf die Teilnahme Großbritanniens an der europäischen Patentreform.

II. Die Rahmenbedingungen des Gutachtens

Die Beurteilung des Gutachtens sollte einige generelle Aspekte beachten.

¹ Vgl. archive.ph/wSynI.

² Vgl. archive.ph/Uy2zi.

1. Die Auftraggeber des Gutachtens

Aufschlussreich ist zunächst der Kreis der Auftraggeber.

Der IP Federation³ gehören vorrangig Unternehmen der britischen Großindustrie an, deren Geschäftstätigkeit häufig Fragen des gewerblichen Rechtsschutzes berührt. Sie hat aktuell 39 Mitglieder, die schwerpunktmäßig aus dem Bereich Chemie/Pharma stammen.

Die CIPA⁴ ist die Selbstverwaltungskörperschaft der britischen Patentanwälte, sie hat aktuell rund 3.500 Mitglieder. Ursprünglich erklärte Gegnerin der Patentreform und des Einheitlichen Patentgerichts („EPG“),⁵ wurde sie u. a. nach der Ansiedelung der EPG-Zentralkammer für die wirtschaftlich bedeutenden Bereiche Life Sciences und Chemie in London – für die sie sich intensiv eingesetzt hatte –⁶ zu einer ebenso entschiedenen Befürworterin.

Die IPLA⁷, zuvor als „Patent Solicitors Association“ bekannt, vertritt die Interessen von im gewerblichen Rechtsschutz tätigen Rechtsanwaltskanzleien aus England und Wales. Sie hat aktuell 66 Mitglieder, darunter mit *Simmons & Simmons*, *Hogan Lovells*, *Bristows* und *Bird & Bird* auch die Kanzleien sprachgewaltiger Befürworter der Patentreform. Dass die Anwaltschaft das EPG schon wegen der gravierenden Kosten der dortigen Verfahren und der sich daraus für sie ergebenden Umsatzchancen mehrheitlich sehr positiv beurteilt, ist bekannt.

Die Motivation für die Einholung des Gutachtens erläuterte der Sekretär der IPLA, *Rowan Freeland*, der – wie der maßgeblich in die Vorbereitungen des EPG eingebundene *Kevin Mooney* – als Rechtsanwalt bei *Simmons & Simmons* in London tätig ist, in einer Mitteilung auf der Website seiner Kanzlei wie folgt:⁸

“There has been a great deal of speculation over the future of the Unified Patent Court following the result of the UK Brexit referendum. A key issue for policy-makers, industry and the professions is whether the UK could continue to participate in the new court after leaving the EU. I was keen that we should get an Opin-

³ www.ipfederation.com.

⁴ www.cipa.org.uk.

⁵ “The Unified Patent Court: help or hindrance?”, Vol. I, Ev 39 ff, Rn. 55 ff., abrufbar unter bit.ly/3hxmInZ.

⁶ Help or hindrance (Fn. 5), Rn. 57.

⁷ www.ipla.org.uk.

⁸ “Firm Leads on Obtaining Legal Opinion on Post-Brexit Unitary Patent Court Membership for the UK” (26.09.2016), abrufbar unter archive.is/fUwW2.

ion on this question from Counsel who had no personal stake in the future of the UPC and who could provide objective advice on the issues.”

Dass alle Auftraggeber des Gutachtens Befürworter des EPGÜ sind, mag man im Kopf behalten.

2. Keine Offenlegung der Instruktionen

Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass den mit der Begutachtung beauftragten Barristern offenbar umfangreiche Instruktionen für die Erstellung des Gutachtens übermittelt wurden. Diese umfassen mindestens 17 Seiten⁹ und sind somit fast halb so lang wie das Gutachten selbst. Obwohl das Gutachten an zahlreichen Stellen Bezug auf diese Instruktionen nimmt,¹⁰ wurden sie bislang nicht offen gelegt.

Auf die Mitte Dezember 2016 an die Auftraggeber gerichtete Bitte um Übersendung der Instruktionen teilte Herr *Freeland* Anfang Januar 2017 mit:

“It was decided when the Opinion was obtained that we would share the Instructions only with those for whom the Opinion was obtained (including the UK Government), although the Opinion itself was not so restricted. The organisations responsible for obtaining the Opinion have confirmed that they see no reason to alter this policy.”

Diese Haltung wäre bis zur Fertigstellung des Gutachtens nicht ungewöhnlich, spricht danach aber eher dafür, dass es etwas zu verbergen gibt. Ohne Kenntnis der Instruktionen ist der Erkenntniswert des Gutachtens gering, denn in ihnen können die Auftraggeber den Gutachtern Vorgaben gemacht und dadurch die Ergebnisse der Untersuchung in eine bestimmte Richtung gelenkt haben. So könnte z. B. vorgegeben worden sein, welche Dokumente der Begutachtung zugrunde zu legen sind und welche nicht. Das übliche Vorgehen bei der Erstellung eines solchen Gutachtens wäre eigentlich, in diesem einleitend den zu begutachtenden Sachverhalt und die diesbezüglichen Instruktionen wiederzugeben, damit der Leser klar ersehen kann, welche Vorgaben der Bewertung zugrunde liegen. Dass man die Instruktionen und damit die Grundlagen der Begutachtung dauerhaft unter Verschluss halten will, macht die Ergebnisse des Gutachtens nicht überzeugender.

3. Einflussnahme der Auftraggeber?

Weitere Fragen wirft die PDF-Datei auf, in der das Gutachten versendet wurde. Sie trägt den Namen „Gordon and Pascoe Advice - UPCA (34448129_1).PDF“ und wird aktuell auf den Websites mehrerer britischer Kanzleien zum Download angeboten.¹¹ Die Metadaten der Datei, die Auskunft über ihre Historie geben, deuten darauf hin, dass die sie bei Simmons & Simmons, der Kanzlei der Herren *Mooney* und *Freeland*, generiert wurde.

⁹ Gordon/Pascoe-Gutachten, abrufbar z. B. unter bit.ly/2SUH8aT, Fn. 51 und 52, wo auf S. 17 der “Instructions” verwiesen wird.

¹⁰ Gordon/Pascoe-Gutachten, Fn. 15, 24, 46 bis 48, 51 und 52.

¹¹ Fn. 9 sowie www.simmons-simmons.com (bit.ly/3tJtV1i); www.bristowsupc.com (bit.ly/33MYbOq).

