

# Die europäische Patentreform – Der strukturelle Mangel richterlicher Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit beim Einheitlichen Patentgericht

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

Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

**Ungeachtet der hinreichend bekannten rechtlichen Defizite hat das Einheitliche Patentgericht („EPG“) am 01.06.2023 seine Arbeit aufgenommen. Klar ist, dass die offenkundig bestehenden Probleme nicht dadurch verschwinden, dass man sie möglichst beharrlich ignoriert. Sie müssen und werden früher oder später bei einem Verfassungsgericht und/oder dem EuGH enden. Sehr bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang eine aktuelle Entscheidung des Berufungsgerichts des EPG vom 06.10.2025 (Roku International B.V. u. a. /./ Dolby International AB u.a., [UPC CoA 288/2025](#) u.a.), in dem das Gericht den Berufungsklägern die erbetene EuGH-Vorlage verweigerte. Dessen Umgang mit der Angelegenheit belegt neben der Angst der Protagonisten vor einer Überprüfung des EPGÜ durch den EuGH insbesondere ein strukturelles Defizit richterlicher Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit der Richterinnen und Richter beim EPG.**

## I. Das Verfahren vor dem EPG-Berufungsgericht

In dem Verfahren Roku International B.V. u. a. /./ Dolby International AB u.a. vor dem EPG-Berufungsgericht („EPG-BG“) werden die beiden Berufungskläger („Roku“) vor der Lokalkammer München wegen der Verletzung mehrerer Patente in Anspruch genommen. Sie haben einer Verletzung widersprochen und beantragt, die Klage als unzulässig abzuweisen, hilfsweise den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens zur Vereinbarkeit des Übereinkommens über ein Einheitliches Patentgericht („EPGÜ“) mit dem Unionsrecht zu befragen.<sup>1</sup>

Soweit hier relevant, haben die Berufungskläger ihren Einspruch – ausweislich der Anordnung des EPG-BG – u. a. mit einer fehlenden Zuständigkeit des EPG infolge der Unvereinbarkeit des EPGÜ mit dem Unionsrecht begründet, in deren Folge die Garantie des gesetzlichen Richters verletzt werde. So könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Besetzung verschiedener Kammern des EPG bei Bestehen einer Zentralkammer mit Sitz in London anders ausgefallen wäre. Die Unabhängigkeit und/oder Unvoreingenommenheit der Richter der Lokalkammer wurde dabei offenbar nicht beanstandet.<sup>2</sup> Die Lokalkammer hat diese Einwände zurückgewiesen, wogegen die Berufungskläger die zugelassene Berufung eingelegt und

beantragt haben, die entsprechende Anordnung aufzuheben und die Klage unter Stattgabe der Einsprüche als unzulässig abzuweisen, hilfsweise, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH „die Frage der Vereinbarkeit des EPGÜ mit dem Unionsrecht vorzulegen“.<sup>3</sup>

## II. Die Entscheidung des EPG-Berufungsgerichts

Das EPG-BG wies die Berufung zurück.

### 1. Keine Unvereinbarkeit der Art. 31 f. EPGÜ mit Art. 19 EUV und Art. 267 AEUV

Zunächst sei die Vereinbarkeit der Kompetenzzuweisung an das EPG nach Art. 31 EPGÜ i.V.m. Art. 71a ff. Brüssel-Ia-VO und Art. 32 EPGÜ kein Eingriff in die Aufgabenverteilung zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten nach Art. 19 EUV und Art. 267 AEUV.<sup>4</sup> Der Vortrag der Berufungskläger, wonach das EPG kein Gericht eines Mitgliedstaates, sondern ein internationales Gericht sei, gehe fehl.<sup>5</sup>

„Das EPG ist gemäß Art. 1 Abs. 2 EPGÜ ein gemeinsames Gericht der Vertragsmitgliedstaaten (vgl. Berufungsgericht, Anordnung vom 3. September 2024, APL\_21943/2024, UPC\_CoA\_188/2024, Aylo/Dish, Rn. 10). Es trifft zwar zu, dass das Einheitliche Patentgericht ein Gericht ist, das aufgrund eines internationalen Abkommens – dem EPGÜ [sic] –, also auf völkerrechtlicher Grundlage geschaffen worden ist.“

Wie der Gerichtshof der Europäischen Union jedoch bereits für den Benelux-Gerichtshof entschieden hat, spricht nichts dagegen, dass mehreren Mitgliedstaaten gemeinsames Gericht diesem Fragen zur Vorabentscheidung vorlegen kann (Urteil vom 4. November 1997, Parfums Christian Dior, C-337/95, Slg. 1997, I-6013, EU:C:1997:517, Rn. 21-23; Urteil vom 14. Juni 2011, Miles u.a. C-196/09, EU:C:2011:388, Rn. 40; Urteil vom 6. März 2018, Achmea, C-284/16, E-CLI:EU:C:2018:158 Rn. 47).“

Maßgeblich für die Feststellung des EuGH in Gutachten 1/09<sup>6</sup> zur Unionsrechtswidrigkeit des damaligen Übereinkommensentwurfs sei gewesen, dass<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Fn. 1, Rn. 23.

