

Die europäische Patentreform – Schlussanträge des Generalanwalts: Von der Realität überholt

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

Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

Am 18.11.2014 wurden die Schlussanträge des Generalanwalts *Yves Bot* in den Nichtigkeitsverfahren Spaniens gegen die beiden Verordnungen zum „Einheitspatent“ veröffentlicht, wonach er dem Gerichtshof eine Zurückweisung der Klagen empfiehlt. Die rechtlichen Probleme werden dem politischen Interesse an der Umsetzung des „Einheitspatent-Pakets“ einmal mehr untergeordnet, dies mit einer weithin wenig überzeugenden Begründung. Vor allem die Anträge im Verfahren C-146/13 weichen einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit den dort aufgeworfenen kritischen Fragen, z. B. zum Rechtsschutzniveau beim Europäischen Patentamt, weitestgehend aus, an mehreren Stellen zeigen sich Widersprüche und Missverständnisse. Nicht zuletzt angesichts der jüngsten Geschehnisse beim Europäischen Patentamt, gipfelnd in der Suspendierung eines Beschwerdekammermitglieds durch den Präsidenten, stellt sich die Frage, inwiefern der Europäische Gerichtshof die Schlussanträge überhaupt zur Grundlage seiner Entscheidungen wird machen können.

A. Englischsprachige Fassung der Schlussanträge

Zunächst verwundert, dass die im Original auf Französisch verfassten Schlussanträge trotz ihrer Veröffentlichung bereits am 18.11.2014 bis zuletzt nicht in englischer Sprache verfügbar waren. Die Veröffentlichung erfolgte erst am 27.02.2015, nachdem der Autor dieses Artikels seit Dezember 2014 wiederholt schriftlich beim Übersetzungsdienst des EuGH angefragt hatte. Der Übersetzungsdienst hatte bereits am 10.12.2014 erklärt, die englischen Versionen lägen vor und würden derzeit Korrektur gelesen. Dies erfolgte offenbar sehr gründlich, denn es nahm anschließend mehr als zwei Monate in Anspruch.

Angesichts des erheblichen öffentlichen Interesses an Fragen in Verbindung mit dem „Einheitspatent“, insbesondere den Verfahren C-146/13 und C-147/13, wird die Korrespondenz mit dem Übersetzungsdienst in anonymisierter Form offengelegt.¹

Dass die Schlussanträge erst mehr als drei Monate nach ihrer Veröffentlichung in englischer Sprache vorgelegt wurden, ist höchst unbefriedigend. Es sollte schon im Hinblick auf eine umfassende und zeitnahe Information der Öffentlichkeit sichergestellt sein, dass Schlussanträge des Generalanwalts in Verfahren vor dem Gerichtshof am Tag ihrer Veröffentlichung auch in englischer Sprache verfügbar sind und zwar auch dann, wenn Englisch – wie vorliegend – nicht Verfahrenssprache ist.

¹ Abrufbar unter bit.ly/3h3YvAa.

B. Die Schlussanträge und ihre Bewertung

Bekanntlich richtet sich die Nichtigkeitsklage Spaniens im Verfahren C-146/13 gegen die Verordnung zum „Einheitspatent“ (Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.12.2012 über die Umsetzung der verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes; nachfolgend „VO 1257/12“), während diejenige in Sachen C-147/13 die Verordnung zu den diesbezüglichen Übersetzungsregelungen (Verordnung (EU) Nr. 1260/2012 vom 17.12.2012 über die Umsetzung der verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes im Hinblick auf die anzuwendenden Übersetzungsregelungen; nachfolgend „VO 1260/12“) zum Gegenstand hat.

I. Verfahren C-146/13

Der vorliegende Beitrag konzentriert sich schon aus Platzgründen auf die Schlussanträge im Verfahren C-146/13, wobei einige der dort aufgeworfenen Fragen auch Gegenstand des Verfahrens C-147/13 sind.

1. Mangelnde Qualität der deutschen Sprachfassung

Wurde einleitend die Dauer bis zur Veröffentlichung einer englischen Sprachversion beklagt, zeigt die deutsche Fassung der Schlussanträge im Verfahren C-146/13, dass das Vorhandensein einer Übersetzung nicht hilft, wenn ihr Inhalt mitunter von so schlechter Qualität ist, dass dies das Verständnis der Ausführungen hindert.

In der deutschen Fassung finden sich eine Reihe sprachlicher Ungenauigkeiten und Fehler wie z. B. „Schutz der Grundrechte im Rahmen des EPA“² oder „durch die deutsche Verfassung garantierte Schutzrechte“³, „nach dem in Art. 4 Abs. 3 AEUV der angefochtenen Verordnung genannten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit“ (!)⁴ oder „das UPC-Übereinkommen, das vom Königreich Spanien im Rahmen seiner Klage auf Nichtigerklärung der angefochtenen Verordnung geltend gemacht wird“⁵.

Man fragt sich, ob es bei den Übersetzungsdiensten Maßnahmen zur Qualitätssicherung gibt und wie ein derartiges Dokument zur Veröffentlichung freigegeben werden kann,

² Schlussanträge C-146/13, Rz. 33; nachfolgende Bezugnahmen auf Randziffern ohne Quellenangabe sind solche der Schlussanträge C-146/13.

³ Rz. 33.

⁴ Rz. 94.

⁵ Rz. 159.

das schon aus formalen Gründen auf Akzeptanzprobleme stoßen wird. Nach einer ersten Durchsicht scheinen die in der deutschen Fassung enthaltenen Fehler in der englischsprachigen Version vermieden worden zu sein.

2. Klagegründe

Seine Klage gegen VO 1257/12 stützt Spanien auf insgesamt sieben Klagegründe.⁶

(1) Einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip durch die Einbindung des Europäischen Patentamts („EPA“) in die Erteilung und Verwaltung des „Einheitspatents“,

(2) das Fehlen einer Rechtsgrundlage nach Ersetzung der früheren Art. 6 bis 8 durch einen Verweis auf das mitgliedstaatliche Recht in Art. 5 (3) VO 1257/12,

(3) das Vorliegen eines Ermessensfehlers durch Anwendung des Verfahrens der „verstärkten Zusammenarbeit“ zu Zwecken jenseits der in Art. 20 (1) EUV genannten,

(4) einen Verstoß gegen Art. 291 AEUV bzw. die „Meroni“-Rechtsprechung durch die Festsetzung der Jahresgebühren für das „Einheitspatent“ im Rahmen des „engeren Ausschusses“ sowie (5) durch Übertragung der in Art. 9 VO 1257/12 vorgesehenen Verwaltungsaufgaben auf das EPA,

(6) eine Verletzung der Autonomie des Unionsrechts durch die Verknüpfung des Inkrafttretens der „Einheitspatent“-Verordnung mit demjenigen des „Übereinkommens über ein Einheitliches Patentgericht“ („EPGÜ“)

(7) den Umstand, dass der Rechtsschutz für das Patent in diesem Abkommen und nicht der Verordnung geregelt ist.

