

# Die europäische Patentreform – Die „zurückgenommene“ Ratifikation des EPGÜ und seiner Protokolle durch Großbritannien

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

Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

**Unverändert wird kontrovers über die europäische Patentreform und insbesondere das Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht („EPGÜ“) diskutiert, wobei eine häufig aufgeworfene Frage die Rolle Großbritanniens im EPGÜ und den Protokollen zu diesem sowie dessen „Rücknahmen“ der diesbezüglichen Ratifikationen betrifft. Diese Themen hatte der Autor dieses Beitrags in seiner zweiten Verfassungsbeschwerde gegen die deutsche Ratifikation des EPGÜ (Az. 2 BvR 2217/20) dem BVerfG zur Klärung unterbreitet, das hierauf wie auf alle anderen materiell-rechtlichen Rügen jedoch inhaltlich nicht eingegangen ist. Die maßgeblichen Aspekte dieser Fragestellung sollen nachfolgend – beruhend auf den Ausführungen in der Verfassungsbeschwerdeschrift<sup>1</sup> – näher erörtert werden.**

## **I. Die zentrale Bedeutung Großbritanniens in der Konzeption der europäischen Patentreform**

Die Teilnahme Großbritanniens ist von zentraler Bedeutung für die europäische Patentreform und insbesondere das EPGÜ. Das EPGÜ tritt gemäß Art. 89 Abs. 1 „am ersten Tag des vierten Monats nach Hinterlegung der dreizehnten Ratifikations- oder Beitrittsurkunde (...) einschließlich der Hinterlegung durch die drei Mitgliedstaaten, in denen es im Jahr vor dem Jahr der Unterzeichnung des Übereinkommens die meisten geltenden europäischen Patente gab“ in Kraft. Die Unterzeichnung erfolgte am 19.02.2013, in dem vorherigen Jahr 2012 gab es die meisten geltenden europäischen Patente in Deutschland, Großbritannien und Frankreich.<sup>2</sup> Eine Ratifikation des EPGÜ durch Großbritannien ist daher für dessen Inkrafttreten zwingend.

Auch für das „Protokoll über die vorläufige Anwendbarkeit des EPGÜ“ („VA-Protokoll“) ist Großbritannien von zentraler Bedeutung. Nach Art. 3 Abs. 1 VA-Protokoll tritt dieses einen Tag nach dem Tag in Kraft, an dem 13 Unterzeichnerstaaten des EPGÜ, darunter Deutschland, Frankreich und Großbritannien, entweder das Übereinkommen ratifiziert oder den Verwah-

rer davon in Kenntnis gesetzt haben, dass sie die parlamentarische Zustimmung zu dessen Ratifikation erhalten haben, und sie das Protokoll unterzeichnet oder unterzeichnet und ratifiziert, angenommen oder genehmigt haben (Art. 3 Abs. 1 Buchst. a)) oder sie anderweitig erklärt haben, dass sie sich durch die in Art. 1 des Protokolls genannten Artikel des EPGÜ als gebunden betrachten (Art. 3 Abs. 1 Buchst. b)). Großbritannien ist wiederum einer der drei Staaten, deren Teilnahme für die Geltung des Protokolls zwingend erforderlich sind.

Dies gilt auch für das „Protokoll zum EPGÜ betreffend Vorrechte und Immunitäten“ („VI-Protokoll“). Dieses tritt 30 Tage nach dem Tag in Kraft, an dem der letzte der vier Vertragsstaaten Frankreich, Deutschland, Luxemburg und Großbritannien seine Ratifikations-, Annahme-, Genehmigungs- oder Beitrittsurkunde hinterlegt hat (Art. 18 Abs. 1 VI-Protokoll). Großbritannien ist also auch hier einer der Staaten, deren Teilnahme für die Geltung des Protokolls zwingend erforderlich ist.

Die Teilnahme Großbritanniens ist ebenso ein Grundelement der europäischen Patentreform wie diejenige Deutschlands und Frankreichs. Die zentrale Rolle dieser drei Länder belegt auch die Dreiteilung der Zentralkammer des Einheitlichen Patentgerichts („EPG“) zwischen ihnen; ein davon ist in London ansässig (Art. 7 Abs. 2 EPGÜ i.V.m. Anhang II).

## **II. Die Ratifikation des EPGÜ und seiner Protokolle durch Großbritannien und ihre „Rücknahme“**

Großbritannien hat sowohl das EPGÜ als auch die vorgenannten beiden Protokolle zu diesem zunächst gebilligt, nachfolgend jedoch seine „Rücknahme“ dieser Billigung erklärt.

### **1. Die Ratifikation**

Nachdem das Votum der britischen Wählerschaft über den Austritt Großbritanniens aus der EU vom 23.06.2016 Zweifel begründet hatte, ob und inwiefern eine Teilnahme Großbritanniens am EPGÜ politisch und rechtlich noch möglich ist,<sup>3</sup> teilte die britische Regierung im November 2016 mit, das EPGÜ ungeachtet des „Brexit“-Votums ratifizieren zu wollen.<sup>4</sup> Das EPG sei keine EU-Institution,

<sup>1</sup> Vgl. auch *Stjerna*, Die Verfassungsbeschwerde vom 18.12.2020 gegen die Ratifikation des Übereinkommens über ein Einheitliches Patentgericht – Verfahren 2 BvR 2217/20 vor dem Bundesverfassungsgericht, Tredition 2021; das Vorwort ist abrufbar unter [www.stjerna.de/files/EPGU-II-VIV.pdf](http://www.stjerna.de/files/EPGU-II-VIV.pdf).

<sup>2</sup> Vgl. hierzu *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Die Quadratur des Kreises nach dem „Brexit“-Votum, abrufbar unter [www.stjerna.de/brexit/](http://www.stjerna.de/brexit/).

<sup>3</sup> Vgl. hierzu *Stjerna*, Quadratur des Kreises (Fn. 2).

<sup>4</sup> Pressemitteilung „UK signals green light to Unified Patent Court Agreement“ vom 28.11.2016, <https://archive.ph/aEvyt>; vgl. auch *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Das britische Rati-

sondern eine internationale Organisation und von der Mitgliedschaft Großbritanniens in der EU unabhängig.<sup>5</sup> Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Teilnahme auch nach einem Austritt aus der EU weiter ist, solle im Zuge der Austrittsverhandlungen geklärt werden.<sup>6</sup>

Großbritannien ratifizierte am 26.04.2018 das EPGÜ<sup>7</sup> und das VA-Protokoll<sup>8</sup>. Bereits davor hatte es angeblich seine Zustimmung erklärt, durch das VI-Protokoll gebunden zu sein,<sup>9</sup> wobei unklar ist, wann und wodurch dies erfolgt sein soll.