<sup>5</sup> Fn. 1, Rn. 25 f.

<sup>6</sup> EuGH, [Gutachten 1/09](#) vom 08.03.2011.

<sup>7</sup> Fn. 1, Rn. 27.

<sup>1</sup> EPG-BG, Roku International B.V. u.a. /./ Dolby International AB u.a., [UPC CoA 288/2025](#) u.a., Anordnung vom 06.10.2025, Rn. 1 f.

<sup>2</sup> Fn. 1, Rn. 3, S. 4.

<sup>3</sup> Fn. 1, Rn. 5.

„...die Stellung des Patentgerichts nach dem Gerichtshof vorgelegten Übereinkommensentwurf eine andere gewesen wäre als die des Benelux-Gerichtshofs. Hervorgehoben wurde, dass der Benelux-Gerichtshof ein gemeinsames Gericht mehrerer Mitgliedstaaten ist und somit zum Gerichtssystem der Union gehört, und damit seine Entscheidungen geeigneten Mechanismen zur Gewährleistung der vollen Wirksamkeit des Unionsrechts unterliegen (Gutachten 1/09, Rn. 82).“

Das EPG-BG hält das EPG für dem Benelux-Gerichtshof entsprechend, denn das EPGÜ sei nur durch EU-Mitgliedstaaten abgeschlossen worden, und aus Gutachten 1/09 gehe „klar hervor, dass jedenfalls die Schaffung eines solchen gemeinsamen Gerichts mehrerer Mitgliedstaaten zulässig ist“.<sup>8</sup> Ein solches Gericht sei auch das EPG:<sup>9</sup>

„Für die Einordnung des EPG als ein mehreren Mitgliedstaaten gemeinsames Gericht genügt, dass das EPG die Aufgabe hat, die einheitliche Anwendung der den Vertragsmitgliedstaaten gemeinsamen Rechtsvorschriften zu gewährleisten und eine ausreichende Verbindung mit den Gerichtssystemen der Vertragsmitgliedstaaten aufweist [sic] (vgl. Urteil vom 14. Juni 2011, Miles u.a., C 196/09, EU:C:2011:388, Rn. 41; Urteil vom 6. März 2018, Achmea, C-284/16, E-CLI:EU:C:2018:158, Rn. 48).“

Eine solche Verbindung erfordere es nicht, dass das EPG als Zwischeninstanz eines vor nationalen Gerichten anhängigen Verfahrens entscheidet:<sup>10</sup>

„Für eine solche Verbindung mit den Gerichtssystemen ist entgegen der Auffassung von Roku nicht erforderlich, dass das EPG wie der Benelux-Gerichtshof als Zwischeninstanz in einem bei nationalen Gerichten anhängigen Verfahren entscheidet. Gegenteiliges ergibt sich nicht aus den Entscheidungen Achmea und Miles des Europäischen Gerichtshofs. Dort hat der EuGH das Vorliegen eines mehreren Mitgliedstaaten gemeinsamen Gerichts verneint, weil eine Vergleichbarkeit mit dem Benelux-Gerichtshof nicht vorlag, weil die zur Beurteilung stehenden Gerichte ‚keine derartigen Verbindungen mit den Gerichtssystemen der Mitgliedstaaten‘ aufwiesen (Unterstreichung hinzugefügt). Daraus wird deutlich, dass eine Entscheidung als Zwischeninstanz nicht notwendig ist, es reicht vielmehr eine vergleichbare Verbindung zu dem Gerichtssystem der Mitgliedstaaten aus.“

Wie soll diese „vergleichbare Verbindung“ nach Ansicht des EPG-BG beschaffen sein? Das Gericht teilt mit:<sup>11</sup>