Einer genaueren Betrachtung werden hier die Ausführungen des Generalanwalts zu den Klagegründen (1), (2) und (6) bzw. (7) unterzogen, diese dürften auch zu den stärksten Argumenten für eine Nichtigkeitsklärung der Verordnung gehören. Da die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten nicht öffentlich zugänglich sind, orientieren sich die Ausführungen zu deren Vortrag an den diesbezüglichen Aussagen in den Schlußanträgen.

a) Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip durch Einbindung des Europäischen Patentamts

Einen überaus aktuellen Bezug hat das Argument Spaniens, wonach die Einbindung des EPA in Erteilung und Verwaltung des „Einheitspatents“ das Rechtsstaatsprinzip verletze, da gegen dessen Handlungen kein hinreichender gerichtlicher Rechtsschutz zur Verfügung stehe. Dies ist nicht zuletzt durch die jüngsten Entwicklungen beim EPA, insbesondere Presseberichten über Pläne zur institutionellen Verselbständigung der Beschwerdekammern und der Verhängung eines „Hausverbots“ gegen ein Mitglied der Beschwerdekammern durch den Präsidenten *Benoît Battistelli* am 03.12.2014, von höchster Aktualität. Diese Ereignisse fanden rund zwei Wochen nach Veröffentlichung der

Schlussanträge statt und erlauben es daher, die Position des Generalanwalts an den aktuellen Realitäten zu messen.

aa) Position Spaniens

Spanien argumentiert, das Verfahren zur Erteilung eines europäischen Patents unterliege keiner gerichtlichen Kontrolle, die eine korrekte und einheitliche Anwendung des Unionsrechts und den Schutz der Grundrechte gewährleistet und sei daher mit den rechtsstaatlichen Vorgaben in Art. 2 EUV unvereinbar. Die Beschwerdeinstanzen des EPA seien nicht unabhängig und ihre Entscheidungen nicht gerichtlich überprüfbar, so dass es nicht zugelassen werden dürfe, das EPA über VO 1257/12 und seine darin verankerten Zuständigkeiten für das „Einheitspatent“ in die Rechtsordnung der Union einzugliedern.⁷

bb) Position des Generalanwalts

Generalanwalt *Bot* ist der Ansicht, der von Spanien vorgebrachte Klagegrund könne sich nicht auf die Rechtmäßigkeit der VO 1257/12 auswirken, denn die Entscheidung des Unionsgesetzgebers, die Vorschriften über die Erteilung des europäischen Patents auch für das „Einheitspatent“ zu übernehmen, sei einerseits bereits vor dem Erlass der angegriffenen VO 1257/12 und „in einem ganz bestimmten Kontext“ getroffen worden, zudem sei der Gegenstand der Verordnung „genau umschrieben“.⁸

So sei diese „Übernahme“ im Zusammenhang mit dem Verfahren der verstärkten Zusammenarbeit zu sehen, in dem die beiden Verordnungen zum „Einheitspatent“ beschlossen wurden sowie „in der bewussten Entscheidung des Unionsgesetzgebers“.⁹ Der EuGH habe dem Unionsgesetzgeber stets ein weites Ermessen eingeräumt, wenn er in Bereichen tätig werde, in denen er „politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen treffen und komplexe Prüfungen vornehmen“ müsse, hierunter falle insbesondere auch der „Bereich der Patente“.¹⁰

Der Unionsgesetzgeber habe von Anfang an beabsichtigt, das „Einheitspatent“ auf der Grundlage des Europäischen Patentübereinkommens („EPÜ“) und des vorhandenen europäischen Patents zu schaffen, denn dieses System sei eingeführt und habe seine Funktionsfähigkeit sowie ein hohes fachliches und qualitatives Niveau bereits bewiesen.¹¹ Zudem hätten die EU-Mitgliedsstaaten, die alle auch Vertragsstaaten des EPÜ seien, „in den Auswirkungen, die Entscheidungen des EPA über die Erteilung von Patenten haben können, noch nie einen Verstoß gegen ihre verfassungsrechtlichen Grundsätze gesehen“.¹²

In dem Rückgriff der Verordnung auf das EPA und die Mechanismen des EPÜ könne „bereits im Hinblick auf den Gegenstand der angegriffenen Verordnung“ kein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip liegen, denn das Sys-

⁶ Rz. 20 ff.

⁷ Rz. 28 f.

⁸ Rz. 40.

⁹ Rz. 41.

¹⁰ Rz. 42 f.

¹¹ Rz. 44 f.

¹² Rz. 45.

tem des EPÜ werde gerade nicht in die Verordnung integriert.¹³ Zwar habe der Unionsgesetzgeber beabsichtigt, sich für das „Einheitspatent“ auf das EPA und das Erteilungsverfahren zum europäischen Patent zu stützen, dies jedoch, ohne dieses System in die Verordnung aufzunehmen.¹⁴ VO 1257/12 sei gemäß ihrem sechsten Erwägungsgrund ein „besonderes Übereinkommen“ im Sinne von Art. 142 EPÜ und regle gerade nicht „die Voraussetzungen für die Erteilung und Gültigkeit des europäischen Patents“, sondern diene allein dem Zweck, einem bereits nach dem EPÜ erteilten europäischen Patent einheitliche Wirkung zukommen zu lassen.¹⁵ Somit erhielten europäische Patente durch die Verordnung nur eine zusätzliche Eigenschaft, die einheitliche Wirkung, ohne jedoch „das im EPÜ geregelte Verfahren“ zu tangieren.¹⁶

Yves Bot schließt mit der Empfehlung, den Klagegrund zurückzuweisen, denn die Rechtmäßigkeit von VO 1257/12 könne nicht davon abhängen, „dass die Entscheidungen des EPA über die Erteilung europäischer Patente mit dem Unionsrecht vereinbar sind“.¹⁷

cc) Bewertung

Diese Ausführungen können nicht überzeugen.

(1) Trennung der Verordnung vom Erteilungsverfahren

Die vom Generalanwalt vorgenommene klinische Trennung der Erteilungshistorie des europäischen Patents und dem diesem zugrundeliegenden Verfahrensrahmen von der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Verordnung erscheint willkürlich. Wenn die Verordnung ein eigenständiges „Einheitspatent“ schaffen will – und das ist die Absicht des Gesetzgebers (vgl. z. B. die Erwägungsgründe 7 und 14 sowie Art. 3 (2) VO 1257/12), was auch der Generalanwalt nicht in Frage stellt¹⁸, kann ihre rechtliche Beurteilung nicht von dem zugrundeliegenden europäischen Patent und den diesbezüglichen Verfahrensabläufen losgelöst betrachtet werden, denn diese wirken letztlich in dem Schutzrecht fort.

Das Unionsrecht knüpft an dieses Schutzrecht an und weist ihm durch die Verordnung bestimmte Rechtswirkungen zu. Meint man es mit den in Art. 2 EUV genannten Werten, deren Einhaltung Spanien mit seiner Klage anmahnt, ernst, kann man vor den verfahrensrechtlichen Hintergründen des europäischen Patents nicht die Augen verschließen und sich darauf beschränken, dieses und die Umstände seines Entstehens so hinzunehmen, wie man es vorfindet und es schulterzuckend mit Rechtswirkung für die Union auszustatten. Vielmehr sollte sichergestellt sein, dass diesem Patent ein Verfahrensrahmen zugrunde liegt, der den Maßstäben des Unionsrechts, wie sie beispielsweise in Art. 2 EUV niedergelegt sind, genügt.

¹³ Rz. 47 f.

¹⁴ Rz. 50.

¹⁵ Rz. 49 f., 52.

¹⁶ Rz. 58.

¹⁷ Rz. 61.

¹⁸ Vgl. seine Ausführungen in Rz. 60.

(2) Ratifizierung des EPÜ als Beleg für fehlenden Grundrechtsverstoß?

Erstaunlich ist auch die Aussage des Generalanwalts, die Mitgliedsstaaten hätten „in den Auswirkungen, die Entscheidungen des EPA über die Erteilung von Patenten haben können, noch nie einen Verstoß gegen ihre verfassungsrechtlichen Grundsätze gesehen“.¹⁹ Dass hierin der Sinn der Gewaltenteilung und der Prüfungskompetenzen der Judikative liegt, darf bezweifelt werden. Wie üblich ist Vertrauen gut, aber Kontrolle besser.

Diese Position des Generalanwalts scheint an entsprechendes Vorbringen seitens der Beklagten, des Europäischen Parlaments und des Rates, anzuknüpfen, das nicht weniger bemerkenswert ist.