Auf eine diesbezügliche Anfrage an die Auftraggeber bestätigte Herr *Freeland* letztlich die Erstellung der Datei bei Simmons & Simmons. Er erklärte, die Kanzlei sei der „Kontaktpunkt für die Instruktionen“ an die Herren *Gordon* und *Pascoe* und für die Verteilung des fertigen Gutachtens an “those who had paid for it” zuständig gewesen. Er habe das Gutachten von den Autoren per E-Mail erhalten und es dann weiterverteilt.

Auffällig ist auch, dass das Gutachten von Montag, dem 12.09.2016 datiert,¹² die PDF-Datei jedoch erst am Mittag des Freitag, 16.09.2016, generiert und versendet wurde. Herr *Freeland* bestätigte, dass die Autoren das Gutachten den Auftraggebern am 12.09.2016 übermittelt haben. Auf die Frage, was während der folgenden vier Tage bis zur Veröffentlichung damit geschehen sei, teilte er mit, es sei am 16.09.2016 in einem Meeting der “organisations who had contributed to the Instructions” besprochen worden, woraufhin Herr *Pascoe* einige kleinere Änderungen daran vorgenommen habe, umfassend “four or five words in total, as I recall”. Danach habe er das Gutachten Herrn *Freeland* erneut übermittelt, der es dann verteilt habe.

Ohne diese Abläufe näher bewerten zu wollen, lässt sich festhalten, dass die Erstellung des Gutachtens unter der Aufsicht von Simmons & Simmons und damit der Kanzlei eines wesentlichen anwaltlichen Mitwirkenden an der Patentreform erfolgte.¹³ Welche Objektivität ein solches Gutachten haben kann, möge jeder für sich beurteilen.

III. Die Ergebnisse des Gutachtens

Erstaunlich an dem Gutachten ist bereits, dass die an dessen Anfang aufgeführten Ergebnisse mit den am Ende genannten Schlussfolgerungen nicht übereinstimmen. So umfassen letztere nur Antworten auf fünf der acht Fragen, zudem weichen die Inhalte voneinander ab. Die Fragen und die zugehörigen Antworten werden nachfolgend im Wortlaut wiedergegeben,¹⁴ die Angaben aus der Schlusszusammenfassung¹⁵ werden in Klammern aufgeführt:

“a. Question 1a: Can the UK continue to be part of the Unitary Patent? – The UK may only continue to participate in the unitary patent by entering into a new international agreement with the participating EU Member States. The permissibility of such an agreement under EU law would turn upon essentially the same matters as the legality of the UK’s continuing participation in the UPCA.

[a. The UK may only continue to participate in the unitary patent by entering into an international agreement with the EU and Member States. The legality of such an agreement would depend on the same matters as the legality of the UK’s continued participation in the UPCA.]

¹² Gordon/Pascoe-Gutachten, S. 39.

¹³ Vgl. auch deren entsprechende Mitteilung “Firm Leads on Obtaining Legal Opinion on Post-Brexit Unitary Patent Court Membership for the UK” (Fn. 8).

¹⁴ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 4.a bis h.

¹⁵ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 134.a bis e.

b. Question 1b: Can the UK continue to participate in the UPCA? – It is legally possible for the UK to continue to participate in the UPCA after ‘Brexit’ (although the CJEU’s reasoning in Opinion 1/09 is opaque and there is therefore a risk that the CJEU would find otherwise).

[b. On balance, we consider that it would be constitutionally possible for the UK to continue to participate in the UPCA after ‘Brexit’, so long as it signs up to all of the provisions of the Agreement which protect EU constitutional principles. However, there is a risk that the CJEU would reach the opposite conclusion.]

c. Question 1c: Can the UK continue to host the Life Sciences/Chemistry section of the central division? – Provided that it is legally possible for the UK to continue to participate in the UPCA, there is no reason why it cannot continue to host a section of the central division.

d. Question 2: What changes would have to be made to the UPCA? – A number of amendments would have to be made to the Agreement, which we set out in detail below.

e. Question 3: What would the UK have to sign up to? – The UK’s continued participation in the UPCA would require it to submit to EU law in its entirety as regards proceedings before the UPC. It would also need to sign up to an appropriate jurisdiction and enforcement regime (such as the Lugano Convention).

f. Question 4: Does it matter whether the UK joins the EEA? – Our advice does not depend upon whether the UK joins the EEA.

[c. Our advice does not depend on whether the UK joins the EEA.]

g. Question 5: Is it possible or desirable to obtain an opinion from the CJEU? – It would only be possible to obtain a pre-emptive opinion from the CJEU on the legality of the UPCA if the Union became a party to the Agreement.

[d. It would only be possible to obtain a pre-emptive opinion from the CJEU on the legality of the UPCA if the Union became a party to the Agreement.]

h. Question 6: What would be the consequences of ‘Brexit’ if the UK ratifies the UPCA without amendment? – If the UK ratified the UPCA, without amendment, and subsequently left the EU, any divisions of the UPC in the UK would have to cease operating. The transitional consequences of this are matters of detail to be negotiated as part of the UK’s exit negotiations.

[e. UK divisions of the UPC would have to cease operating if the UK ratified the UPCA, without amendment, and subsequently left the EU. In those circumstances, it would be necessary to adopt detailed transitional provisions in order to protect accrued rights and to regulate the position of litigants with pending proceedings.]”

IV. Der Inhalt des Gutachtens

Wie schon die Diskrepanzen bei den Ergebnissen andeuten, ist das Gutachten keineswegs klar. Es weist methodische und argumentative Schwächen auf, die den Eindruck erwecken, dass ein erwünschtes Resultat rechtlich begründet werden soll.

1. Generelle Anmerkungen

Schon die Fülle an vagen Formulierungen gerade im Hinblick auf das dem EuGH-Gutachten 1/09 angeblich beizumessende Verständnis, wie z. B. “the Court is not intending to say”,¹⁶ “that would prove too much”¹⁷ oder “the better analysis is”¹⁸ deutet darauf hin, dass man sich seiner Sache offenbar keineswegs sicher war und daher anstelle der Verwendung klarer Formulierungen lieber im Ungefähren blieb.

Zudem krankt das Gutachten an einem fehlenden Verständnis der Zusammenhänge und der Historie der europäischen Patentreform. Die Aussagen zur Rolle des EPA und zur Stellung des EPÜ in Bezug auf das Unionsrecht¹⁹ sind fragwürdig, ebenso der wiederholt erweckte unzutreffende Eindruck, der EuGH habe sich zum EPGÜ geäußert.²⁰

2. Unzutreffende Annahmen

Auch inhaltlich überzeugt das Gutachten nicht. An entscheidenden Stellen wird wiederholt mit ebenso fragwürdigen wie pauschalen Annahmen gearbeitet. Autoritäten, die den offenbar beabsichtigten Ergebnissen entgegen stehen, bleiben mit pauschaler Begründung unberücksichtigt.