## 2. Die „Rücknahme“ der Ratifikation

Zum 31.01.2020 trat Großbritannien aus der EU aus (Art. 185 des Abkommens über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft vom 12.11.2019). In dem Austrittsübereinkommen wurde vereinbart, dass bis 31.12.2020 ein Übergangszeitraum gilt, in dem Großbritannien weiter Mitglied des gemeinsamen Binnenmarkts bleibt und das gesamte für Großbritannien gültige EU-Recht dort weiterhin Anwendung findet (Art. 126 ff. des Austrittsabkommens).

Am 27.02.2020 veröffentlichte die britische Regierung das Dokument „The Future Relationship with the EU – The UK’s Approach to Negotiations“<sup>10</sup>, in dem das von Großbritannien gewünschte zukünftige Verhältnis zur EU und dessen Verhandlungsansatz näher dargestellt wurden. Darin wurde erklärt, das Land werde keinerlei „Verpflichtungen zustimmen (...), die vorsehen, dass wir unser Recht mit dem der EU in Einklang zu bringen haben, oder den EU-Institutionen, inklusive des Gerichtshofs, jegliche Zuständigkeit in Großbritannien geben“.<sup>11</sup> Kurz nach Veröffentlichung der Entscheidung des BVerfG i.S. 2 BvR 739/17 im März 2020 und der darin ausgesprochenen Nichtigkeitsklärung der ersten deutschen Ratifikation des EPGÜ wurde bekannt, dass Großbritannien an einer Teil-

nahme am EPG und dem einheitlichen Patentschutz nicht länger interessiert ist.<sup>12</sup>

Am 20.07.2020 teilte die britische Ministerin für Wissenschaft, Forschung und Innovation, Frau *Amanda Solloway*, dann im Rahmen einer schriftlichen Stellungnahme im britischen Parlament (HCWS395) sowie im House of Lords (HLWS383) mit, Großbritannien habe sich vom „Unified Patent Court system“ mit sofortiger Wirkung zurückgezogen.<sup>13</sup> Diese Erklärung lautet wie folgt:

*“I am tabling this statement for the benefit of Honourable and Right Honourable Members to bring to their attention the UK’s withdrawal from the Unified Patent Court system.*

*Today, by means of a Note Verbale, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland has withdrawn its ratification of the Agreement on a Unified Patent Court and the Protocol on Privileges and Immunities of the Unified Patent Court (dated 23 April 2018) in respect of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Isle of Man, and its consent to be bound by the Protocol to the Agreement on a Unified Patent Court on provisional application (dated on 6 July 2017) (collectively “the Agreements”).*

*In view of the United Kingdom’s withdrawal from the European Union, the United Kingdom no longer wishes to be a party to the Unified Patent Court system. Participating in a court that applies EU law and is bound by the CJEU would be inconsistent with the Government’s aims of becoming an independent self-governing nation.*

*The Agreements have not yet entered into force. However, in order to ensure clarity regarding the United Kingdom’s status in respect of the Agreements and to facilitate their orderly entry into force for other States without the participation of the United Kingdom, the United Kingdom has chosen to withdraw its ratification of the Agreements at this time. The United Kingdom considers that its withdrawals shall take effect immediately and that it will be for the remaining participating states to decide the future of the Unified Patent Court system.”*

Eine rechtliche Grundlage für dieses Vorgehen und die gewünschte Wirkung wurde nicht genannt, die Verbalnote wurde – soweit ersichtlich – nicht veröffentlicht. In der Datenbank des Rates der EU zu internationalen Übereinkommen ist im Hinblick auf das EPGÜ vermerkt, am 20.07.2020 sei die Ratifikation durch Großbritannien zurückgenommen und wirksam geworden („Withdrawal of ratification received on, and effective as from, 20/07/2020“).<sup>14</sup> Der gleiche Vermerk findet sich dort im

fiktionsparadoxon, abrufbar unter [www.stjerna.de/uk-paradoxon/](http://www.stjerna.de/uk-paradoxon/).

<sup>5</sup> Pressemitteilung “UK signals green light” (Fn. 4).

<sup>6</sup> Hierzu näher *Stjerna*, Ratifikationsparadoxon (Fn. 4).

<sup>7</sup> Datenbank des Rates der EU zu internationalen Übereinkommen betreffend das EPGÜ, abrufbar unter [www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2013001](http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2013001).

<sup>8</sup> Datenbank des Rates der EU zu internationalen Übereinkommen betreffend das VA-Protokoll, abrufbar unter [www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2015056&DocLanguage=en](http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2015056&DocLanguage=en).

<sup>9</sup> Datenbank des Rates der EU zu internationalen Übereinkommen betreffend das VI-Protokoll, abrufbar unter [www.consilium.europa.eu/de/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2016047&DocLanguage=en](http://www.consilium.europa.eu/de/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2016047&DocLanguage=en).

<sup>10</sup> Dokument “The Future Relationship with the EU – The UK’s Approach to Negotiations”, abrufbar unter [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/868874/The\\_Future\\_Relationship\\_with\\_the\\_EU.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/868874/The_Future_Relationship_with_the_EU.pdf).

<sup>11</sup> “The Future Relationship with the EU” (Fn. 10), S. 3, Ziffer 5.

<sup>12</sup> Artikel “IP Minister confirms UK’s non-participation in UPC”, *bristowsupc.com* am 14.04.2020, <https://archive.ph/Nu8PI>.

<sup>13</sup> Stellungnahme von *Amanda Solloway* vom 20.07.2020, abrufbar unter [archive.is/t2UHA](http://archive.is/t2UHA).

<sup>14</sup> Ratsdatenbank bzgl. EPGÜ (Fn. 7).

Hinblick auf das VI-Protokoll.<sup>15</sup> Zum VA-Protokoll ist angegeben, am 20.07.2020 sei die Zustimmung Großbritanniens, durch dieses gebunden zu sein, zurückgenommen und wirksam geworden („Withdrawal of consent to be bound received on, and effective as from, 20/07/2020“).<sup>16</sup>

### 3. Die „Verbalnote“ Großbritanniens

Der genaue Inhalt der besagten Verbalnote der britischen Regierung war zunächst nicht in Erfahrung zu bringen, inzwischen liegt sie jedoch vor. Der wesentliche Inhalt der auf den 14. Juli 2020 datierenden Erklärung<sup>17</sup> lautet:

*“I have the honour to refer to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland’s signature and ratification of the Agreement on a Unified Patent Court, dated 19 February 2013 and 23 April 2018 respectively; and to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland’s signature and ratification of the Protocol on Privileges and Immunities of the Unified Patent Court, dated 14 December 2016 and 23 April 2018 respectively. I have further the honour to refer to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland’s signature and notification of completion of domestic procedures of the Protocol to the Agreement on a Unified Patent Court on provisional application, dated 1 October 2015 and 6 July 2017 respectively (collectively referred to as the ‘Agreements’).*