So erklärte das Parlament, das vom EPÜ vorgesehene Rechtsschutzniveau sei von den EU-Mitgliedstaaten, die alle auch Vertragsstaaten des EPÜ seien, selbst für akzeptabel gehalten worden,²⁰ wohl implizierend, dass sie es sonst nicht unterzeichnet und ratifiziert hätten. Was dies für die Frage bedeutet, ob das Beschlossene auch rechtmäßig, insbesondere mit grundrechtlich geschützten Rechtspositionen vereinbar ist, ist nicht erkennbar.

Auch der Rat erklärte das durch das EPÜ geschaffene System für vereinbar mit „dem Grundrecht auf Zugang zu einem Gericht“.²¹ Die Europäische Patentorganisation („EPO“) genieße zwar Immunität von der Gerichtsbarkeit und Vollstreckung, diese könne jedoch zum einen aufgehoben werden, zum anderen könne die EPO mit Vertragsstaaten ja Ergänzungsabkommen zur Durchführung der Vorschriften zur Immunität abschließen. Auch könne die EPO durch ein internationales Übereinkommen bestimmen, dass „ihre Entscheidungen der Nachprüfung durch ein Rechtsprechungsorgan unterlägen“.²²

Demnach sollen die offensichtlichen Rechtsschutzdefizite unerheblich sein, weil diese theoretisch durch das Abschließen weiterer Abkommen beseitigt bzw. abgemildert werden könnten? Wird eine grundrechtswidrige Rechtssituation wirklich dadurch gegenstandslos, dass die Grundrechtsverstöße abgestellt werden könnten, wenn man nur wollte? Wenn es hier nicht um grundrechtlich geschützte Rechtspositionen ginge und die Situation der Betroffenen nicht so ernst wäre, könnte man dies fast für einen schlechten Scherz halten.

(3) Die jüngsten Entwicklungen beim EPA

Vor dem Hintergrund dieser Äußerungen des Generalanwalts, des Europäischen Parlaments und des Rates ist der Blick auf die jüngeren Ereignisse beim EPA zu richten, die einmal mehr gravierende rechtsstaatliche Defizite offenbaren und damit die Position Spaniens bestätigen.

¹⁹ Rz. 45.

²⁰ Rz. 31.

²¹ Rz. 32.

²² Rz. 32.

(a) Pläne zur Stärkung der Unabhängigkeit der Beschwerdekammern

„JUVE Rechtsmarkt“ berichtete am 04.12.2014,²³ der Verwaltungsrat der EPO prüfe aktuell verschiedene Maßnahmen, um die Unabhängigkeit der Beschwerdekammern zu stärken. Entsprechende Pläne gibt es beim EPA bekanntlich seit Ende der 1990er Jahre. So wird beispielsweise auf der EPA-Website in der Rubrik „Gesetzesinitiativen“ das Projekt „Organisatorische Verselbstständigung der Beschwerdekammern“ beschrieben, in dessen Rahmen ein Entwurf für eine entsprechende Revision des EPÜ erarbeitet wurde,²⁴ die Folgendes beabsichtigt:²⁵

„Mit der geplanten Revision des EPÜ sollen die Beschwerdekammern zusammen mit ihren Geschäftsstellen und den anderen Unterstützungsdiensten, die derzeit in der GD 3 angesiedelt sind, neben dem Verwaltungsrat und dem Amt als drittes Organ der Europäischen Patentorganisation etabliert werden. Dieses neue Organ der Organisation soll als ‚Europäisches Patentbeschwerdegericht‘ bezeichnet werden und die im EPÜ vorgesehenen richterlichen Funktionen ausüben.

Damit würde die Organisation dann über die für eine rechtsstaatliche Gewaltenteilung typische Dreiteilung in Legislative, Exekutive und Judikative verfügen, wobei die neue Gerichtsinstanz die Judikative darstellt.“

Auf diesen Vorschlag wurde bereits in der hinreichend bekannten Zwischenentscheidung R 19/12 hingewiesen, in der die Große Beschwerdekammer die Ablehnung des Vorsitzenden *Wim van der Eijk* wegen Besorgnis der Befähigung angesichts der unzureichenden Trennung von Verwaltung und Rechtsprechung beim EPA für berechtigt erklärt hatte.²⁶

Selbst wenn nähere Einzelheiten der zuletzt offenbar diskutierten Pläne bislang nicht öffentlich bekannt sind, bedeutet doch allein deren Existenz, dass man ungeachtet aller Dementis und Bagatellisierungen gleichwohl derart grundlegende Probleme sieht, dass strukturelle Änderungen als unausweichlich angesehen werden. Schon dies bestätigt all diejenigen, die die bisherigen Strukturen für unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unzureichend halten, wie z. B. Spanien in seinen Nichtigkeitsklagen.

(b) Suspendierung eines Beschwerdekammermitglieds durch den Präsidenten des EPA

Das Ausmaß der rechtsstaatlichen Probleme beim EPA hat dessen Präsident *Benoît Battistelli* durch sein Vorgehen gegen ein Mitglied der Beschwerdekammern eindrucksvoll bekräftigt. So verhängte er gegen dieses am

03.12.2014 wegen der angeblichen Verbreitung ehrenrührigen Materials über einen Angehörigen der EPA-Leitungsebene ein „Hausverbot“. Das besagte Mitglied wurde offenbar vom Amtsgelände geführt, sein Dienstcomputer konfisziert. Kurzum: Der Präsident hat das besagte Beschwerdekammermitglied vom Dienst suspendiert. Die näheren Umstände dieses Ereignisses werden in einem von 35 Mitgliedern der Großen Beschwerdekammer unterzeichneten Schreiben an die Delegierten des Verwaltungsrates am 08.12.2014 beschrieben, in dem der Vorgang kritisch gewürdigt wurde.²⁷ In seiner Sitzung am 10. und 11.12.2014 bestätigte der Verwaltungsrat „auf Vorschlag des Präsidenten“ die Suspendierung wegen des „angeblichen Fehlverhaltens“ und stellte das besagte Mitglied mit einstimmigem Votum unter Fortzahlung der Bezüge bis zum 31.03.2015 von der Tätigkeit frei.²⁸

Der Vorfall ist in mehrerlei Hinsicht bemerkenswert.

Zunächst ist der Präsident zu einer Suspendierung von Mitgliedern der Beschwerdekammern nicht befugt. Nach Art. 23 (1) EPÜ können diese während ihrer Amtszeit nur dann ihres Amtes enthoben werden, wenn schwerwiegende Gründe vorliegen und der Verwaltungsrat auf Vorschlag der Großen Beschwerdekammer einen entsprechenden Beschluss fasst. Zwar bedeutet die verhängte Suspendierung noch keine finale Amtsenthebung, gleichwohl ist der Präsident auch hierzu nicht legitimiert. Gemäß Art. 11 (4) EPÜ steht die Disziplinalgewalt über Mitglieder der Beschwerdekammern dem Verwaltungsrat zu, nach Art. 10 (2) lit. h) EPÜ kann der Präsident diesem entsprechende Disziplinarmaßnahmen lediglich vorschlagen. Eine gesetzliche Grundlage für deren unmittelbare Vornahme durch den Präsidenten selbst fehlt.

Dass der Verwaltungsrat die Maßnahme unter Verweis auf einen „Vorschlag des Präsidenten“ nachfolgend pflichtschuldig gebilligt hat, ändert hieran ebenso wenig etwas wie der Versuch des Präsidenten selbst, sein eigenmächtiges Tätigwerden im Nachhinein als „vorbeugende und vorübergehende Maßnahme“ („*precautionary and provisional measure*“) darzustellen.²⁹ Möglicherweise soll sein Vorgehen so unter dem Gesichtspunkt einer angeblichen Dringlichkeit legitimiert werden, die keinen Aufschub der Maßnahme bis zu einer Beschlussfassung durch den kurze Zeit später ohnehin tagenden Verwaltungsrat duldete.