So heißt es z. B. hinsichtlich des Ratsdokuments 10630/11 und dem darin enthaltenen „Non-Paper“ der Kommission mit dem Titel „Lösungen für ein Einheitliches Patentgerichtssystem - Vorgehen im Anschluss an das Gutachten 1/09 des Gerichtshofs“, auf das sich die EU-Institutionen nach Gutachten 1/09 bei der Ausgestaltung des EPGÜ stützten, die darin geäußerte Folgerung, nicht der EU angehörige Staaten müssten von einer Teilnahme am Überkommen ausgeschlossen werden, werde nicht begründet und helfe daher nicht weiter,²¹ es könne also außer Betracht bleiben. Die angeblich fehlende Begründung findet sich indes direkt vor der zitierten Schlussfolgerung auf S. 5 f. des Dokuments. Unberücksichtigt bleibt auch der Umstand, dass gerade die jüngst bekannt gewordene “Note to Ms Margot Fröhlinger”²² des Rechtsdienstes der Kommission, aus der das besagte „Non-Paper“ hervorging, an-

¹⁶ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 100.

¹⁷ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 59.

¹⁸ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 70, S. 23.

¹⁹ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 69.

²⁰ Gordon/Pascoe-Gutachten, z. B. Rn. 72, 82, 102.

²¹ Gordon/Pascoe-Gutachten, Fn. 8.

²² Note to Ms Margot Fröhlinger “Possible solution for the European and EU Patent Court (EEUPC) replying to the concerns raised by the Court of Justice of the EU (CJEU) in its Opinion 1/09“, abrufbar unter xup.in/dl.42923784; hierzu näher *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Die Quadratur des Kreises nach dem ‚Brexit‘-Votum, Ziffer III.2.a), S. 4 f., abrufbar unter www.stjerna.de/brexit.

schaulich belegt, dass der besagte Ansatz auf politischen Vorgaben beruht. Dass die Autoren diese mit der Erklärung außen vor lassen, sie brächten „die Dinge nicht weiter“, stärkt die Überzeugungskraft ihres Gutachtens nicht.

Genauso verfährt man mit Gutachten 1/09 des EuGH. Passagen, die mit den eigenen Vorstellungen von vornherein entgegen stehen, lässt man schlicht als unklar („opaque“) außen vor, darunter die Schlussfolgerung in Rn. 89 des Gutachtens.²³

Auf diese Art und Weise rückt man sich den Sachverhalt so zurecht wie man ihn braucht, um nachfolgend die angestrebten Ergebnisse begründen zu können.

3. EuGH-Gutachten 1/09

Ein wesentliches Hindernis für die EPGÜ-Teilnahme eines nicht (mehr) der EU angehörigen Großbritanniens ist das EuGH-Gutachten 1/09, in dem der ursprüngliche Entwurf eines Übereinkommens zur Schaffung einer europäischen Patentgerichtsbarkeit als unionsrechtswidrig abgelehnt worden war. Wie erwähnt hatten die politischen Akteure Gutachten 1/09 so verstanden, dass dieses die Teilnahme von nicht der EU angehörigen Staaten am EPGÜ ausschließe.²⁴ Angesichts des „Brexit“-Votums war dieses Verständnis plötzlich vor allem von anwaltlichen Angehörigen des „Expert Panel“ des Vorbereitenden Ausschusses des EPG mit wenig überzeugenden Gründen in Zweifel gezogen worden.²⁵ Das Gordon/Pascoe-Gutachten bemüht sich, deren Positionen rechtlich zu untermauern, ohne sich mit den Kernaussagen des Gutachtens 1/09 näher auseinanderzusetzen zu müssen.

a) Ausgangspunkt

In den Ausführungen zu der Frage „Can the UK participate in the UPCA?“ (Frage 1b) wird in einem Abschnitt mit dem Titel „The proper interpretation of the CJEU’s Opinion 1/09“ unterstellt, es habe neben dem vorgenannten „offiziellen“ Verständnis der EU-Institutionen einen konkurrierenden Ansatz gegeben, wonach auch Nicht-EU-Mitglieder am EPGÜ teilnehmen könnten, sofern sie hinreichende Gewährleistungen zur Sicherstellung des Vorrangs und der Einheitlichkeit des Unionsrechts abgäben.²⁶ Dass die letztgenannte Theorie erstmals in einem von Prof. Tilmann im Juli 2016 nach dem „Brexit“-Votum veröffentlichten Aufsatz²⁷ vertreten worden war, wird freilich nicht erwähnt.

Prof. Tilmann war bis dahin der erstgenannten Ansicht. So hatte er erklärt, das Patentgericht könne nach Gutachten 1/09 in Form eines internationalen Gerichts errichtet werden, sofern dieses nicht außerhalb des institutionellen und rechtlichen Rahmens der EU stehe.²⁸ Aus der vom EuGH

in Gutachten 1/09 deutlich gerügten Entziehung der Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte durch das Patentgericht²⁹ leitete er ab:³⁰

“It seems to be the element of an ‘international court which is outside the institutional and judicial framework of the European Union’ (Nr. 89) which, by the Court, is seen as a ‘deprivation’. (...) This is to be read, as I see it, in that way that an international court agreement is ‘within the judicial system of the EU’, if it is ‘common to a number of Member States’ (i.e. only EU states participating).”

Dies brachte ihn zu der Schlussfolgerung:³¹

“It is the non EU-states participation in the Agreement which, in the opinion of the Court, would make the difference: The centralised court could not be seen as one being ‘within the judicial system of the EU’ being subject to its ‘mechanisms’.”

Schon dieser fragwürdige Ausgangspunkt der Beschreibung des angeblich „korrekten Verständnisses“ des Gutachtens 1/09 zeigt, dass das Gutachten vor allem eine fachliche Legitimation ebenso widersprüchlicher wie rechtlich zweifelhafter Konstruktionen bewirken soll.

b) “The proper interpretation of Opinion 1/09”

In ihrem Gutachten teilen die Herren Gordon und Pascoe das von Prof. Tilmann nun vertretene Verständnis des Gutachtens 1/09, denn dieses sei *“the better interpretation”*.³² Ihrer Ansicht nach ist die Kernaussage des EuGH in Rn. 89 des Gutachtens 1/09, worin u. a. gerügt wurde, dass sich das Patentgericht außerhalb des institutionellen und gerichtlichen Rahmens der Union befinde, *“somewhat ambiguous”*³³ und sei „korrekt“ wie folgt zu verstehen:³⁴

“In summary, we therefore consider that the correct interpretation of Opinion 1/09 is that Member States may enter into an international agreement (between themselves or with non-Member States) which surrenders their national courts’ jurisdiction to decide disputes which raise questions of EU law, such as the UPCA. However, they may only do so where appropriate safeguards are in place to protect EU constitutional principles. The question of whether or not there are appropriate safeguards in place is a question of EU law.”