*On 31 January 2020, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland withdrew from the European Union and, under the terms of the Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community, entered a time-limited transition period.*

*In view of its withdrawal from the European Union, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland no longer wishes to be party to the Agreements. In order, therefore, to ensure clarity regarding the United Kingdom’s status in respect of the Agreements and to facilitate their orderly entry into force, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland hereby withdraws its ratification of the Agreement on a Unified Patent Court and the Protocol on Privileges and Immunities of the Unified Patent Court in respect of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Isle of Man. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland further withdraws its consent to be bound by the Protocol to the Agreement on a Unified Patent Court on provisional application. These withdrawals shall take effect upon the deposit of this notification.”*

Auch insoweit ist fraglich, auf welcher Rechtsgrundlage eine solche „Rücknahme mit sofortiger Wirkung“ rechtlich überhaupt möglich sein soll. Neben der besagten schriftli-

chen Erklärung der britischen Regierung im Parlament am 20.07.2020 schweigt sich auch die Verbalnote hierüber aus und nennt nur die gewünschte Rechtsfolge.

### III. Rechtsfolgen der „Rücknahme“?

Bei der Ratifikation von EPGÜ und VA-Protokoll war Großbritannien Mitgliedstaat der EU und damit sowohl „Mitgliedstaat“ i.S.d. EPGÜ (Art. 2 Buchst. b) EPGÜ) als auch „Vertragsmitgliedstaat“ (Art. 2 Buchst. c) EPGÜ) und erfüllte damit die Voraussetzungen des Art. 84 Abs. 1 EPGÜ für eine Teilnahme an dem Übereinkommen. Jedoch schied das Land zum 31.01.2020 aus der Europäischen Union aus, der vereinbarte Übergangszeitraum endete am 31.12.2020. Seither findet das Unionsrecht nach Art. 50 Abs. 3 EUV dort keine Anwendung mehr. Großbritannien trat aus der EU aus, weil es das Unionsrecht und die Rechtsprechungshoheit des EuGH nicht mehr anerkennen möchte.<sup>18</sup>

Allerdings endet mit der EU-Mitgliedschaft Großbritanniens nicht automatisch auch dessen Mitgliedschaft im EPGÜ und den entsprechenden Protokollen, vielmehr bleibt diese von dem Austritt unberührt, was nicht zuletzt angesichts der nach Art. 2 Buchst. b), Art. 84 Abs. 1 EPGÜ auf EU-Mitgliedstaaten beschränkten Mitgliedschaft in dem Übereinkommen und dem nach Art. 7 Abs. 2 EPGÜ i.V.m. Anhang II in London angesiedelten Sitz der Zentralkammer Handlungsbedarf begründet hat.

Derzeit ist der Status Großbritanniens im Hinblick auf das EPGÜ und die zugehörigen Protokolle unklar, denn die rechtliche Grundlage der erklärten „Rücknahmen“ und der ihnen zugesprochenen Rechtsfolge der sofortigen Wirksamkeit sind nach wie vor unbekannt.

#### 1. Keine Ersetzung von Großbritannien, keine Revision des EPGÜ vor dessen Inkrafttreten

Wie einleitend beschrieben, müssen Deutschland, Frankreich und Großbritannien das EPGÜ nach dessen Art. 89 Abs. 1 zwingend ratifizieren, damit es in Kraft treten kann. Fällt einer von ihnen aus, kann kein anderer Staat nachrücken, denn Art. 89 Abs. 1 EPGÜ stellt zum einen auf „Mitgliedstaaten“ ab, was nach Art. 2 Buchst. b) EPGÜ einen Mitgliedstaat der EU meint. Ein solcher ist von einem „Vertragsmitgliedstaat“ zu unterscheiden, der eine Vertragspartei des Übereinkommens bezeichnet (Art. 2 Buchst. c) EPGÜ).

Zum anderen stellt das Übereinkommen nach dem unmissverständlichen Wortlaut seines Art. 89 Abs. 1 auf die Anzahl derjenigen Mitgliedstaaten – nicht Vertragsmitgliedstaaten! – ab, in denen es im Jahr 2012 die meisten geltenden europäischen Patente gab. Es handelt sich also um ein objektives Kriterium. 2012 waren die drei EU-Mitgliedstaaten mit den meisten geltenden europäischen Patenten unumgänglich Deutschland, Großbritannien und Frankreich. Eine Ersetzung eines dieser drei durch einen anderen Mitgliedstaat ist nach dem

<sup>15</sup> Ratsdatenbank bzgl. VI-Protokoll (Fn. 9).

<sup>16</sup> Ratsdatenbank bzgl. VA-Protokoll (Fn. 8).

<sup>17</sup> Verbalnote vom 14.07.2020, abrufbar unter [www.stjerna.de/files/UK-Note-Verbale-UPCA.pdf](http://www.stjerna.de/files/UK-Note-Verbale-UPCA.pdf).

<sup>18</sup> “The Future Relationship with the EU” (Fn. 10).

klaren Wortlaut des Art. 89 Abs. 1 EPGÜ nicht möglich. Nimmt Großbritannien nicht (mehr) am EPGÜ teil, kann dessen Stelle nicht durch einen anderen Mitgliedstaat – z. B. denjenigen, in dem es im Jahr 2012 die viertmeisten geltenden europäischen Patente gab –, eingenommen werden, denn maßgebend für das Inkrafttreten sind unverändert „die drei Mitgliedstaaten, in denen es im Jahr vor dem Jahr der Unterzeichnung des Übereinkommens die meisten geltenden europäischen Patente gab“. Dies sind unumstößlich Deutschland, Großbritannien und Frankreich. Wollte man dies ändern, müsste der Text des Übereinkommens entsprechend geändert und das geänderte Übereinkommen neu ratifiziert werden.

Zwar erlaubt Art. 87 Abs. 2 EPGÜ unter bestimmten Voraussetzungen eine Revision des Übereinkommens durch den EPG-Verwaltungsausschuss ohne Erfordernis einer Beteiligung der Vertragsmitgliedstaaten und anschließende Ratifikation. Unabhängig von der Frage, ob die Voraussetzungen für eine solche Revision vorliegend auch nur theoretisch gegeben sein könnten, ist unabdingbare Voraussetzung hierfür jedoch zunächst das Inkrafttreten des EPGÜ, denn ohne dieses ist auch dessen Art. 87 nicht anwendbar. Allerdings ist das EPGÜ weder in Kraft getreten, noch gehört sein Art. 87 auch nur zu den Vorschriften, die durch das VA-Protokoll vorläufig anwendbar gemacht werden sollen.<sup>19</sup> Eine entsprechende Anpassung des Übereinkommens kommt demnach jedenfalls aktuell nicht in Betracht.