Unabhängig von der Schwere des behaupteten Vergehens des suspendierten Beschwerdekammermitglieds ist eines klar: Der Präsident als Angehöriger der Exekutive des EPA hat ohne gesetzliche Grundlage unmittelbar ein Mitglied eines rechtsprechenden Organs des EPA zumindest vorübergehend aus dem Dienst entfernt und damit unmittelbar auf die „Judikative“ des Amtes eingewirkt. Der Umstand, dass dabei auch der Dienstcomputer des Mitglieds

²³ Vgl. den Artikel „Strukturreform: Europäisches Patentamt will Beschwerdekammern EuGH unterstellen“ auf juve.de am 04.12.2014, abrufbar unter archive.md/9tmFe

²⁴ Dokument CA/46/04 vom 28.05.2004, abrufbar unter xup.in/dl.12956972.

²⁵ Dokument CA/46/04, Ziffer 2.

²⁶ Vgl. R 19/12, Rz. 21, abrufbar unter bit.ly/3xQlvaK.

²⁷ Abrufbar unter bit.ly/33dWIWo.

²⁸ Vgl. das Kommuniké des Verwaltungsrates vom 12.12.2014, abrufbar unter archive.md/FODyA.

²⁹ Vgl. seinen Post im Blog des EPA vom 19.12.2014, abrufbar unter archive.li/m2j16.

beschlagnahmte wurde und somit möglicherweise Einblick in dem Beratungsgeheimnis unterfallende Umstände aus laufenden Verfahren genommen werden kann, kommt verschärfend hinzu. Die „Ermittlung“ des angeblich verleumderischen Materials wirft zudem datenschutzrechtliche Fragen auf. Viel deutlicher als durch dieses Vorgehen könnten die rechtsstaatlich defizitären Strukturen des EPA, insbesondere die fehlende Unabhängigkeit der Beschwerdekammern, der Öffentlichkeit wohl kaum vor Augen geführt werden!

Nicht von ungefähr haben unmittelbar nach Bekanntwerden des Vorfalles vor allem zahlreiche renommierte Patentrichter aus verschiedenen Ländern der EPO gegen die Maßnahme protestiert und auf die ernststen Implikationen für die Unabhängigkeit der Beschwerdekammern hingewiesen.³⁰ Beispielfhaft sei folgende Aussage aus dem Schreiben der IPJA wiedergegeben:

“The present events seriously threaten the judicial independence of the Boards of Appeal and by doing that call in question the guarantee of an independent and impartial review of the European Office's decisions by a judicial body.”

Wenig Aufmerksamkeit hat bisher ein weiterer interessanter Aspekt des Suspendierungsvorgangs erhalten. So soll es sich bei der suspendierten Person nach einem Bericht³¹ von „JUVE Rechtsmarkt“ vom 09.12.2014 um ein Mitglied der Beschwerdekammer 3.5.05 handeln. Falls dies zutreffen sollte, würde es das Gewicht des Vorfalles zusätzlich verschärfen, denn die Vorsitzende dieser Kammer ist eine der drei Richter, von denen die bereits erwähnte Zwischenentscheidung R 19/12 stammt, in der eine unzureichende Trennung von Verwaltung und Rechtsprechung beim EPA eingeräumt wurde. Dem Vernehmen nach ist Präsident *Battistelli* mit dem Ergebnis dieser Entscheidung nicht uneingeschränkt einverstanden. Zwei der drei an dieser Entscheidung beteiligten Richter sind seit ihrem Erlass im April 2014 in den Ruhestand gegangen. Sofern wirklich die Beschwerdekammer 3.5.05 von der Suspendierung betroffen sein sollte – worauf auch der Umstand hindeuten könnte, dass dessen Vorsitzende den besagten Brief von Mitgliedern der Großen Beschwerdekammer nicht unterzeichnet hat –, könnte man dies auch so verstehen, dass dadurch im direkten Umfeld der letzten im EPA verbliebenen Richterin aus dem Kontext R 19/12 ein Exempel statuiert und deutlich gemacht werden soll, dass die Verantwortlichen für mutige Entscheidungen wie R 19/12 einen hohen Preis zu zahlen haben – was freilich weitere Bestä-

tigung für die fehlende Unabhängigkeit der Beschwerdekammern wäre. Gleichwohl, solange nichts Näheres bekannt ist, bleibt dies Spekulation.

(4) Die bisherige Rechtsprechung zur Vereinbarkeit von EPA und EPÜ mit Grundrechten

In diesem Zusammenhang verdient auch ein weiterer Gesichtspunkt Erwähnung, den zwar der Generalanwalt in seiner Würdigung nicht aufgenommen hat, der aber von Seiten des Rates vorgetragen wurde.

Der Rat hat in Bezug auf die Rechtsstellung des EPA vorgebracht, die Vereinbarkeit der Immunität internationaler Organisation mit „dem Recht auf Zugang zu einem Gericht“ sei bereits „auf nationaler und internationaler Ebene“ geprüft und bestätigt worden.³² Insbesondere habe bereits die frühere Europäische Kommission für Menschenrechte in der Sache *Lenzing AG ./. Deutschland*³³ die Unabhängigkeit und den Gerichtscharakter der Beschwerdekammern des EPA festgestellt.³⁴

In diesem Zusammenhang lohnt ein Blick in die *Lenzing-Entscheidung*. Vor dem Hintergrund, dass eine Übertragung von Hoheitsrechten auf internationale Organisationen im Hinblick auf die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) für zulässig gehalten wird, wenn die besagte Organisation einen gleichwertigen Grundrechtsschutz garantiert, hielt die Kammer eine solche Gleichwertigkeit in der besagten Entscheidung aus dem Jahr 1998 im Hinblick auf die Verfahren beim EPA mit folgenden Erwägungen für gegeben (Hervorhebungen diesseits):³⁵

“Article 21 [EPC] provides for an appeals procedure which includes the Board of Appeal and an Enlarged Board of Appeal. The members of these Boards are independent of the parties and of the decision of the division appealed from, have tenure and there must always be one legally qualified member of the Board. The Boards have powers to obtain sworn evidence and must give written decisions containing reasons. Further, the members of the Boards are not subject to any instructions from the President or anyone else in their work (Article 23 [EPC]). These procedures set up a form of ‘equivalent protection’ within the meaning of the Convention case-law (see No. 13258/87 and No. 21090/92, both cited above, and No. 38817/97, Dec. 9.9.98).

The Commission considers that, given the procedural guarantees available before the EPO, any transfer of powers to the EPO which led to the German courts' refusal to deal with the matter, cannot be said to be incompatible with the applicant company's rights under the Convention.”

Die Gewährleistung eines gleichwertigen Grundrechtsschutzstandards ist auch nach deutschem Verfassungsrecht

³⁰ Vgl. das Schreiben von Lord Justice Christopher Floyd und dem Generalanwalt des Obersten Gerichtshofs der Niederlande Robert van Peursem vom 09.12.2014, abrufbar unter xup.in/dl_10307789, dem sich nachfolgend sechs weitere Richter anschlossen, oder das Schreiben der Intellectual Property Judges Association (IPJA) vom 05.01.2015, abrufbar unter bit.ly/2PR5st9.

³¹ Artikel „Skandal im Europäischen Patentamt: Druck auf Präsidenten wächst nach Hausverbot für Richter“ auf juve.de am 09.12.2014, abrufbar unter archive.md/cT4LF.

³² Rz. 33.

³³ Nr. 39025/97, abrufbar unter bit.ly/3tqTuUU.

³⁴ Rz. 33.

³⁵ O. Fn. 33, S. 5 unten.