Hierfür wird u. a. vorgebracht, (nur) dieses Verständnis sei vereinbar mit den früheren EuGH-Gutachten 1/91, 1/92 und 1/00,³⁵ also mit Judikaten, die bis zu rund 20 Jahre vor Gutachten 1/09 ergangen sind. Umgekehrt bleiben neuere Entscheidungen des EuGH wie z. B. sein Gutachten 2/13

²³ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 4.b, 97, 102.

²⁴ Stjerna (Fn. 22), Ziffer III., S. 4 ff.

²⁵ Stjerna (Fn. 22), Ziffer II., S. 1 ff.

²⁶ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 51.

²⁷ GRUR 2016, 753 ff.

²⁸ Tilmann, „More Hope for the European Patent Court“, Ziffer 3, abrufbar unter [archive.md/iSONV](https://www.archive.md/iSONV); vgl. auch ders., GRUR Int 2011, 499 (Ziffern 4., 15.).

²⁹ EuGH, Gutachten 1/09, Rn. 79 f., 89, abrufbar unter [archive.md/iSONV](https://www.archive.md/iSONV).

³⁰ Tilmann, „EUCJ-Opinion 1/09 – Analysis and Consequences“, Ziffer 18, abrufbar unter [archive.md/BJfcm](https://www.archive.md/BJfcm).

³¹ Tilmann, EUCJ-Opinion 1/09 (Fn. 30), Ziffer 23.

³² Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 52.

³³ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 55.

³⁴ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 71.

³⁵ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 60 bis 70.

zum Beitritt der EU zur EMRK vom 18.12.2014, die das in Gutachten 1/09 niedergelegte Verständnis bestätigen und damit in Widerspruch zu der seitens der Gutachter propagierten Ansicht stehen, unerwähnt.

So bekräftigt der EuGH in seinem Gutachten 2/13, nachdem er die grundlegenden Elemente der Unionsrechtsordnung beschrieben hat,³⁶ unter Verweis auf Gutachten 1/09 erneut die Bedeutung seines Kooperationsverhältnisses mit den mitgliedstaatlichen Gerichten bei der Sicherstellung der vollständigen Anwendung und einheitlichen Auslegung des Unionsrechts (Hervorhebung diesseits):³⁷

„Um sicherzustellen, dass die besonderen Merkmale und die Autonomie der Rechtsordnung der Union erhalten bleiben, haben die Verträge ein Gerichtssystem geschaffen, das zur Gewährleistung der Kohärenz und der Einheitlichkeit bei der Auslegung des Unionsrechts dient.

In diesem Rahmen ist es Sache der nationalen Gerichte und des Gerichtshofs, die volle Anwendung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten und den Schutz der Rechte zu gewährleisten, die den Einzelnen aus ihm erwachsen (Gutachten 1/09, EU:C:2011:123, Rn. 68 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Insbesondere besteht das Schlüsselement des so gestalteten Gerichtssystems in dem in Art. 267 AEUV vorgesehenen Vorabentscheidungsverfahren, das durch die Einführung eines Dialogs von Gericht zu Gericht gerade zwischen dem Gerichtshof und den Gerichten der Mitgliedstaaten die einheitliche Auslegung des Unionsrechts gewährleisten soll (vgl. in diesem Sinne Urteil van Gend & Loos, EU:C:1963:1, S. 25) und damit die Sicherstellung seiner Kohärenz, seiner vollen Geltung und seiner Autonomie sowie letztlich des eigenen Charakters des durch die Verträge geschaffenen Rechts ermöglicht (vgl. in diesem Sinne Gutachten 1/09, EU:C:2011:123, Rn. 67 und 83).“

Ein weiteres neueres Urteil bestätigt dieses Verständnis.³⁸

Es wird auch in einem Artikel Richters am EuGH *Allan Rosas* betont, der an Gutachten 1/09 mitgewirkt hat. Dessen Kernaussage sei folgende (Hervorhebung diesseits):³⁹

“The added value of Opinion 1/09 lies undoubtedly in its emphasis of the essential role played by national courts as integral parts of the Union judicial system. Just as the tasks of the Union Courts cannot be transferred to non-EU bodies, the national courts of the EU Member States have a constitutional mandate which cannot, in principle, be outsourced. Both Union Courts and national courts fulfil a ‘duty entrusted to them

both’ of ensuring that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed.”

Man mag unliebsame Kernaussagen des Gutachtens 1/09 als unklar darstellen, um eine inhaltliche Auseinandersetzung hiermit vermeiden zu können. Die seither ergangene Rechtsprechung des EuGH belegt jedoch, dass diese nicht disponibel sind. Eine rechtliche Beurteilung, die hiervor die Augen verschließt, hat keinen relevanten Aussagewert.

c) Das EPGÜ verstößt gegen das Unionsrecht

Die Autoren gehen jedoch noch einen Schritt weiter, um die vermeintliche Richtigkeit ihres Verständnisses zu belegen. So argumentieren sie, ohne Zugrundelegung ihrer Interpretation des Gutachtens 1/09 sei das EPGÜ mit dem Unionsrecht unvereinbar. Dass verschiedene Kommentatoren⁴⁰ genau dies vertreten, scheint ihnen nicht bewusst zu sein. Die Gutachter erklären (Hervorhebung diesseits):⁴¹

“Third, if the effect of Opinion 1/09 were that courts outside the Union legal order may not be granted jurisdiction to decide disputes which raise questions of EU law, that would prove too much. On such an interpretation, the UPCA in its current form (between EU Member States) would be unlawful. That is because the UPCA itself is not Union legislation and does not create a court which is part of the Union legal order. The UPC, as the product of an international agreement, is an international tribunal. This is clear from the designation of the Court as an international organisation in the Protocol on Privileges and Immunities of the Unified Patent Court. It is also clear from the fact that the UPCA imposes various obligations upon the UPC which are already incumbent on national courts (e.g. respecting the supremacy of EU law and making references to the CJEU). If the UPC were truly part of the Union legal order, it would already be subject to these obligations without them needing to be spelled out in the Agreement. Whilst Article 1 of the UPCA and Article 71a of the Brussels Regulation designate the UPC as a “court common to a number of Member States”, we do not consider that such secondary legislation is capable of converting the UPC’s fundamental status as an international court into that of a court which is part of the national legal order.”