## **2. Die „Rücknahme“ der britischen Ratifikation im deutschen EPGÜ-Zustimmungsgesetz II**

Nach der Nichtigerklärung des ersten Ratifikationsversuchs durch das BVerfG leitete die Bundesregierung am 25.09.2020 das zweite Ratifikationsverfahren zum EPGÜ ein und übermittelte ihren „Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 19. Februar 2013 über ein Einheitliches Patentgericht“<sup>20</sup> („ZustG II“). Die britische „Rücknahme“ der Ratifikation des EPGÜ und der zugehörigen Protokolle wurde darin nicht thematisiert, obwohl diese bei Beginn des Gesetzgebungsverfahrens bereits mehr als zwei Monate zuvor erklärt worden war. Das ZustG II beschränkte sich auf die Feststellung, die britische Ratifikation liege vor, und ein Ausscheiden des Landes infolge des „Brexit“ hindere die Durchführung des EPGÜ nicht. Jedenfalls seien bestimmte Vorschriften des EPGÜ so „auszulegen“, dass sie dessen Inkrafttreten nicht entgegenstehen. Im Einzelnen heißt es im ZustG II:<sup>21</sup>

*„Die Tatsache, dass Großbritannien das Übereinkommen infolge des Brexit verlässt, steht dessen Durchführung nicht entgegen.“*

*Die Regelungen zum Inkrafttreten im Übereinkommen und seinen Protokollen sollten sicherstellen, dass alle drei [sic] am Vertrag beteiligten Staaten, die Bundes-*

*republik Deutschland, Frankreich und Großbritannien, bereits beim Start des Einheitlichen Patentgerichts am Gerichtssystem teilnehmen. Insofern sollte vermieden werden, dass zum Beispiel aufgrund der unterschiedlichen Dauer der Ratifikationsverfahren der Vertrag zunächst nur mit einem oder zwei der drei Staaten in Kraft tritt. Die Bezugnahme auf diese hat den Zweck, den Zeitpunkt des Inkrafttretens unter den am Vertrag tatsächlich Beteiligten zu koordinieren.*

*Unabhängig davon, dass die britische Zustimmung derzeit vorliegt, hat ein Ausscheiden von Großbritannien auf die Anwendbarkeit der Regelungen zum Inkrafttreten jedenfalls deshalb keinen Einfluss, weil diese so auszulegen sind, dass ein von niemandem vorhersehbares Ausscheiden einer [sic] dieser drei Staaten das gesamte Inkrafttreten für die verbleibenden Beteiligten nicht hindert.*

*Das Übereinkommen sieht im Übrigen ausdrücklich vor, dass neben dem Sitz der erstinstanzlichen Zentralkammer des Gerichts in Paris und dem Standort München auch eine Abteilung in London angesiedelt ist. Es kann aber nicht so verstanden werden, dass es einen Kammerstandort in einem Nicht-Vertragsmitgliedstaat errichten beziehungsweise belassen möchte. Bei einem Fortfall der Londoner Zentralkammereinheit ist das Übereinkommen so auszulegen, dass deren Zuständigkeiten zumindest übergangsweise der (fort)bestehenden Zentralkammer in Paris und München anwachsen. Eine ausdrückliche Regelung kann zu gegebener Zeit im Rahmen einer nach Artikel 87 Absatz 1 und 3 des Übereinkommens vorgesehenen Überprüfung der Funktionsweise des Gerichts erfolgen.*

*Unter den verbleibenden Vertragsmitgliedstaaten wird eine politische Erklärung zu diesen Fragen angestrebt. In der einvernehmlichen Durchführung der Verträge läge schließlich auch eine völkerrechtlich beachtliche Übung beziehungsweise Vereinbarung der Vertragsstaaten nach Artikel 31 Absatz 3 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge.“*

Was in diesen Ausführungen gänzlich fehlt, ist eine fundierte und nachvollziehbare rechtliche Begründung der aufgestellten Thesen. Es ist offensichtlich, dass an dieser Stelle ein erhebliches Problem besteht. Den nicht zuletzt durch den eigenen Mangel an rechtlichem Durch- und Weitblick und denjenigen der zahlreich einbezogenen „Experten“ verursachten, rechtlich schon lange nicht mehr seriös zu lösenden Problemen vermögen die Protagonisten der europäischen Patentreform schon seit Jahren nur noch durch Leugnen, Lügen und unter Verweis auf ersichtlich fragwürdige Rechtskonstrukte sog. „Experten“ zu begegnen, im Vergleich mit denen ein Kartenhaus häufig wie eine grundsolide Struktur anmutet. Dennoch reiten sie in nicht bewährter Manier weiter das tote Pferd als gäbe es kein morgen, offenbar darauf vertrauend, dass es – wie bislang – unter Einsatz aller Mittel schon irgendwie gelingen wird, ihre fragwürdigen Konstruktionen auch vor Gericht erfolgreich zu verteidigen.

<sup>19</sup> Vgl. Art. 1 des VA-Protokolls.

<sup>20</sup> BT-Drucksache 19/22847 vom 25.09.2020, abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/19/228/1922847.pdf>.

<sup>21</sup> BT-Drucksache 19/22847 (Fn. 20), S. 2/3.

### **3. „Rücknahme“ der britischen Ratifikation nach der Wiener Konvention über das Recht der Verträge?**

Zwar sind das EPGÜ und die zugehörigen Protokolle „Verträge“ im Sinne von Art. 2 Buchst. a) der Wiener Konvention über das Recht der Verträge („WKRVR“) (Art. 5 WKRV i.V.m. Art. 4 Abs. 1 EPGÜ), so dass die WKRV anwendbar ist. Gleichwohl ist die im ZustG II propagierte „Umdeutung“ des klaren Wortsinns des EPGÜ in eine dem diametral entgegenstehende Regelung nach Art. 31 WKRV nicht möglich, auch weitere Beendigungsgründe nach der WKRV sind nicht einschlägig.

#### **a) Vereinbarung bzw. Übung der Vertragsstaaten nach Art. 31 Abs. 3 WKRV**

Auf Art. 31 WKRV lässt sich das im ZustG II propagierte Verständnis des EPGÜ nicht stützen.