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Übertragung von Hoheitsrechten auf internationale Organisationen:³⁶

„Sofern und soweit mithin einer zwischenstaatlichen Einrichtung i. S. des Art. 24 I GG Hoheitsgewalt eingeräumt wird, die im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland den Wesensgehalt der vom Grundgesetz anerkannten Grundrechte zu beeinträchtigen in der Lage ist, muss, wenn damit der nach Maßgabe des Grundgesetzes bestehende Rechtsschutz entfallen soll, statt dessen eine Grundrechtsgeltung gewährleistet sein, die nach Inhalt und Wirksamkeit dem Grundrechtsschutz, wie er nach dem Grundgesetz unabdingbar ist, im wesentlichen gleichkommt. Dies wird in aller Regel einen Individualrechtsschutz durch unabhängige Gerichte gebieten, die mit hinlänglicher Gerichtsbarkeit, insbesondere mit einer dem Rechtschutzbegehren angemessenen Prüfungs- und Entscheidungsmacht über tatsächliche und rechtliche Fragen ausgerüstet sind, aufgrund eines gehörigen Verfahrens entscheiden, das rechtliches Gehör, dem Streitgegenstand angemessene Angriffs- und Verteidigungsmittel und frei gewählten, kundigen Beistand ermöglicht und deren Entscheidungen gegebenenfalls die Verletzung eines Grundrechts sachgerecht und wirksam sanktionieren.“

Diesen Standard hat das BVerfG beim EPA in der Vergangenheit als erfüllt angesehen:³⁷

„Die sich insoweit aus der Rechtsprechung des BVerfG ergebenden Anforderungen sind gegenwärtig auf der Ebene des EPÜ generell gewahrt. Der Bf. legt nicht dar, noch ist sonst ersichtlich, dass dies vorliegend offenkundig nicht der Fall sei.

a) Das Rechtsschutzsystem des Europäischen Patentübereinkommens entspricht im Wesentlichen dem des Grundgesetzes und damit dem Standard des Art. 24 I GG (...). Die Mitglieder der Beschwerdekammern sind sachlich, Art. 23 EPÜ, und persönlich, Art. 21 EPÜ, unabhängig.“

Kann man aktuell, insbesondere angesichts der Ereignisse vom 03.12.2014, wirklich davon ausgehen, dass die sowohl von der ehemaligen Europäischen Kommission für Menschenrechte als auch vom BVerfG geforderten prozessualen Standards beim EPA nach wie vor erfüllt sind und ein den Vorgaben der EMRK und des Grundgesetzes gleichwertiger Schutz gewährleistet ist? Man kann es wohl mit guten Argumenten bezweifeln.

Der Vorgang vom 03.12.2014 offenbart gravierende rechtsstaatliche Defizite beim EPA, die bereits in den Schlußanträgen des Gutachtenverfahrens 1/09 durch die dortige Generalanwältin deutlich angesprochen worden

waren.³⁸ Die zurückhaltenden und ausweichenden Ausführungen des Generalanwalts zu diesem Klagegrund Spaniens sind durch die Realität überholt worden. Der EuGH wird sich für sein Urteil fragen müssen, ob die Thematik wirklich als so belanglos übergangen werden kann, wie dies die Schlußanträge vermitteln.

b) Fehlende Rechtsgrundlage

Der zweite von Spanien geltend gemachte Klagegrund ist der einer fehlenden Rechtsgrundlage.

aa) Position Spaniens

Nach Ansicht Spaniens ist Art. 118 (1) AEUV als Rechtsgrundlage der VO 1257/12 ungeeignet, da letztere nicht definiere, gegen welche Handlungen das „Einheitspatent“ Schutz gewährt. Die Verweisung auf das Recht der Mitgliedsstaaten in Art. 5 (3) VO 1257/12 gewährleiste keinen einheitlichen unionsweiten Schutz, so dass die Verordnung keine Rechtsvereinheitlichung bewirke.³⁹

bb) Position des Generalanwalts

Der Generalanwalt merkt zunächst an, VO 1257/12 beabsichtige nach ihrem Art. 3 (2), einen einheitlichen Schutz in allen teilnehmenden Mitgliedsstaaten zu gewähren.⁴⁰ Dieser sei in Bezug auf Einheitlichkeit und Integration vorteilhaft gegenüber der bisherigen Situation, wonach der Schutz eines europäischen Patents sich nach dem jeweiligen nationalen Recht der Vertragsstaaten bestimme.⁴¹

Die Ansicht Spaniens, wegen fehlender Bestimmung von Inhalt und Grenzen des „Einheitspatents“ in VO 1257/12 selbst sei diese nur eine „leere Hülle“, treffe nicht zu, wenn *„die darin vorgesehenen Vorschriften ausreichend sind und wenn man berücksichtigt, dass der Unionsgesetzgeber eine zwischen ihm und den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit ausübt.“*⁴² Der Generalanwalt beschreibt nachfolgend den Inhalt der Art. 3 (1), 4 und 5 (1) und (2) der Verordnung⁴³ und erläutert dann das Konzept der geteilten Zuständigkeit nach Art. 4 (2) AEUV, in die ein nach Art. 118 AEUV geschaffener Rechtstitel falle.⁴⁴ Weiter sei zu beachten, dass *„die durch Art. 118 AEUV zugewiesenen Befugnisse“* – ob Art. 118 AEUV vorliegend überhaupt Befugnisse zuweist, ist eigentlich Prüfungsgegenstand –

*„im vorliegenden Fall bei der Umsetzung der verstärkten Zusammenarbeit ausgeübt werden und dass der Unionsgesetzgeber im Rahmen seines großen Wertungsspielraums entschieden hat, bei dieser Umsetzung auf mehrere Rechtsinstrumente zurückzugreifen, die aus dem Völkerrecht, dem Unionsrecht und dem nationalen Recht stammen, (...).“*⁴⁵

³⁶ Vgl. z. B. BVerfG, 2 BvR 197/83, Beschluss vom 22.10.1986, Ziffer B.II.1.b) – Solange II.

³⁷ Vgl. z. B. BVerfG, 2 BvR 2368/99, Beschluss vom 04.04.2001, Ziffer III.4.; abrufbar unter bit.ly/3unghSu.

³⁸ Abrufbar unter www.xup.in/dl.99229904/, Rn. 71 f.

³⁹ Rz. 64.

⁴⁰ Rz. 71 f.

⁴¹ Rz. 73.

⁴² Rz. 76.

⁴³ Rz. 77 bis 81.

⁴⁴ Rz. 82 bis 84.

⁴⁵ Rz. 85.

Nach diesen eher generellen Ausführungen überrascht umso mehr die sich anschließende Conclusio des Generalanwalts, der Unionsgesetzgeber habe daher hinsichtlich Inhalt und Grenzen der Rechte aus dem „Einheitspatent“ auf das nationale Recht verweisen dürfen.⁴⁶ Art. 118 AEUV verlange vom Gesetzgeber nicht zwingend, alle Aspekte „des Rechts des geistigen Eigentums“ vollständig zu harmonisieren, „indem er eine erschöpfende Gesamtregelung über sein Funktionieren oder seinen Inhalt errichtet.“⁴⁷ Vielmehr schließe es dessen Wortlaut nicht aus, dass der den Rechtstitel begründende Rechtsakt, hier die VO 1257/12, auf das nationale Recht verweist, sofern dieser Rechtsakt einen einheitlichen Schutz, des Titels in den teilnehmenden Mitgliedsstaaten gewährleiste.⁴⁸

Diesen von Art. 118 AEUV avisierten Schutz hindere ein solcher Verweis nicht,⁴⁹ denn:

„93. *Art. 5 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 7 und dem neunten Erwägungsgrund der angefochtenen Verordnung ist zu entnehmen, dass die Handlungen, gegen die das EPEW [europäische Patent mit einheitlicher Wirkung] Schutz bietet, nur nach einer nationalen Regelung festgelegt werden. Mit anderen Worten, jedes EPEW unterliegt dem nationalen Recht eines einzigen Mitgliedstaats, und diese Rechtsvorschriften gelten im gesamten Hoheitsgebiet der teilnehmenden Mitgliedstaaten.*

94. *So garantiert die angefochtenen [sic] Verordnung dadurch, dass auf das für den jeweiligen Fall geltende nationale Recht verwiesen wird, einen einheitlichen Schutz, soweit dieser Verweis auch jedes internationale Übereinkommen umfasst, dem die Mitgliedstaaten beigetreten sind, einschließlich des UPC-Übereinkommens, das von den Mitgliedstaaten nach dem in Art. 4 Abs. 3 AEUV [sic] der angefochtenen Verordnung [sic] genannten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit ratifiziert werden muss(32).“*

Nach alledem geht dem Generalanwalt zufolge auch dieser Klagegrund fehl, er empfiehlt dessen Zurückweisung.⁵⁰

cc) **Bewertung**

Die Erwägungen des Generalanwalts stellen sich als merkwürdiges „Gemisch“ aus allgemeinen Erwägungen und daraus konstruierten Schlussfolgerungen dar, eine wirklich systematische und folgerichtige Begründung der Empfehlung an den Gerichtshof fehlt auch hier.