„Das EPG ist in dieser Hinsicht mit dem Benelux-Gerichtshof vergleichbar. Denn es verfügt über ausreichende Verbindungen mit den Gerichtssystemen der Mitgliedstaaten. Dass das EPG ein gemeinsames Ge-

richt der Vertragsmitgliedstaaten ist, haben die Vertragsmitgliedstaaten in Art. 1 EPGÜ ausdrücklich klar gestellt. Bereits dies genügt für die Qualifizierung als ein gemeinsames Gericht der Vertragsmitgliedstaaten (vgl. für den Falle einer Herleitung aus der Verfassung eines Mitgliedstaates: EuGH, Achmea Rn. 44). Damit in Einklang gilt das EPG als gemeinsames Gericht der Vertragsmitgliedstaaten nach Art. 71a Brüssel-Ia VO für die Zwecke der Verordnung als ein Gericht eines der Vertragsmitgliedstaaten – und damit als Teil von dessen Rechtssystem –, wenn das EPG auf Grundlage von Art. 32(1) EPGÜ eine gerichtliche Zuständigkeit in Angelegenheiten ausübt, die in den Anwendungsbereich der Brüssel-Ia VO fallen.“

Die „vergleichbare Verbindung“ besteht demnach, weil die Mitgliedstaaten dies im EPGÜ so „ausdrücklich“ behauptet haben. Das Gericht fährt fort:<sup>12</sup>

„Die Verbindung mit dem Gerichtssystem der Mitgliedstaaten wird beim EPG dadurch hergestellt, dass es gemäß Art. 1 EPGÜ denselben Verpflichtungen nach dem Unionsrecht unterliegt wie jedes nationale Gericht der Vertragsmitgliedstaaten. Das EPG ist damit in funktionaler Hinsicht ein inhärenter Bestandteil des Gerichtssystems der Mitgliedstaaten, auch wenn es durch einen Vertrag gegründet wurde (vgl. Gutachten des juristischen Dienstes des Rates der Europäischen Union aaO. Rn. 33). Das Gericht unterliegt geeigneten Mechanismen zur Gewährleistung der vollen Wirksamkeit des Unionsrechts. Nach Art. 20 und Art. 21 EPGÜ arbeitet das gemeinsame Gericht der Vertragsmitgliedstaaten und Teil ihres Gerichtssystems – wie jedes nationale Gericht – mit dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Gewährleistung der korrekten Anwendung und einheitlichen Auslegung des Unionsrechts insbesondere mit Art. 267 AEUV zusammen. Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union sind für die Gerichte bindend.“

Zudem:<sup>13</sup>

„Die enge Verbindung mit den Gerichtssystemen der Mitgliedstaaten folgt auch aus der Haftung der Mitgliedstaaten und der hierfür vorgesehenen Klagen (vgl. Gutachten des juristischen Dienstes des Rates der Europäischen Union aaO. Rn. 33).“

Und:<sup>14</sup>

„Stellt sich im Rahmen einer Schadensersatzklage eine vorlagebedürftige Frage, kann die zuständige Stelle den [sic] Gerichtshof die Frage gemäß Art. 267 AEUV zur Vorabentscheidung vorlegen. Entgegen Rokus Auffassung verdrängt das EPG die nationalen Gerichte damit auch nicht vollständig.“

Die Schlußfolgerung des EPG-BG lautet:<sup>15</sup>

<sup>8</sup> Fn. 1, Rn. 28.

<sup>9</sup> Fn. 1, Rn. 29.

<sup>10</sup> Fn. 1, Rn. 29.

<sup>11</sup> Fn. 1, Rn. 30.

<sup>12</sup> Fn. 1, Rn. 31.

<sup>13</sup> Fn. 1, Rn. 32.

<sup>14</sup> Fn. 1, Rn. 34.

<sup>15</sup> Fn. 1, Rn. 36.

„Auf diese Weise unterliegt das EPG den vom Gerichtshof geforderten „geeigneten Mechanismen zur Gewährleistung der vollen Wirksamkeit des Unionsrechts“ (Gutachten 1/09 Rn. 82).“

## 2. Keine Notwendigkeit einer EuGH-Vorlage

Anlass zur Befragung des EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens besteht nach Ansicht des EPG-BG nicht, denn die Zuständigkeitsregeln des EPGÜ seien zweifelfrei mit dem Unionsrecht vereinbar:<sup>16</sup>

*„Es ist nicht erforderlich, die Frage nach der Vereinbarkeit der Kompetenzzuweisung an das Einheitliche Patentgericht mit Art. 19 EUV und Art. 267 AEUV dem Gerichtshof der Europäischen Union vorzulegen. In Anbetracht der oben in Randnummer 26 und 29 zitierten Entscheidungen des Gerichtshofs und dem in Randnummer 27 zitierten Gutachten 1/09 besteht kein Zweifel an der Vereinbarkeit der Kompetenzzuweisung des EPG in Art. 71a und Art. 71b Brüssel-Ia-VO mit Art. 19 EUV und Art. 267 AEUV (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335, CILFIT, Rn. 21, Urteil vom 3. Juli 2019, Eurobolt, C-644/17, Rn. 30; EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2021, C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799, Consorzio Italian Management und Catania Multiservizi).“*

## 3. Kein Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter

Auch die Rüge der Berufungskläger, wonach das Fehlen der im EPGÜ vorgesehenen Zentralkammer mit Sitz in London deren Recht auf den gesetzlichen Richter beeinträchtige, geht laut EPG-BG fehl.