#### **aa) Voraussetzungen**

Art. 31 WKRV formuliert eine Reihe bei der Auslegung eines Vertrages im Sinne der Konvention (nachfolgend „Vertrag“) zu beachtender allgemein anerkannter Grundsätze. Dabei bestimmt er den Wortsinn, den Zusammenhang, Ziel und Zweck sowie Treu und Glauben als wesentliche Auslegungselemente, wobei die Abs. 2 und 3 den Zusammenhang weiter qualifizieren.<sup>22</sup> Generell dient die Auslegung der Ermittlung der Bedeutung des Vertragstextes, insbesondere des normativen Gehalts des mit ihm geschaffenen Rechtsregimes, nicht aber der Begründung einer Bedeutungsebene, die dem Text widerspricht. Dabei wird die Berücksichtigung von Ziel und Zweck insoweit durch den allgemeinen Wortsinn des Vertragstextes begrenzt, als diesem nicht aus teleologischen Erwägungen eine Bedeutung gegeben kann, die dessen Wortsinn nicht trägt. Zudem hat die Auslegung durchweg gemäß dem Grundsatz von Treu und Glauben zu erfolgen.<sup>23</sup>

Relevant ist zunächst jede dem Vertragsschluss nachfolgende Übereinkunft zwischen allen<sup>24</sup> Vertragsparteien über die Auslegung und Anwendung des Vertrages (Art. 31 Abs. 3 Buchst. a) WKRV). Allerdings muss diese spätere Übereinkunft nach dem Willen der Vertragsparteien den gleichen Rang wie der auszulegende Vertrag haben, anderenfalls betrifft diese nicht die Auslegung des Vertrages oder die Anwendung seiner Bestimmungen.<sup>25</sup>

Nach Art. 31 Abs. 3 Buchst. b) WKRV ist auch eine spätere Übung der Anwendung des Vertrages bei dessen Auslegung zu berücksichtigen, sofern diese konsistent ist und alle Vertragsparteien umfasst. „Übung“ in diesem Sinne ist im Grundsatz jede Handlung der Vertragsparteien im Hinblick auf die Umsetzung des Vertrages. Allerdings erfordert eine „Übung“ eine Mehrzahl einheitlicher Handlungen der Vertragsparteien hinsichtlich der Anwendung des Vertrages, um ein diesbezügliches Verhaltensmuster zu

begründen. Zudem müssen die Handlungen in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen und seitens der Vertragsstaaten zu dem Zweck vorgenommen worden sein, ihre Verpflichtungen aus diesem zu erfüllen.<sup>26</sup>

#### **bb) Anwendung auf das EPGÜ**

Das im ZustG II behauptete Verständnis des EPGÜ, insbesondere von dessen Art. 89 Abs. 1 EPGÜ und Art. 7 Abs. 2 EPGÜ i.V.m. Anhang II lässt sich nicht unter Rückgriff auf Art. 31 WKRV gewinnen, denn es steht dem eindeutigen Wortsinn des Übereinkommens entgegen.

#### **(1) Zwingende Vertragsmitgliedstaaten nach Art. 89 Abs. 1 EPGÜ**

Das im ZustG II propagierte Verständnis des EPGÜ kann schon deshalb nicht durch Auslegung begründet werden, weil mit dieser nur der normative Inhalt des vorhandenen Vertragstextes ermittelt, diesem aber nicht ein völlig neuer Bedeutungsgehalt beigemessen werden kann.<sup>27</sup> Genau dies geschieht aber, wenn behauptet wird,<sup>28</sup>

*„...ein Ausscheiden von Großbritannien [hat] auf die Anwendbarkeit der Regelungen zum Inkrafttreten jedenfalls deshalb keinen Einfluss, weil diese so auszulegen sind, dass ein von niemandem vorhersehbares Ausscheiden einer [sic] dieser drei Staaten das gesamte Inkrafttreten für die verbleibenden Beteiligten nicht hindert.“*

Diese Behauptung widerspricht der ebenso eindeutigen wie unverändert gültigen Regelung in Art. 89 Abs. 1 EPGÜ, wonach eine Ratifikation durch Großbritannien für das Inkrafttreten des Übereinkommens zwingend ist. Dieser klaren Regelung nun die Bedeutung beizumessen, dass eine Ratifikation durch Großbritannien für das Inkrafttreten nicht (mehr) zwingend ist, also das genaue Gegenteil ihres Wortlauts, ist nicht möglich. Dies gilt umso mehr, als die Bundesregierung im ZustG II erst gar nicht erwähnt hat, dass Großbritannien mit unklarer Rechtsfolge die „Rücknahme“ seiner Ratifikation erklärt hat. Diesen zentralen Fragen lässt sich nicht dadurch ausweichen, dass man sie für irrelevant erklärt und dies als „Auslegung“ bezeichnet. Eine solche „Auslegung“ ist ersichtlich unzulässig, denn der Wortsinn des Art. 89 Abs. 1 EPGÜ trägt sie nicht, er bestimmt gerade das Gegenteil.

#### **(a) Unkündbarkeit des EPGÜ nach dem Willen der Vertragsparteien**

Dem steht auch entgegen, dass das EPGÜ nach Äußerungen des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz („BMJV“) offenbar „unkündbar“ sein sollte. Dies wird jedenfalls in einem seitens des BMJV aufgrund des IFG zugänglich gemachten Dokument behauptet. Darin wird im Rahmen der verfassungsrechtlichen Prüfung

<sup>22</sup> Dörr/Schmalenberg, Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Aufl. (2018), Art. 31, Rn. 5.

<sup>23</sup> Dörr/Schmalenberg (Fn. 22), Art. 31, Rn. 16, 57 und 59.

<sup>24</sup> Dörr/Schmalenberg (Fn. 22), Art. 31, Rn. 76 f.

<sup>25</sup> Dörr/Schmalenberg (Fn. 22), Art. 31, Rn. 73.

<sup>26</sup> Dörr/Schmalenberg (Fn. 22), Art. 31, Rn. 77, 79 bis 81.

<sup>27</sup> Dörr/Schmalenberg (Fn. 22), Art. 31, Rn. 16, 57, S. 587.