Dieses Vorbringen erstaunt. Es mag dem benötigten Verständnis von Gutachten 1/09 entsprechen (*“This is consistent with our preferred interpretation of Opinion 1/09.”*)⁴², rechtlich fundiert ist es nicht. So könnte ein Verweis auf das EPGÜ die Argumentation allenfalls dann stützen, wenn der EuGH dessen Kompatibilität mit dem Unionsrecht bestätigt hätte. Dies ist bislang jedoch nicht der Fall.

³⁶ EuGH, Gutachten 2/13, Rn. 163 bis 173, abrufbar unter bit.ly/33KMF61.

³⁷ EuGH, Gutachten 2/13 (Fn. 36), Rn. 174 bis 176.

³⁸ EuGH, Rs. C-583/11 P, Urteil vom 03.10.2013, Rn. 90, 99, abrufbar unter bit.ly/3v2Vf3.

³⁹ Rosas, “The National Judge as EU Judge: Opinion 1/09”, in: *Pascal Cardonel*, Constitutionalising the EU judicial system (2012), S. 105 (121, zweiter Abs.).

⁴⁰ Vgl. neben den Artikeln von *Jaeger* z. B. *Mylly*, A Constitutional Perspective, in: *Pila/Wadlow*, The Unitary EU Patent System (2015), S. 77 (79); auch *Baratta*, Legal issues of economic integration 2011, 297 (319); *Peers*, EuConst 2011, 229 (260).

⁴¹ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 59.

⁴² Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 64.

Wer sich in diesem Zusammenhang fragt, welche Bedeutung die Gutachter der Erwähnung des Benelux-Gerichtshofs in Gutachten 1/09⁴³ beimessen, erhält auch hierauf eine Antwort. Dies erkläre sich wie folgt:⁴⁴

“However, in our view the answer to this argument is that the Court is not intending to say at [82] that a tribunal such as the Benelux Court, which is integrated into the participating Member States’ national legal systems, is the only means of lawfully granting jurisdiction to an international tribunal. It is simply observing that, whereas the Benelux Court, as a court within the Union legal order, is already subject to the obligations of national courts imposed by the Treaties, the UPC must be subject to additional scrutiny because it is not subject to those obligations.”

Möge der Leser entscheiden, ob ihn dies überzeugt.

Beiläufig bestätigt das Gordon/Pascoe-Gutachten auch die Meinung derjenigen, die das EPGÜ schon deshalb für mit dem Unionsrecht unvereinbar halten, weil das EPG sich vom Benelux-Gerichtshof in entscheidenden Belangen unterscheidet, so dass es – ungeachtet der gegenteiligen Aussage in Art. 1 II EPGÜ – kein „gemeinsames Gericht der Vertragsmitgliedstaaten“ ist.⁴⁵ Die Gutachter führen aus (Hervorhebung diesseits):⁴⁶

“(…), we do not consider that the UPC’s designation as a ‘Court common to the Contracting Member States’ is necessary to ensure compliance with the CJEU’s Opinion 1/09 (indeed, it is something of a legal fiction because the UPC is clearly an international tribunal, not a national court within the Union legal order). Nonetheless, we anticipate that this amendment may be controversial because it would superficially appear to represent a reversal of the Commission’s solution for bringing the UPCA into line with Opinion 1/09.”

Während die von den Herren Gordon und Pascoe genannten Aspekte für eine rechtlich tragfähige Begründung ihres Verständnisses von Gutachten 1/09 nicht geeignet sind, ist ihr Verständnis des EPG als außerhalb der Unionsrechtsordnung befindlichem Gericht (und den sich hieraus ergebenden Folgen für das EPGÜ) hiervon unabhängig. Somit kann dem Gordon/Pascoe-Gutachten doch eine sehr relevante Aussage entnommen werden, wenngleich nicht die vorrangig beabsichtigte.

d) Voraussetzungen für die Wahrung des Unionsrechts durch das EPGÜ laut Gordon/Pascoe

Aufgrund ihres Verständnisses des Gutachtens 1/09 bestimmen die Gutachter pauschal drei Bedingungen, die der EuGH angeblich für die Vereinbarkeit des EPGÜ mit dem Unionsrecht aufgestellt habe: „Respekt“ für den Vorrang

des Unionsrechts, die Möglichkeit des Schadensersatzes und/oder der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens bei Unionsrechtsverletzungen sowie „Einheitlichkeit“ durch Vorabentscheidungsersuchen.⁴⁷ Diese angeblichen drei “requirements” werden nachfolgend bei jeder sich bietenden Gelegenheit wiederholt.⁴⁸

Auch sie werden jedoch im Gutachten nicht konsistent verwendet. So lautet die Antwort der Autoren auf die Frage, welchen Verpflichtungen sich Großbritannien für eine fortgesetzte Teilnahme am EPGÜ nach einem „Brexit“ unterwerfen müsse (Hervorhebung diesseits):⁴⁹

“The UK’s continued participation in the UPCA would require it to submit to EU law in its entirety as regards proceedings before the UPC.”

Inhaltlich wird hierzu erklärt, „hinsichtlich der Funktionen des EPG“ müsse die Anwendung europäischen Rechts in seiner Gesamtheit akzeptiert werden, „insbesondere“ die besagten drei Voraussetzungen.⁵⁰

An anderer Stelle heißt es zu den Maßnahmen, mit denen die Vereinbarkeit des EPGÜ mit dem Unionsrecht angesichts Gutachten 1/09 herzustellen sei:⁵¹

“It follows in our opinion that the Court’s concerns are capable of being met by putting in place sufficient safeguards to ensure that the UPC is subject to the same obligations, in terms of the supremacy and uniformity of EU law, as national courts.”

Danach soll also die Gleichstellung des EPG mit den nationalen Gerichten hinsichtlich ihrer unionsrechtlichen Pflichten in Bezug auf die Grundsätze des Vorrangs und – nunmehr auch – der Einheitlichkeit des Unionsrechts erforderlich sein. In den am Ende des Gutachtens aufgeführten Ergebnissen heißt es demgegenüber wiederum:⁵²

“On balance, we consider that it would be constitutionally possible for the UK to continue to participate in the UPCA after ‘Brexit’, so long as it signs up to all of the provisions of the Agreement which protect EU constitutional principles.”