Art. 19 EUV und Art. 267 AEUV würden nicht verletzt, denn die entsprechenden Zuständigkeitsregelungen seien mit dem Unionsrecht vereinbar.<sup>17</sup> Ein Verstoß folge auch nicht aus dem Fehlen der Zentralkammer in London. Ein Verstoß gegen Art. 47 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta („EU-GrCH“) und Art. 6 Abs. 1 S. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention („EMRK“) sei in dem abschließend zu verstehenden Katalog der Einspruchsgründe in R. 19.1 der EPG-Verfahrensordnung, nicht enthalten, so dass ein auf eine Verletzung dieser Grundrechte gestützter Einspruch bereits unzulässig sei.<sup>18</sup> Dessen ungeachtet sei er aber jedenfalls unbegründet.

Vorliegend sei „eine Abteilung in London“ für den Streitfall nicht zuständig, schon deshalb sei eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter ausgeschlossen.<sup>19</sup> Auch habe sich das Fehlen der Zentralkammer in London nicht auf die Zusammensetzung des vorliegend zur Entscheidung berufenen Spruchkörpers der Lokalkammer ausgewirkt. Die nach der Rechtsprechung von EuGH und EGMR für einen Verstoß erforderlichen berechtigten Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des

oder der betreffenden Richter könnten „nicht daraus hergeleitet werden, dass es in London entgegen Art. 6 EPGÜ keine Abteilung der Zentralkammer gibt.“<sup>20</sup> Denn:<sup>21</sup>

*„Die Gründung einer Abteilung der Zentralkammer in London ist, nachdem das Vereinigte Königreich infolge des Austritts aus der EU das EPGÜ nicht ratifiziert hat [sic], unmöglich geworden. Die fehlende Gründung einer solchen Abteilung und die Nichtberücksichtigung britischer Richter beim Ernennungsprozess weckt damit beim Einzelnen keine berechtigten Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der zuständigen Richter.“*

Auch sei der Verwaltungsausschuss des EPG („VA-EPG“) „nach Art. 87 Abs. 2 EPGÜ analog“ dazu befugt gewesen, die in London vorgesehene Abteilung der Zentralkammer nachfolgend – selbst mit veränderter Zuständigkeit – in Mailand anzusiedeln:<sup>22</sup>

*„Gemäß Art. 87 Abs. 2 EPGÜ kann der Verwaltungsausschuss das EPGÜ ändern, um es mit einem internationalen Vertrag auf dem Gebiet des Patentwesens oder mit dem Unionsrecht in Einklang zu bringen. Dass das Übereinkommen keine Änderungsbefugnis vorsieht, wenn die Umsetzung des EPGÜ sich als unmöglich erweist, beruht auf einer planwidrigen Regelungslücke. Art. 87 Abs. 2 EPGÜ dient dem Zweck, sicherzustellen, dass der Umsetzung des Übereinkommens keine Hinderungsgründe entgegenstehen. Da ein entsprechendes Bedürfnis auch im Falle von faktischen Hinderungsgründen besteht, ist Art. 87 Abs. 2 EPGÜ in diesem Fall entsprechend anzuwenden.“*

*Entgegen der Auffassung von Roku steht dem nicht entgegen, dass das Vereinigte Königreich die Europäische Union vor Inkrafttreten des EPGÜ verlassen hat. Die Ermächtigung zur Änderung des EPGÜ nach Art. 87 Abs. 2 EPGÜ betrifft nicht lediglich die Anpassung im Falle von Rechtsänderungen nach Inkrafttreten des Übereinkommens. Der Wortlaut ‚um es mit einem internationalen Vertrag (...) oder mit dem Unionsrecht in Einklang zu bringen‘ legt vielmehr nahe, dass insbesondere eine Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht, die bereits bei Inkrafttreten des Übereinkommens bestanden hat, den Verwaltungsausschuss zu einer entsprechenden Änderung ermächtigt. Nur auf diese Weise wird sichergestellt, dass einer Umsetzung des Übereinkommens keine Hinderungsgründe entgegenstehen und der Verwaltungsausschuss auf eine festgestellte Unvereinbarkeit des Unionsrechts angemessen reagieren kann. Nichts anderes kann im Falle einer analogen Anwendung des Art. 87 Abs. 2 EPGÜ wegen faktischer Hinderungsgründe gelten.“*

Eine solche auf einer „faktischen Unmöglichkeit“ beruhende Änderung der Gerichtsstruktur

<sup>16</sup> Fn. 1, Rn. 37.