<sup>28</sup> BT-Drucksache 19/22847 (Fn. 20), S. 3, dritter Abs.

des EPGÜ durch eine Mitarbeiterin des Auswärtigen Amtes („AA“) ausgeführt.<sup>29</sup>

*„In dem Abkommen fehlt eine Kündigungsklausel, die aus vertragsförmlicher Sicht erforderlich ist. Nach Mitteilung des BMJ, Referat III B 4 (Herr Karcher) wurde die Frage einer Kündigungsvorschrift der Präsidentschaft bzw. dem Juristischen Dienst des Rates zur Prüfung vorgelegt. Der JD Rat tendierte – nach Auskunft von Herrn Karcher – spontan dazu, dass eher die Kündigungsmöglichkeit ausdrücklich ausgeschlossen werden müsse, weil das Unionsrecht in der Gestalt der Patentverordnung vom Inkrafttreten des Gerichtsübereinkommens (und dessen Fortbestand) abhängt. Aus Sicht unseres Fachreferates 501 sollte diese Frage nicht allein dem Rat überlassen werden, sondern eine Abstimmung des Ressorts erfolgen, ob ausnahmsweise von der üblicherweise vereinbarten Kündigungsmöglichkeit abgesehen werden soll. Insbesondere bitten wir um Prüfung, ob die dargestellte Sachlage – der Verweis auf sekundäres EU-Recht – ausreicht, um auf eine solche Klausel zu verzichten und sich unkündbar an einen Vertrag zu binden.“*

Bekanntlich ist Herr Karcher der leitende Bedienstete in dem für die europäische Patentreform zuständigen BMJV-Referat III B 4. Er ist zudem Mitglied des Vorbereitenden Ausschusses des EPG<sup>30</sup> und leitet dort die „Untergruppe Rechtsrahmen“. Der Umstand, dass in der finalen Version des EPGÜ die dem AA zufolge „aus vertragsförmlicher Sicht“ erforderliche Kündigungsklausel nicht vorhanden ist, spricht dafür, dass eine Kündigung des Übereinkommens möglicherweise ausgeschlossen werden sollte.

Bezeichnenderweise hat das BMJV einen IFG-Antrag auf Zugang zu allen amtlichen Informationen zur Frage der Möglichkeit einer Kündigung der Mitgliedschaft im EPGÜ, insbesondere der genannten Äußerung des Juristischen Dienstes des Rates, mit der Begründung abgelehnt, ihm lägen „keine Informationen zu einer Äußerung des Juristischen Dienstes des Rates oder andere amtliche Informationen zu der Frage einer Kündigungsmöglichkeit der Mitgliedschaft im EPGÜ vor“.<sup>31</sup> Gab es also die von besagter Mitarbeiterin des AA detailliert und schlüssig beschriebene, diesbezügliche Auskunft des Herrn Karcher nicht? Oder hat man den Juristischen Dienst – wohlweislich – nur telefonisch befragt, um keine dem IFG unterfallenden Informationen zu produzieren?

#### **(b) Angestrebte „politische Erklärung der Vertragsstaaten“?**

Soweit es im ZustG II heißt, zu dem darin propagierten Verständnis werde eine „politische Erklärung der Ver-

tragsstaaten“ angestrebt,<sup>32</sup> liegt eine solche jedenfalls bislang nicht vor. Es handelt sich bisher nur um eine bloße Absichtserklärung, die am klaren Wortlaut des EPGÜ auch vor dem Hintergrund von Art. 31 WKRv nichts zu ändern vermag. Auch eine solche Erklärung könnte jedoch dem vorhandenen Vertragstext nicht ohne weiteres einen völlig neuen Bedeutungsgehalt geben.

#### **(c) „Völkerrechtlich beachtliche Übung beziehungsweise Vereinbarung der Vertragsstaaten“?**

Dies gilt auch soweit im ZustG II darauf verwiesen wird, „in der einvernehmlichen Durchführung der Verträge“ läge „eine völkerrechtlich beachtliche Übung beziehungsweise Vereinbarung der Vertragsstaaten“ nach Art. 31 Abs. 3 WKRv.<sup>33</sup> Ob eine solche „einvernehmliche Durchführung der Verträge“ die behauptete Wirkung hätte oder nicht, ist derzeit unerheblich, denn es ist bereits unklar, welches Verhalten als „einvernehmliche Durchführung“ in diesem Sinne angesehen werden soll. Vermutlich gibt es dieses selbst nach Ansicht der Bundesregierung nicht, denn anderenfalls müsste sie nicht erklären, was für den hypothetischen Fall zu gelten hätte, wenn ein entsprechendes Verhalten vorläge. Eine Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung und Anwendung des EPGÜ im Sinne des Art. 31 Abs. 3 Buchst. a) WKRv müsste jedenfalls alle Vertragsparteien umfassen. Worin eine solche Übereinkunft aller Vertragsparteien über das im ZustG II behauptete Verständnis des EPGÜ liegen soll, ist nicht ersichtlich. Auch hier gilt jedoch, dass selbst eine solche Übereinkunft dem vorhandenen Vertragstext keinen völlig neuen Bedeutungsgehalt geben könnte, wie ihn das von der Bundesregierung propagierte Verständnis darstellt.

Dies gilt auch für eine spätere Übung der Anwendung des Vertrages im Sinne von Art. 31 Abs. 3 Buchst. b) WKRv. Auch eine solche Übung müsste zunächst alle Vertragsparteien umfassen, sie setzt zudem eine Mehrzahl einheitlicher Handlungen der Vertragsparteien hinsichtlich der Anwendung des Vertrages voraus. Worin eine solche Übung zu erblicken sein soll, bleibt offen.

Art. 31 WKRv trägt das im ZustG II behauptete Verständnis des Art. 89 Abs. 1 EPGÜ nicht.

#### **(2) Standort der Zentralkammer in London (Art. 7 Abs. 2 EPGÜ i.V.m. Anhang II)**

Auch soweit im ZustG II zu dem nach Art. 7 Abs. 2 EPGÜ i.V.m. Anhang II vorgesehenen Standort der Zentralkammer in London erklärt wird, das Übereinkommen könne

*„...aber nicht so verstanden werden, dass es einen Kammerstandort in einem Nicht-Vertragsmitgliedstaat errichten beziehungsweise belassen möchte. Bei einem Fortfall der Londoner Zentralkammereinheit ist das Übereinkommen so auszulegen, dass deren Zuständigkeiten zumindest übergangsweise der (fort)bestehenden Zentralkammer in Paris und München anwachsen.“*

<sup>29</sup> BMJV-Dokument 9330/29-2-31 907/2012, S. 7/8, abrufbar unter [www.stjerna.de/files/907\\_2012-7.pdf](http://www.stjerna.de/files/907_2012-7.pdf).

<sup>30</sup> Vgl. die „Roadmap of the Preparatory Committee of the Unified Patent Court“, S. 2, abrufbar unter [www.stjerna.de/files/roadmap-201409.pdf](http://www.stjerna.de/files/roadmap-201409.pdf).

<sup>31</sup> Vgl. den Bescheid des BMJV vom 09.07.2020, abrufbar unter [www.stjerna.de/ifg-2006-3/](http://www.stjerna.de/ifg-2006-3/).

<sup>32</sup> BT-Drucksache 19/22847 (Fn. 20), S. 3, dritter Abs.