Soweit er abermals einen „großen Wertungsspielraum“ des Unionsgesetzgebers⁵¹ und den Umstand bemüht, dass das Gesetzgebungsverfahren im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit erfolgte, ist nicht ganz klar, was sich hieraus für die Frage der richtigen Rechtsgrundlage ergeben

soll. Grundvoraussetzung für die Betätigung des Gesetzgebers ist – üblicherweise – das Bestehen einer ihn hierzu ermächtigenden Rechtsgrundlage. Ein Wertungsspielraum mag bei der Ausübung der durch eine vorhandene und einschlägige Rechtsgrundlage verschafften Kompetenzen bestehen, jedoch sicherlich nicht bei deren Wahl.

Auch sein Hinweis des Generalanwalts auf den neunten Erwägungsgrund, der eine Auslegung von Art. 5 (3) VO 1257/12 in diesem Sinne „erlaube“,⁵² trägt nicht. Ob dieser Erwägungsgrund eine solche Auslegung von Art. 5 (3) „erlaubt“ oder nicht, ist nicht entscheidend. Ausschlaggebend ist doch, was aus ihm für die Frage zu gewinnen ist, ob die gewählte Rechtsgrundlage trägt, zumal auch nicht erklärt wird, welche Auslegung Erwägungsgrund 9 „erlauben“ soll. Die Zielrichtung dieser Ausführungen des Generalanwalts wird gänzlich unerfindlich, wenn man berücksichtigt, dass es bei der zu untersuchenden Frage der Rechtsgrundlage nicht um die von ihm in Bezug genommenen „Angelegenheiten, die nicht unter diese Verordnung ... fallen“ geht, sondern um den Inhalt des – auch nach seiner Ansicht⁵³ – in der Verordnung geschaffenen Schutzrechts und den Aspekt, ob dieses inhaltlich hinreichend bestimmt ist, um die Verordnung auf Art. 118 (1) AEUV stützen zu können.

Auch seine Anmerkung, Art. 118 AEUV schließe eine entsprechende „Verweislösung“ nicht aus, sofern ein einheitlicher Schutz in den Mitgliedsstaaten gewährleistet sei,⁵⁴ überzeugt nicht. Man sollte vom Generalanwalt eine positive Begründung dafür erwarten dürfen, weshalb Art. 118 AEUV seiner Ansicht nach die gewählte Verweislösung erlaubt, anstatt sich darauf zu beschränken, dieser schließe eine solche jedenfalls nicht aus. Eine derartige „negative Begründung“ deutet eher darauf hin, dass es an positiven Argumenten fehlt.

Die Ausführungen finden in der Erklärung des Generalanwalts ihren Höhepunkt, durch den Verweis werde ein einheitlicher Schutz derart garantiert, dass der Inhalt jedes „Einheitspatents“ in den teilnehmenden Mitgliedsstaaten nach dem nationalen Recht nur eines dieser Mitgliedstaaten bestimmt wird.⁵⁵ Ein einheitlicher Schutz soll es also demnach offenbar nicht erfordern, dass jedes „Einheitspatent“ in allen teilnehmenden Mitgliedsstaaten stets einem identischen Rechtsregime unterfällt. Vielmehr soll es ausreichen, dass ein einheitliches nationales Rechtsregime anwendbar ist, selbst wenn jedes „Einheitspatent“ einem anderen nationalen Recht unterfällt. Unabhängig davon, dass man bei einer solchen Lösung – wie Spanien – bereits das Vorliegen einer unionsweiten Harmonisierung bezweifeln kann, ist fraglich, wie hierdurch die vom Gesetzgeber vorgeblich mit dem „Einheitspatent-Paket“ beabsichtigte Vereinfachung und Kostensenkung (vgl. z. B. Erwägungsgrund 4 der VO 1257/12) bewirkt werden soll.

⁴⁶ Rz. 86.

⁴⁷ Rz. 89.

⁴⁸ Rz. 90.

⁴⁹ Rz. 92.

⁵⁰ Rz. 95.

⁵¹ Rz. 85.

⁵² Rz. 87.

⁵³ Vgl. Rz. 60.

⁵⁴ Rz. 90.

⁵⁵ Rz. 93 f.

Auch die Position des Generalanwalts zum Klagegrund der fehlenden Rechtsgrundlage überzeugt daher wenig.

c) Verletzung von Autonomie bzw. Einheitlichkeit des Unionsrechts

Als siebenten Klagegrund rügt Spanien eine Verletzung der Autonomie bzw. Einheitlichkeit des Unionsrechts.

aa) Position Spaniens

Spanien trägt vor, es werde Mitgliedsstaaten durch Art. 18 (2) VO 1257/12 ermöglicht, einseitig darüber zu entscheiden, ob die Verordnung für sie Gültigkeit erlangen soll oder nicht. Ratifiziere ein Mitgliedsstaat das EPGÜ nicht, gelte die Verordnung für ihn nicht und das Einheitliche Patentgericht erhalte dort keine ausschließliche Zuständigkeit zur Entscheidung über das „Einheitspatent“. Letzteren fehle in diesem Staat dann die einheitliche Wirkung, was gegen die Grundsätze der Autonomie und der Einheitlichkeit des Unionsrechts verstoße.⁵⁶

bb) Position des Generalanwalts

Der Generalanwalt merkt zunächst an, die Verknüpfung der Gültigkeit der Verordnung mit dem Inkrafttreten des EPGÜ diene dem ordnungsgemäßen Funktionieren des „Einheitspatents“. Diesem Ziel wäre es abträglich, wenn die Verordnung vor Errichtung des Einheitlichen Patentgerichts anwendbar wäre.⁵⁷ Er tritt auch der Ansicht entgegen, die Mitgliedsstaaten könnten frei über das Inkrafttreten der VO 1257/12 entscheiden und erklärt:

„179. *Meines Erachtens haben die teilnehmenden Mitgliedstaaten nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV alle Maßnahmen zu ergreifen, die die Umsetzung der verstärkten Zusammenarbeit ermöglichen, einschließlich der Ratifizierung des UPC-Übereinkommens, da diese eine notwendige Voraussetzung für diese Umsetzung ist. Die Mitgliedstaaten haben nämlich nach dieser Bestimmung alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen zu ergreifen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Unionsorgane ergeben.*

180. *Die teilnehmenden Mitgliedstaaten, die das UPC-Übereinkommen nicht ratifizieren, würden gegen den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit verstoßen, da sie die Verwirklichung der Ziele der Harmonisierung und der Vereinheitlichung der Union gefährden würden(60).“*

Dem Generalanwalt zufolge besteht zwischen VO 1257/12 und dem EPGÜ eine so enge Verbindung, dass es folgerichtig sei, die Geltung der Verordnung von dem Inkrafttreten des EPGÜ abhängig zu machen, selbst wenn dies zu Lasten der Rechtssicherheit geschehe.⁵⁸ Auch diesen Klagegrund hält er deshalb für nicht durchgreifend.

dd) Bewertung

Der Generalanwalt betont diese angebliche „Ratifizierungspflicht“ der Mitgliedsstaaten in unterschiedlichen Abschnitten der Schlussanträge,⁵⁹ der Hinweis hierauf scheint eines seiner Kernanliegen zu sein.