Um die Verwirrung komplett zu machen, war im ersten Teil des Gutachtens zu Art. 1 EPGÜ, der das EPG – wie ausgeführt – zumindest deklaratorisch dadurch an den Benelux-Gerichtshof annähern soll, dass man ihm dieselben unionsrechtlichen Pflichten zuschreibt wie einem nationalen Gericht, noch erklärt worden.⁵³

“As we explain below, we consider that this new provision was essentially a cosmetic addition and did not have any material effect on the legality of the UPCA.”

Eine stringente Argumentation sieht wahrlich anders aus.

⁴³ EuGH, Gutachten 1/09, Rn. 82, abrufbar unter bit.ly/2RR9QsG.

⁴⁴ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 100.

⁴⁵ Z. B. Jaeger, “All Back To Square One?”, S. 15, abrufbar unter archive.md/BJfcM; auch de Visscher, GRUR Int 2012, 214 (219).

⁴⁶ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 106, S. 31, letzter Abs.

⁴⁷ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 72.

⁴⁸ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 91, 92, 94, 101, 103, 121.

⁴⁹ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 4.e.

⁵⁰ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 4.e und 121.

⁵¹ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 58.

⁵² Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 134.b.

⁵³ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 15.a.

e) **Vorbehalt hinsichtlich der Vertretbarkeit des geäußerten Verständnisses zu Gutachten 1/09**

Es verwundert nicht, dass die Ausführungen zum angeblich „korrekten Verständnis“ des Gutachtens 1/09 an ihrem Ende mit einem deutlichen Vorbehalt versehen werden, wonach der EuGH dieses ablehnen könne.⁵⁴

“However, the CJEU’s reasoning in Opinion 1/09 is, undoubtedly, opaque, and there is a risk that the Court may, in a future opinion, interpret it as precluding the participation of non-Member States. There is some textual support for this view in the Opinion.”

Es scheint in der Tat nicht unwahrscheinlich, dass der EuGH das seinem Gutachten 1/09 im Gordon/Pascoe-Gutachten gegebene Verständnis nicht teilen wird.

4. **Bewertung durch die Auftraggeber**

Das Gutachten wurde vor allem seitens der anwaltlichen Auftraggeber nahezu euphorisch aufgenommen.

So erklärte der Sekretär der IPLA, Rowan Freeland:⁵⁵

“Their Opinion is admirably clear in its analysis, and helps set the agenda for the political debate.”

Die CIPA äußerte sich etwas zurückhaltender:⁵⁶

“CIPA President Tony Rollins said: ‘There is now a legal path to securing our continued participation in the Unified Patent Court and the Unitary Patent following Brexit, although this will take some time. We are pleased that Counsel’s Opinion supports our position, but more work needs to be done before the UK can ratify the UPC Agreement.’”

Die IP Federation gab – soweit ersichtlich – keine offizielle Stellungnahme zu dem Gutachten ab.

5. **Zwischenfazit**

Das Gordon/Pascoe-Gutachten überzeugt nicht. Allzu sehr scheint es an der Begründung gewünschter Ergebnisse ausgerichtet als an einer rechtlich fundierten Analyse.

Offenbar handelt es sich in erster Linie um eine Art Placebo der auftraggebenden Verbände für die britische Regierung, um die von ihnen gewünschte rasche Ratifikation und die damit verbundene Eingehung neuer unionsrechtlicher Pflichten ungeachtet des „Brexit“-Votums zu forcieren. Sollte Großbritannien das EPGÜ auf dieser zweifelhaften Grundlage ratifizieren, wird dies vor allem für die britische Industrie eine gravierende Rechtsunsicherheit zur Folge haben. Angesichts dessen wäre es nicht verwunderlich, wenn die britischen Nutzer von dem neuen System Abstand hielten, bis die Teilnahmemöglichkeit auch eines aus der EU ausgetretenen Großbritanniens am EPGÜ rechtlich gesichert ist.

Dabei dürfte die Wahrung der angeblichen drei Bedingungen – Gewährleistung des Vorrangs des Unionsrechts, Möglichkeit von Schadensersatz und/oder Vertragsverletzungsverfahren bei Unionsrechtsverstößen sowie die Gewährleistung von Vorabentscheidungsersuchen i.S.v. Art. 267 AEUV – dem EuGH allein kaum genügen, um das EPGÜ als mit dem Unionsrecht vereinbar anzusehen. Dies schon deshalb, weil letzteres neben dem genannten Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts bekanntlich weitere Verfassungsprinzipien umfasst,⁵⁷ deren Einhaltung nicht optional ist. Hierzu gehören vor allem der Grundsatz der Legalität und das vom EuGH in Gutachten 1/09 betonte Prinzip der Vollständigkeit der Rechtsbehelfe und Verfahren im Hinblick auf Auslegung und Anwendung des Unionsrechts durch das in Art. 19 EUV und Art. 267 AEUV angelegte Modell der Kooperation zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten der Mitgliedstaaten.⁵⁸ Insofern kann die Annahme im Gordon/Pascoe-Gutachten, der EuGH werde das EPGÜ bereits dann als unionsrechtskonform ansehen, wenn dieses nur den Vorrang des Unionsrechts gewährleiste, andere gleichrangige Grundsätze jedoch nicht, und vor allem einer der Kernkritikpunkte des Gutachtens 1/09, die Störung des Kooperationsverhältnisses zwischen dem EuGH und den mitgliedstaatlichen Gerichten, unverändert vorhanden ist, schwerlich überzeugen.

Im Ergebnis ist das Gordon/Pascoe-Gutachten das, was man angesichts der Rahmenbedingungen von ihm erwarten kann: Ein Gefälligkeitsgutachten, das sich als Marketinginstrument zur Förderung bestimmter Interessen einsetzen lässt. Wünschenswert wäre demgegenüber schon im Interesse der Nutzer des neuen Systems eine wirklich neutrale Begutachtung der realistischen rechtlichen Optionen durch unabhängige Gutachter gewesen.

V. **Ankündigung der britischen Regierung hinsichtlich der Ratifikation des EPGÜ**

Am 28.11.2016 erklärte sich die britische Regierung in einer Pressemitteilung mit dem Titel *“UK signals green light to Unified Patent Court Agreement”* zu ihren Absichten bezüglich der Ratifikation des EPGÜ:⁵⁹

“The UK government has confirmed it is proceeding with preparations to ratify the Unified Patent Court Agreement.”