<sup>33</sup> BT-Drucksache 19/22847 (Fn. 20), S. 3, dritter Abs.

gelten die vorstehenden Ausführungen gleichermaßen. Auch insoweit sind die bestehenden Regelungen im EPGÜ eindeutig und aktuell gültig. Auch insoweit gilt, dass dem Vertragstext nicht mittels Auslegung ein völlig neuer Bedeutungsgehalt gegeben werden kann, den der Wortsinn nicht trägt.<sup>34</sup> Dies wäre aber der Fall, wenn die klare Regelung in Art. 7 Abs. 2 EPGÜ i.V.m. Anhang II, wonach sich ein Standort der Zentralkammer in London befindet, wie im ZustG II behauptet umgedeutet werden könnte.

Soweit auch hier auf eine angeblich angestrebte „politische Erklärung der Vertragsstaaten“ verwiesen wird, gelten die obigen Ausführungen entsprechend.

Dies gilt auch hinsichtlich der Behauptung im ZustG II, wonach „in der einvernehmlichen Durchführung der Verträge“ „eine völkerrechtlich beachtliche Übung beziehungsweise Vereinbarung der Vertragsstaaten“ nach Art. 31 Abs. 3 WKR V „läge“. Weder ist erkennbar, welches Verhalten eine „einvernehmliche Durchführung“ in diesem Sinne sein soll, noch liegen die Voraussetzungen für eine entsprechende Vereinbarung bzw. Übung der Vertragsparteien des EPGÜ vor.

Auch das im ZustG II behauptete Verständnis von Art. 7 Abs. 2 EPGÜ i.V.m. Anhang II kann nicht auf Art. 31 WKR V gestützt werden.<sup>35</sup>

#### **b) Beendigung der vorläufigen Anwendung eines Vertrages nach Art. 25 Abs. 2 WKR V**

In der Literatur wurde behauptet, Art. 25 Abs. 2 WKR V könne für einen Staat, der ein internationales Übereinkommen unterzeichnet und ratifiziert hat, die Befugnis begründen, diese Unterzeichnung und die Ratifikation durch bloße Notifikation mit rückwirkendem Effekt (!) zurückzunehmen.<sup>36</sup> Dies sei zwar in Art. 25 Abs. 2 WKR V nicht ausdrücklich geregelt, sei aber womöglich als selbstverständlich erachtet worden (!).<sup>37</sup> Auch dies trägt nicht.

##### **aa) Voraussetzungen**

Ungeachtet dessen, dass diese abenteuerlichen Thesen im Ergebnis schon deshalb nicht weiterhelfen, weil es ohne Änderung des eindeutigen Wortlauts des Art. 89 Abs. 1 EPGÜ, der auf die drei EU-Mitgliedstaaten mit den meisten geltenden europäischen Patenten im Jahr 2012 abstellt, bei der Maßgeblichkeit von Deutschland, Großbritannien und Frankreich bleibt, scheitert ein Vorgehen nach Art. 25 Abs. 2 WKR V bereits am Fehlen der diesbezüglichen Voraussetzungen.

Art. 25 Abs. 1 WKR V bestimmt, dass ein Vertrag i.S.v. Art. 2 Buchst. a) WKR V vorläufig angewendet werden kann, wobei die Bedingungen einer solchen vorläufigen Anwendung den Vertragsparteien überlassen sind.<sup>38</sup>

Art. 25 Abs. 2 WKR V regelt die Beendigung der vorläufigen Anwendung eines Vertrages. Hiermit soll der Gefahr eines Missbrauchs oder einer vorläufigen Anwendung auf unbestimmte Zeit dadurch begegnet werden,<sup>39</sup> dass ein an dieser vorläufigen Anwendung beteiligter Staat diese für sich dadurch beenden kann, dass er die anderen hieran beteiligten Staaten von seiner Absicht notifiziert.

##### **bb) Anwendung auf das EPGÜ**

Demnach setzt die Anwendung des Art. 25 WKR V auf das EPGÜ voraus, dass dieses – entweder kraft einer darin enthaltenen Vorschrift oder aber einer Vereinbarung seitens der Verhandlungsstaaten (vgl. Art. 2 Buchst. e) WKR V) – vorläufig angewendet wird. Schon hieran fehlt es aber. Das EPGÜ sieht keine vorläufige Anwendung vor, vielmehr soll eine solche durch das VA-Protokoll erst nachträglich im Hinblick auf bestimmten EPGÜ-Vorschriften ermöglicht werden. Da das VA-Protokoll jedoch bislang nicht in Kraft getreten ist, wird das EPGÜ derzeit nicht vorläufig angewendet. Damit scheidet auch ein Rückgriff auf Art. 25 WKR V aus. In jedem Fall würde selbst ein zulässiges Vorgehen nach Art. 25 Abs. 2 WKR V nichts daran ändern, dass das EPGÜ nach seinem aktuell gültigen Inhalt vorsieht, dass sich ein Standort der Zentralkammer in London befindet.

##### **c) Grundlegende Änderung der Umstände nach Art. 62 WKR V**

Auch soweit in der Literatur<sup>40</sup> zum Teil vertreten wurde, der Austritt Großbritanniens aus der EU sei eine grundlegende Änderung der beim Abschluss des EPGÜ gegebenen Umstände i.S.v. Art. 62 Abs. 1 WKR V, würde dieser vorliegend schon deshalb nicht zum Ausscheiden aus dem Übereinkommen und den zugehörigen Protokollen berechtigen, weil die Vorschrift angesichts des Abstellens auf „Vertragsparteien“ nach der Definition in Art. 2 Buchst. g) WKR V nur für in Kraft getretene Übereinkommen gilt, wozu das EPGÜ aktuell nicht gehört.

Zudem würde selbst die wirksame Ausübung eines etwaigen Rechts aus Art. 62 Abs. 1 WKR V nicht die vor der Beendigung des Vertrages durch dessen Durchführung begründeten Rechte und Pflichten der Vertragsparteien und ihre dadurch geschaffene Rechtslage berühren (Art. 70 Abs. 1 Buchst. b), Abs. 2 WKR V), die Rechtsfolgen würden also nur für die Zukunft („ex nunc“) wirken.<sup>41</sup>

Auch wäre zwingend das in Abschnitt 4 (Art. 65 bis 68 WKR V) bestimmte Verfahren einzuhalten (vgl. Art. 42 Abs. 2 WKR V).<sup>42</sup>

##### **d) Ergebnis**

Nach alledem ist die rechtliche Grundlage der „Rücknahme“ der Ratifikation des EPGÜ und seiner Protokolle

<sup>34</sup> Dörr/Schmalenberg (Fn. 22), Art. 31, Rn. 16, 57, S. 587.

<sup>35</sup> So auch Aymaz/Horn/Karaosmanoglu, Mitt 2020, 197 (200).

<sup>36</sup> Tilmann, GRUR Int 2020, 847 (848); GRUR 2020, 441 (445).