Das Bestehen der behaupteten rechtlichen Verpflichtung zur Ratifizierung des EPGÜ ist zweifelhaft, zumal es sich dabei nicht um Unionsrecht, sondern um zwischenstaatliches Recht handelt. Wie es schon in dem seitens des Generalanwalts selbst in Bezug genommenen⁶⁰ 25. Erwägungsgrund der VO 1257/12 heißt, erfolgt die Ratifizierung des EPGÜ nach Maßgabe der nationalen verfassungsrechtlichen und parlamentarischen Verfahren der Mitgliedsstaaten. Dies bestimmt im übrigen auch das EPGÜ selbst (Art. 84 (2) EPGÜ).

Jedenfalls in Deutschland gehört zu diesem verfassungsrechtlichen Verfahren die Möglichkeit betroffener Grundrechtsträger, ein Ratifizierungsgesetz zu einem internationalen Übereinkommen vor seinem Inkrafttreten durch das BVerfG auf Vereinbarkeit mit den Grundrechten untersuchen zu lassen, wobei diese Option grundsätzlich auch juristischen Personen, auch solchen ausländischen Rechts, zur Verfügung steht.⁶¹ Deshalb geht der Verweis des Generalanwalts jedenfalls im Hinblick auf Deutschland ins Leere, denn unabhängig von den Handlungen der Regierung und des Parlaments steht das Inkrafttreten des Ratifizierungsgesetzes unter dem Vorbehalt einer entsprechenden verfassungsgerichtlichen Prüfung.

Oder sollte man den Generalanwalt so verstehen müssen, dass eine verfassungsgerichtliche Prüfung auf Vereinbarkeit des EPGÜ mit grundrechtlich geschützten Positionen angesichts dieser angeblichen Verpflichtung aus europäischem Recht nachrangig ist? Dies würde bedeuten, dass man ein nationales Verfassungsgericht für verpflichtet hielte, das Inkrafttreten eines internationalen Übereinkommens ungeachtet seiner verfassungsrechtlichen Befugnisse und Pflichten selbst dann nicht zu untersagen, wenn dieses Grundrechtsverstöße bewirkt.

Für Deutschland dürfte ein derartiges Verständnis schwerlich haltbar sein. Das BVerfG hat mehrfach ausgesprochen, dass die Übertragung von Hoheitsbefugnissen an zwischenstaatliche Einrichtungen nicht dazu führen darf, „die Identität der geltenden Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland durch Einbruch in ihr Grundgefüge, in die sie konstituierenden Strukturen, aufzugeben“, wobei die Grundrechte unverzichtbarer Bestandteil dieses Grundgefüges sind.⁶² Das BVerfG hat wiederholt bekräftigt, dass es sich eine entsprechende Prüfungscompetenz vorbehält und hierin auch keinen Verstoß gegen den besag-

⁵⁶ Rz. 145.

⁵⁷ Rz. 177.

⁵⁸ Rz. 184.

⁵⁹ Vgl. Rz. 88, 94 und 179 f.

⁶⁰ Rz. 181.

⁶¹ Vgl. *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Vereinbar mit dem Grundgesetz?, abrufbar unter www.stjerna.de/vereinbarkeit-grundgesetz/.

⁶² BVerfG, 2 BvR 197/83, Ziffer B.II.1.b).

ten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit in Art. 4 (3) EUV sieht:⁶³

„Wenn Rechtsschutz auf Unionsebene nicht zu erlangen ist, prüft das BVerfG, ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 II EG; Art. 5 I 2 und III EUV-Lissabon) in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten (...). Darüber hinaus prüft das BVerfG, ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 I 3 i.V. mit Art. 79 III GG gewahrt ist (vgl. BVerfGE 113, 273 [296] = NJW 2005, 2289). Die Ausübung dieser verfassungsrechtlich radizierten Prüfungscompetenz folgt dem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, und sie widerspricht deshalb auch nicht dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 III EUV-Lissabon); anders können die von Art. 4 II 1 EUV-Lissabon anerkannten grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen souveräner Mitgliedstaaten bei fortschreitender Integration nicht gewahrt werden. Insoweit gehen die verfassungs- und die unionsrechtliche Gewährleistung der nationalen Verfassungsidentität im europäischen Rechtsraum Hand in Hand. Die Identitätskontrolle ermöglicht die Prüfung, ob infolge des Handelns europäischer Organe die in Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze der Art. 1 und Art. 20 GG verletzt werden. Damit wird sichergestellt, dass der Anwendungsvorrang des Unionsrechts nur kraft und im Rahmen der fortbestehenden verfassungsrechtlichen Ermächtigung gilt.“

Insofern steht die Ratifizierung des EPGÜ jedenfalls in Deutschland selbstverständlich unter dem Vorbehalt einer Überprüfung durch das BVerfG anhand der Maßstäbe des Grundgesetzes, eine Verpflichtung zur Gestattung einer gleichsam „blind gehorsamen Ratifizierung“ gibt es nicht. Sollte das BVerfG daher von einem betroffenen Grundrechtsträger um Prüfung des Ratifizierungsgesetzes zum EPGÜ ersucht werden, wird es dessen Inkrafttreten erst dann zustimmen dürfen, wenn dieses den verfassungsrechtlichen Maßstäben genügt. Dass das BVerfG diese Maßstäbe als gewahrt ansehen würde, darf man insbesondere nach den jüngsten Ereignissen beim EPA bezweifeln.

Auch die Begründung des Generalanwalts für seine Empfehlung einer Abweisung des siebenten Klagegrundes überzeugt daher nicht.

Nach alledem kann man Spaniens hier dargestellte Klagegründe (1), (2) und (6)/(7) jedenfalls nicht mit den vom Generalanwalt genannten Gründen zurückweise. Wie ausgeführt, bestehen umgekehrt vielmehr mindestens ebenso gute Gründe für deren Berechtigung und demzufolge für eine Nichterklärung der VO 1257/12.

⁶³ BVerfG, 2 BvE 2/08 u. a., Urteil vom 30.06.2009, Rz. 240, abrufbar unter bit.ly/3vGy151.

II. Verfahren C-147/13

In der Nichtigkeitsklage Spaniens gegen die VO 1260/12 zum Übersetzungsregime des „Einheitspatents“ kommen einige der auch im Verfahren C-146/13 vorgebrachten Argumente zur Sprache. Wesentlicher und vom Generalanwalt zurückgewiesener Aspekt dürfte der gerügte Verstoß gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung aufgrund der Sprache durch die in VO 1260/12 getroffene Beschränkung auf das trilinguale Sprachsystem sein. Wie erwähnt, wird aus Platzgründen auf die Schlussanträge im Verfahren C-147/13 hier nicht näher eingegangen.

C. Ausblick

Die Schlussanträge überzeugen nicht. Wenn man sie mit denjenigen aus dem Verfahren 1/09 vergleicht, welche die darin vorhandenen Probleme in aller Deutlichkeit angesprochen haben, scheinen sie eher darum bemüht, eine Auseinandersetzung mit den neuralgischen Fragen zu vermeiden und den kürzesten Weg zu einer Klageabweisung zu suchen. Es entsteht der Eindruck, dass ein vorgegebenes Ergebnis ohne wirklich tragfähige Argumente erreicht werden soll. Dies nährt die Befürchtung, dass eine ernsthafte sachliche Auseinandersetzung mit der Materie möglicherweise gar nicht erfolgen soll, weil das „Durchwinken“ des „Einheitspatent-Pakets“ zwischen allen beteiligten Institutionen ohnehin beschlossene Sache ist.