Wohl im Hinblick auf etwaige Bedenken gegen dieses Vorgehen angesichts des „Brexit“-Votums wurde ergänzt:

“The UPC itself is not an EU institution, it is an international patent court.”

Dass die formale Stellung des EPG als internationale Organisation (Art. 4 I EPGÜ) nicht bedeutet, dass dieses keinen unionsrechtlichen Pflichten unterliegen würde, ergibt sich schon aus EuGH-Gutachten 1/09.

⁵⁴ Gordon/Pascoe-Gutachten, Rn. 97.

⁵⁵ Oben Fn. 8.

⁵⁶ “Legal opinion on the UK’s participation in the UPC after Brexit” (19.09.2016), abrufbar unter archive.md/cq6qA.

⁵⁷ Z. B. Jaeger, “Reset and Go: The Unitary Patent System Post-Brexit”, S. 22, abrufbar unter bit.ly/3eR3kvc.

⁵⁸ Jaeger, Reset and Go (Fn. 57), S. 21, vorletzter Abs.

⁵⁹ Abrufbar unter archive.md/aEvtv.

Mahnende Stimmen kamen von unerwarteter Seite. So scheint der IP Federation zu dümmern, dass die zeitnahe Ratifikation des EPGÜ durch Großbritannien ohne zuverlässige Kenntnis der Rechtssituation bei Vollzug eines „Brexit“ ihre Mitglieder ebenso wie die britische Industrie in ihrer Gesamtheit einer erheblichen Rechtsunsicherheit aussetzt und forderte entsprechende Maßnahmen.⁶⁰

“It is noted that the Unified Patent Court Agreement does not provide any mechanism for what happens if a contracting state ceases to be part of the EU. The IP Federation therefore recognises that the forthcoming withdrawal of the UK from the EU in 2019 leads to uncertainty for industry over what will happen to the UK part of Unitary Patents and to ongoing litigation at the UPC covering the UK. (...)

Given that the clock is now ticking for the commencement of the UP and UPC, the IP Federation calls on both the UK and the other contracting states to commence work on the legal framework that will be needed for both of these options as soon as possible.”

Die Notwendigkeit einer rechtssicheren Lösung zum Verbleib Großbritanniens im EPGÜ auch nach einem Austritt aus der EU betonte mit der European Patent Lawyers Association („EPLAW“) sogar ein anwaltlicher Verband. Man begrüßte die Mitteilung der britischen Regierung, unterstrich jedoch die Wichtigkeit eines rechtssicher ausgestalteten Austrittsszenarios:⁶¹

“It is now hoped that the UK and Germany and all the other signatory states will conclude the ratification process as soon as possible, without unnecessary delay, but most importantly without compromising legal certainty. In doing so, all measures should be taken to ensure that UK will be able to remain part of the UP-CA following the envisaged exit from the European Union. This is critical to providing businesses with certainty about the new system as they return to planning for its introduction.”

Während die jüngste Unterzeichnung des Protokolls über Vorrechte und Immunitäten des EPG durch Großbritannien als Zeichen bejubelt wurde, dass man es dort mit der Ratifikation des EPGÜ ernst meint, bleibt abzuwarten, ob man das Übereinkommen wirklich ratifizieren wird, ohne eine zuverlässige Vorstellung davon zu haben, ob und wie sich eine fortgesetzte Mitgliedschaft im Fall des Austritts aus der EU rechtssicher gewährleisten lässt. Man darf gespannt sein, ob man eine Lösung finden wird, die den begründeten Interessen der betroffenen Nutzerkreise an Rechtssicherheit gerecht wird.

⁶⁰ “The IP Federation responds to the announcement that the UK will ratify the UPCA” (02.12.2016), abrufbar unter archive.md/G9f5M.

⁶¹ “Statement by the Board of EPLAW - An important step towards the establishment of the Unified Patent Court” (30.11.2016), abrufbar unter archive.li/ido3X.

VI. Ausblick

Die Situation scheint einmal mehr verfahren. Bestimmte Personen ziehen alle Register, um die europäische Patentreform um jeden Preis durchzusetzen. Dennoch dürfte eine Fortsetzung der bisherigen „Augen zu und durch“-Politik das Projekt nur in eine immer aussichtslosere Position navigieren. Der Spielraum, um es vor einem Scheitern zu bewahren, wird erkennbar immer geringer.

Selbst das Gordon/Pascoe-Gutachten und dessen Auftraggeber teilen die Ansicht, dass die derzeitige Bezeichnung des EPG als gemeinsames Gericht der Vertragsmitgliedstaaten bloße Fiktion ist und der bisher darauf gestützte politische Ansatz somit nicht trägt. Dieses vermeintliche Argument zur rechtlichen Begründung einer dauerhaften Teilnahme Großbritanniens am EPGÜ bedeutet damit vor allem, dass letzteres mit dem Unionsrecht unvereinbar ist und entzieht der Frage einer britischen Teilnahme somit – jedenfalls nach dem bisherigen politischen Verständnis – bereits die Grundlage.

Prof. Jaeger kommentierte die jüngsten, fast schon als verzweifelt zu bezeichnenden Versuche, von dem bislang auf politischer Seite vorherrschenden Verständnis des EuGH-Gutachtens 1/09 abzurücken, um eine Teilnahme Großbritanniens auch nach einem „Brexit“ zu ermöglichen, zuletzt treffend wie folgt:⁶²

“It is not surprising that commentators friendly of the political compromise incorporated by the Unitary Patent Package despite its extensive legal and functional flaws quickly jumped to its rescue. The proposals developed vary in terms of sophistication and self-assessed likelihood of success. What they have in common is, in particular, a new reading of Opinion 1/09 and an abandonment of the former (Commission-initiated) fiction that access to the UPC had to be restricted to EU Member States and that the UPC was indeed a court of the member states in the sense of Art. 267 TFEU, similar to the BENELUX Court.

The UPC, of course, never was anything like that in terms of its tasks and structural setup. The Brexit vote forced proponents of the system to acknowledge this, change their perspectives and abandon the legally convenient fiction: If the UK is to stay onboard the UPC and Unitary Patent at all, it would inevitably do so as a non-EU state.”

Es wurde von unabhängiger Seite wiederholt und im Detail aufgezeigt, wie das EPGÜ rechtlich tragfähig ausgestaltet und gleichzeitig die Teilnahme auch von Nicht-EU Staaten wie z. B. eines aus der EU ausgetretenen Großbritanniens ermöglicht werden könnte.⁶³ Offenbar wegen des für die Umsetzung nötigen Zeitaufwands scheint man dies bislang nicht als Option anzusehen, denn schon bisher behandelte man die Patentreform aus unbekanntem Gründen als höchst eilbedürftiges Projekt und scheute jede Verzögerung.