<sup>37</sup> Tilmann, GRUR Int 2020, 847 (848).

<sup>38</sup> Dörr/Schmalenberg (Fn. 22), Art. 25, Rn. 1.

<sup>39</sup> Dörr/Schmalenberg (Fn. 22), Art. 25, Rn. 27.

<sup>40</sup> Aymaz/Horn/Karaosmanoglu, Mitt 2020, 197 (200); Ubertazzi, GRUR Int 2017, 301 (307); Ohly/Strein, GRUR Int 2017, 1 (3); Tilmann, GRUR 2016, 253 (257); ders., GRUR 2016, 253 (257).

<sup>41</sup> Dörr/Schmalenberg (Fn. 22), Art. 70, Rn. 33.

<sup>42</sup> Dörr/Schmalenberg (Fn. 22), Art. 70, Rn. 35.

durch Großbritannien offen. Wäre diese „Rücknahme“ rechtlich möglich, stellte sich die Frage nach ihrer Wirkung und ob diese in die Zukunft („ex nunc“) oder auch in die Vergangenheit („ex tunc“) wirken soll.

Wäre die erklärte „Rücknahme“ nicht möglich, wäre Großbritannien an seine Ratifikation von EPGÜ und den zugehörigen Protokollen gebunden, so dass das Übereinkommen mit Ablauf der Übergangsfrist am 31.12.2020 rechtswidrig wurde, weil ihm mit Großbritannien entgegen Art. 84 Abs. 1 EPGÜ ein Nicht-EU-Mitgliedstaat angehören würde. Hierin läge auch nach Ansicht des BVerfG zudem ein Unionsrechtsverstoß.<sup>43</sup> Mit dem Standort der Zentralkammer in London würde sich ein Spruchkörper des EPG außerhalb des Hoheitsgebiets der EU-Mitgliedstaaten und in einem Land befinden, das das Unionsrecht als wesentliche vom EPG zu berücksichtigende Rechtsquelle (Art. 24 Abs. 1 Buchst. a) EPGÜ) ebenso ausdrücklich<sup>44</sup> ablehnt wie die Jurisdiktion des EuGH, mit dem das EPG aber zu kooperieren hat (Art. 21 EPGÜ).

Wäre die von Großbritannien erklärte „Rücknahme“ möglich und mit ihrer Abgabe für die Zukunft wirksam geworden, würde sich die Frage stellen, ob der Austritt eines der drei zentralen Mitgliedstaaten des EPGÜ nicht damit auch den Geltungsgrund des letzteren, zumindest in seiner derzeitigen Form, beseitigt. Jedenfalls bliebe auch in diesem Fall das Problem des Zentralkammerstandorts in London erhalten, der sich seit Ende der Übergangsfrist am 31.12.2020 außerhalb der EU auf dem Hoheitsgebiet eines Staates befindet, der die Geltung des Unionsrechts und die Rechtsprechung des EuGH ablehnt.

Wäre die von Großbritannien erklärte „Rücknahme“ möglich und mit ihrer Abgabe rückwirkend auf den Zeitpunkt der jeweiligen Ratifikation wirksam geworden, könnten nach dem derzeitigen Wortlaut des EPGÜ weder dieses noch seine Protokolle jemals in Kraft treten, weil dies jeweils eine britische Ratifikation voraussetzt, die dann infolge der Rückwirkung als nicht (mehr) vorliegend fingiert würde. Hinzu käme auch bei dieser Konstellation das Problem des außerhalb des Unionsgebiets befindlichen Gerichtsstandorts, an dem die Geltung des Unionsrechts und die Rechtsprechung des EuGH abgelehnt werden.

#### IV. Ausblick

Das BVerfG hat es vermieden, diese Fragen im Rahmen des Verfahrens 2 BvR 2217/20 aufzugreifen und inhaltlich zu überprüfen, wie es eigentlich seine Aufgabe gewesen wäre. Anstatt dessen hat es sich einmal mehr in billigster Manier darauf zurückgezogen, die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung sei „*nicht hinreichend substantiiert dargelegt*“ worden<sup>45</sup> und hat so die bereits im Jahr 2018

geäußerte Befürchtung<sup>46</sup>, dass von diesem, nach parteipolitischem Proporz besetzten Gericht in einem politisch unbedingt gewollten Gesetzgebungsvorhaben keine unvoreingenommene verfassungsrechtliche Prüfung zu erwarten sein würde, eindrucksvoll bestätigt.

Die entsprechenden Rechtsfragen verschwinden dadurch gleichwohl nicht. Sie werden lediglich dringlicher und vergrößern die Fallhöhe des gesamten Gesetzgebungsprojekts. Hätte man im Jahr 2012 nicht auf dem „sub-sub-suboptimalen Kompromiss“<sup>47</sup> des EU-Parlaments beharrt, mit dem die Probleme begannen, sondern das Vorhaben ungeachtet des damit einhergehenden Zeitverlustes auf eine rechtlich saubere Grundlage gestellt, wäre dieses inzwischen vermutlich längst in Kraft getreten. Anstatt dessen verbeißen sich die Protagonisten mehr als zehn Jahre später immer noch krampfhaft in ihr zunehmend surreal anmutendes rechtliches Flickwerk. Der Zeitpunkt wird kommen, an dem sich dieses Machwerk trotz allen Tarnens, Täuschens und der zweifelsohne umfassend vorhandenen und genutzten institutionsübergreifenden Seilschaften dennoch einer rechtlichen Prüfung zu stellen haben wird, die diesen Namen auch verdient. Die Uhr tickt.

\* \* \*

Möglichkeiten zur Unterstützung meiner Arbeit zur europäischen Patentreform finden Sie unter [www.stjerna.de/kontakt/](http://www.stjerna.de/kontakt/). Vielen Dank!

<sup>43</sup> BVerfG, 2 BvR 739/17, Beschluss vom 11.02.2020, Rn. 150 – EPGÜ.

<sup>44</sup> Dokument “The Future Relationship with the EU” (Fn. 10).

<sup>45</sup> BVerfG, 2 BvR 2216/20 und 2 BvR 2217/20, Beschluss vom 23.06.2021, Rn. 52 – EPGÜ II.

<sup>46</sup> Vgl. *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Fragen und Antworten zum deutschen Verfassungsbeschwerdeverfahren, S. 1 f., Ziffern I.2. und 3., abrufbar unter [www.stjerna.de/fa-vb/](http://www.stjerna.de/fa-vb/).

<sup>47</sup> Vgl. *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Der „sub-sub-suboptimale Kompromiss“ des EU-Parlaments, abrufbar unter [www.stjerna.de/suboptimaler-kompromiss/](http://www.stjerna.de/suboptimaler-kompromiss/).