Eine entscheidende Frage ist, ob sich der EuGH ungeachtet der stiefmütterlichen Behandlung dieses Komplexes in den Schlußanträgen näher mit der Situation beim EPA auseinandersetzen wird. Vermeidet er dies bzw. beantwortet er diese virulente Thematik nicht erschöpfend, rücken die nationalen Verfassungsgerichte bezüglich dieser Prüfung in den Fokus, aufgrund der erwähnten Prüfungscompetenz für Ratifizierungsgesetze insbesondere das deutsche BVerfG. Angesichts der für ein Inkrafttreten des EPGÜ zwingend erforderlichen Ratifizierung durch Deutschland würde ein Veto des BVerfG das gesamte Projekt stoppen. Schon vor diesem Hintergrund darf man gespannt sein, wie der EuGH die Klagen Spaniens würdigen wird. Mit den Urteilen dürfte im Frühjahr 2015 zu rechnen sein.

* * *

Ergänzung am 05.03.2015:

Seit Veröffentlichung der ersten Version dieses Aufsatzes am 15. 01.2015 hat es – über die endlich zur Verfügung stehenden englischen Fassungen der Schlußanträge hinaus – zu einigen der darin angesprochenen Fragen neue Entwicklungen gegeben, die der Vollständigkeit halber einen Nachtrag gebieten.

1. C-146/13: „Hausverbot“-Vorfall bleibt unberücksichtigt

Soweit aus zuverlässigen Quellen zu vernehmen war, wurden die jüngsten Entwicklungen beim EPA hinsichtlich der Verhängung eines „Hausverbots“ gegen ein Mitglied der Beschwerdekammern dem EuGH im Rahmen des Verfah-

rens C-146/13 formell zur Kenntnis gegeben, dies vermutlich insbesondere im Hinblick auf den Klagegrund „Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip durch Einbindung des Europäischen Patentamts“. Da dieser Vorfall jedoch nach Schluss der mündlichen Verhandlung in diesem Verfahren erfolgte, kann/wird der EuGH ihn für sein Urteil offenbar aus prozessualen Gründen nicht berücksichtigen. Damit bliebe der Vorfall vollständig anderweitiger gerichtlicher Überprüfung, z. B. durch nationale Verfassungsgerichte, zugänglich.

2. Neuigkeiten zur Unabhängigkeit der Beschwerdekammern

In der jüngsten Zwischenentscheidung R 2/14 der Großen Beschwerdekammer vom 17.02.2015⁶⁴ wurde auf ein Interview mit EPA-Präsident *Benoît Battistelli* verwiesen, das kurz nach dessen Amtsantritt im Juli 2010 im GRUR-Newsletter 2/2010, veröffentlicht wurde.⁶⁵ Darin hat sich Herr *Battistelli* zu der Frage der Stärkung der Beschwerdekammern in – aus heutiger Sicht – erstaunlicher Weise wie folgt geäußert (Hervorhebung diesselts):⁶⁶

„GRUR: Der EuGH hat in der mündlichen Verhandlung am 19. Mai 2010 betreffend das Gutachten 1/09 (Vereinbarkeit des Übereinkommens über das Gericht für europäische Patente und EU-Patente (GEPEUP) mit dem EU-Recht) zu erkennen gegeben, dass er die Beschwerdekammern des EPA – ebenso früher schon diejenigen des HABM – nicht als Gerichte ansieht und daher Bedenken in Bezug auf einen ausreichenden Rechtsschutz z. B. bei einer Zurückweisung eines zukünftigen EU-Patents durch das EPA hat (bei Entscheidungen des HABM gibt es bekanntlich eine Klage zum Gericht in Luxemburg).

Welche Abhilfe würden Sie vorziehen:

- die Umwandlung der Beschwerdekammern in ein unabhängiges Gericht außerhalb des EPA (es gibt hier einen ca. 6 Jahre alten Gesetzgebungsvorschlag (CA/46/04)),

oder

- die Schaffung eines unabhängigen Gerichts - evtl. nur für europäische Patente?

Battistelli: Der gerichtliche Charakter der Beschwerdekammern des EPA und die richterliche Unabhängigkeit der Beschwerdekammermitglieder sind im EPÜ verankert, und in den Texten zur Ausführung des derzeitigen europäischen Patentsystems ist dies weiter abgesichert. Dass die Mitglieder der Beschwerdekammern Richter sind, wurde auch von nationalen Gerichten anerkannt. Diese gerichtliche Unabhängigkeit könnte jedoch besser sichtbar gemacht werden, wenn die Beschwerdekammern neben dem Europäischen Patentamt und dem Verwaltungsrat das dritte

Organ der Europäischen Patentorganisation wären. Meiner Ansicht nach wäre es vorzuziehen, den in CA/46/04 enthaltenen Entwurf eines Vorschlags für eine entsprechende Revision des EPÜ aufzugreifen, der das Konzept einer Europäischen Patentorganisation mit drei Organen im Detail darlegt und der sowohl intern als auch im Verwaltungsrat und seinen Unterausschüssen intensiv diskutiert wurde. 2004 waren sich die Vertragsstaaten einig, dass der Entwurf einer Diplomatischen Konferenz zur Revision des EPÜ vorgelegt werden sollte, falls eine solche einberufen wird, um z. B. die zur Einführung des EU-Patents nötigen Änderungen des EPÜ vorzunehmen.

Auf das in diesem Interview von Herrn *Battistelli* zitierte Dokument CA/46/04, das auf der Website des EPA in einem eigenen Abschnitt mit dem Titel „Organisatorische Verselbstständigung der Beschwerdekammern“ dargestellt wird, wurde oben auf S. 3 („Pläne zur Stärkung der Unabhängigkeit der Beschwerdekammern“) bereits erwähnt.

Umso größer war das Erstaunen, als diese Internetseite, die seit langem bestand (Hinweis in der Fußzeile: „Letzte Aktualisierung: 12.10.2009“), kurz nach Veröffentlichung der ersten Fassung dieses Aufsatzes am 15.01.2015 plötzlich nicht mehr auf dem Server des EPA vorhanden war.⁶⁷ Ebenso schnell wie sie verschwunden war, wurde die Seite kurz darauf wieder hergestellt und war am 08.02.2015 wieder an der ursprünglichen Stelle abrufbar.⁶⁸ Die Hintergründe sind unbekannt.

Allerdings darf man wohl davon ausgehen, dass die noch in der oben wiedergegebenen Stellungnahme aus dem Jahr 2010 ausgedrückte Sympathie der Amtsleitung für eine Verselbstständigung der Beschwerdekammern gemäß dem Vorschlag CA/46/04, der bekanntlich eine Revision des EPÜ vorsah, nicht mehr uneingeschränkt vorhanden ist. Man darf gespannt sein, welche Konstruktion statt dessen beabsichtigt ist. Da man eine Revision des EPÜ vermutlich schon aus zeitlichen Gründen unbedingt vermeiden wollen, diese aber für die Herstellung „echter“ Unabhängigkeit der Beschwerdekammern unabdingbar sein dürfte, ist eine gesunde Skepsis angebracht, dass es zu letztgenannter auf absehbare Zeit kommen wird - womit alle oben genannten rechtlichen Probleme jedoch unverändert bestehen bleiben.

* * *

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

⁶⁴ S. 44, Fußnote 1, abrufbar unter bit.ly/3tkImJ0.

⁶⁵ S. 3 f., der Newsletter ist abrufbar unter bit.ly/3gXjp3Q.

⁶⁶ S. 3, r. Sp.

⁶⁷ Ein Ausdruck der 404-Fehlermeldung („Objekt nicht gefunden!“) vom 05.02.2015 ist abrufbar unter bit.ly/3h8sNln.

⁶⁸ Vgl. den Ausdruck unter bit.ly/3nWcfhO.