⁶² Jaeger, Reset and Go (Fn. 57), S. 27, Ziffer 5.

⁶³ Jaeger, Reset and Go (Fn. 57), S. 23 ff. (m. w. N.).

rung, selbst wenn diese die Rechtssicherheit und Praxisstabilität des neuen Systems stärken würde.

Das Gordon/Pascoe-Gutachten hat die zweifelhafte Vereinbarkeit des EPGÜ mit dem Unionsrecht verdeutlicht. Ungeachtet der „Brexit“-Problematik und der sich daraus ergebenden Folgefragen sollte das Übereinkommen zunächst durch den EuGH auf seine Rechtmäßigkeit überprüft werden, bevor man dessen Inkrafttreten forciert. Bei einem negativen Resultat einer solchen Prüfung braucht man sich über die Folgen eines „Brexit“ insoweit zunächst keine Gedanken mehr machen. Im umgekehrten Fall könnte der EuGH auch hinsichtlich der Möglichkeit der Teilnahme eines aus der EU ausgetretenen Großbritanniens und der diesbezüglichen Voraussetzungen für Klarheit sorgen.

Zu den Möglichkeiten einer Befassung des EuGH mit dem EPGÜ wird unter Verweis auf Art. 218 XI AEUV zumeist angemerkt, ein neues EuGH-Gutachten könne nach dem Ausscheiden der EU als Partei des EPGÜ nicht mehr beantragt werden. Indes ist ein solches Gutachten nicht der einzig mögliche Weg für eine Prüfung des Übereinkommens durch den EuGH. So besteht im deutschen Ratifikationsverfahren unter mehreren Gesichtspunkten die Möglichkeit, das Zustimmungsgesetz durch das BVerfG verfassungsrechtlich überprüfen zu lassen, Fragen zum Unionsrecht würden dem EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens zur Beantwortung vorgelegt.

Neben der bereits früher beschriebenen⁶⁴ grundsätzlichen Möglichkeit eines jeden betroffenen Grundrechtsträgers, das Zustimmungsgesetz zu einem internationalen Übereinkommen wie dem EPGÜ in Deutschland mit einer Verfassungsbeschwerde durch das BVerfG auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz überprüfen zu lassen, können auch die Bundesregierung, eine Landesregierung oder ein Viertel der Mitglieder des Bundestages eine entsprechende verfassungsgerichtliche Prüfung veranlassen. Möglich ist dies im Wege eines sog. „abstrakten Normenkontrollverfahrens“,⁶⁵ wenn der Antragsteller ein Gesetz für mit dem Grundgesetz unvereinbar hält. Im Fall eines Zustimmungsgesetzes zu einem internationalen Übereinkommen ist ein solches Verfahren ausnahmsweise bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes möglich.⁶⁶ Eine Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz könnte insbesondere in der beabsichtigten Ratifikation eines internationalen Übereinkommens liegen, das dem Unionsrecht widerspricht und damit eine völkerrechtliche Verpflichtung Deutschlands begründet, die gegen das EU-Primärrecht verstößt. Vor einer Entscheidung würde das BVerfG das Verfahren gemäß seiner ständigen Rechtsprechung⁶⁷ aussetzen und zunächst den EuGH mittels eines Vorabentscheidungsersuchens um Klärung der unionsrechtlichen Fragen ersuchen, um den

Rechtsstreit nachfolgend auf dieser Grundlage zu entscheiden.

Dieses Vorgehen würde eine Prüfung des EPGÜ durch den EuGH auch unabhängig von Art. 218 XI AEUV erlauben. Die Dauer eines solchen Verfahrens betrug in einem ähnlichen Fall zuletzt rund 1½ Jahre,⁶⁸ diese müsste man im Interesse des Gewinns an Rechtssicherheit zu investieren bereit sein.

Angesichts der derzeitigen Mehrheitsverhältnisse im Deutschen Bundestag, unter denen die Opposition nur 127 der 630 Sitze inne hat, also gerade einmal rund 20 Prozent, und da die Bundesländer den entsprechenden Entwurf des Zustimmungsgesetzes der Bundesregierung zuletzt unbeanstandet, wenngleich verfahrensfehlerhaft angenommen haben,⁶⁹ müsste ein entsprechender Normenkontrollantrag wohl von der Bundesregierung kommen. Sie könnte so hinsichtlich der Vereinbarkeit des EPGÜ mit dem Unionsrecht für Klarheit sorgen und den Nutzern die dringend benötigte Rechtssicherheit verschaffen.

Da die Bundesregierung jedoch schon bisher wenig Interesse an der rechtlichen Tragfähigkeit des EPGÜ gezeigt hat, steht nicht zu erwarten, dass sie hiervon Gebrauch machen wird. Dies ungeachtet der vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung⁷⁰ betonten sog. „Integrationsverantwortung“ aller deutschen Staatsorgane, aus der die Pflicht erwächst, Hoheitsrechte nur im Einklang mit den Vorgaben des Grundgesetzes zu übertragen. Eine Befassung des BVerfG mit dem Zustimmungsgesetz zum EPGÜ wird daher wohl von privater Seite kommen müssen. Da eine Prüfung der Vereinbarkeit des EPGÜ mit den Vorgaben des Grundgesetzes bislang – wenn überhaupt – bestenfalls oberflächlich erfolgt zu sein scheint, sind mehrere Ansatzpunkte für eine erfolgversprechende Verfassungsbeschwerde vorhanden.

* * *

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

⁶⁴ *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Vereinbar mit dem Grundgesetz?, Ziffer V., S. 5 f., abrufbar unter www.stjerna.de/vereinbarkeit-grundgesetz.

⁶⁵ Art. 93 I Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG.

⁶⁶ BVerfGE 36, 1 (15).

⁶⁷ Zuletzt BVerfG, 2 BvR 2728/13 u. a., Urteil vom 21.06.2016, Rn. 154 (m. w. N), 156 – OMT II, abrufbar unter bit.ly/3tOTvSw.

⁶⁸ BVerfG, 2 BvR 2728/13 u. a., Beschluss vom 14.01.2014 – OMT; EuGH, Rs. C-62/14, Urteil vom 16.06.2015 – Gauweiler, abrufbar unter bit.ly/3uQAxfk.

⁶⁹ Vgl. www.stjerna.de/neustart/.

⁷⁰ Zuletzt BVerfG – OMT II (Fn. 67), Rn. 164.