<sup>17</sup> Fn. 1, Rn. 39.

<sup>18</sup> Fn. 1, Rn. 41.

<sup>19</sup> Fn. 1, Rn. 44.

<sup>20</sup> Fn. 1, Rn. 48.

<sup>21</sup> Fn. 1, Rn. 48.

<sup>22</sup> Fn. 1, Rn. 50 f.

bedürfe auch keiner neuen demokratischen Legitimation seitens der Vertragsmitgliedstaaten, vielmehr sei deren Beteiligung durch das Vetorecht in Art. 87 Abs. 3 EPGÜ hinreichend gewährleistet.<sup>23</sup> Auch sei der VA-EPG nicht auf die Streichung von London als Zentralkammersitz beschränkt gewesen, vielmehr stünden die von ihm nach Art. 87 Abs. 2 EPGÜ für erforderlich gehaltenen Maßnahmen in seinem Ermessen.<sup>24</sup>

### III. Bewertung

Die Entscheidung des EPG-BG ist überaus fragwürdig.

#### 1. Keine Unvereinbarkeit der Art. 31 f. EPGÜ mit Art. 19 EUV und Art. 267 AEUV?

Zunächst wirken die Ausführungen des Gerichts zur angeblichen Vereinbarkeit der Zuständigkeitsregelungen des EPGÜ mit Art. 19 EUV und Art. 267 AEUV – neben sprachlichen Mängeln – inhaltlich erstaunlich sachfremd. Grundlegende Aspekte der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung werden bereits wenig überzeugend wiedergegeben, so dass auch auf die auf dieser Grundlage getätigten Feststellungen nicht überzeugen.

Ein Berufungsgericht wie das EPG-BG schuldet eine detaillierte Aufbereitung des Parteivortrags und eine fundierte juristische Auseinandersetzung mit diesem. Die pauschale Feststellung des EPG-BG, das EPG sei ein dem Benelux-Gerichtshof entsprechendes Gericht, ohne dass es die charakteristischen Merkmale des letzteren benannt und diese mit der Situation beim EPG verglichen hätte, genügt dem nicht im Ansatz.

#### a) Die Rechtsprechung des EuGH

Bekanntlich wurde der vom EuGH in seinem Gutachten 1/09 für unionsrechtswidrig befundene Übereinkommensentwurf nachfolgend nur punktuell verändert und in Form des EPGÜ verabschiedet. Angesichts der Ausführungen des EuGH zum Benelux-Gerichtshof versuchte man, das Patentgericht nach dessen Vorbild umzugestalten und den Inhalt des Übereinkommens dabei möglichst unverändert zu lassen. Die entscheidende Maßnahme zur Herstellung der Vereinbarkeit des Übereinkommens mit dem Unionsrecht sah man in der Teilnahmebeschränkung auf EU-Mitgliedstaaten und der neu aufgenommenen Aussage, das Patentgericht sei ein gemeinsames Gericht der Mitgliedstaaten, das denselben Pflichten unterliege wie jedes nationale Gericht (Art. 1 Abs. 2 EPGÜ). Zudem wurden die Vorschriften zum Vorrang des Unionsrechts und zur Anrufung des EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens angepasst und die vom

EuGH angemahnten Haftungsregelungen für Verletzungen des Unionsrechts ergänzt.

Die zentrale Beanstandung des ursprünglichen Übereinkommensentwurfs in Gutachten 1/09 war die Gefährdung der Grundsätze der Autonomie des Unionsrechts und der Vollständigkeit des Systems der Rechtsbehelfe durch die direkte Anwendung von Unionsrecht durch ein mittels eines internationalen Übereinkommens geschaffenen Gerichts, das separat von den nationalen Gerichten der Mitgliedstaaten operiert und diese in seinem Zuständigkeitsbereich ersetzt.<sup>25</sup> Nach dem EPGÜ hat das EPG diese Stellung jedoch unverändert.

Der Versuch, das EPG durch die bloße Behauptung in Art. 1 Abs. 2 EPGÜ, dieses sei „ein gemeinsames Gericht der Vertragsmitgliedstaaten“, mit dem in Gutachten 1/09, Rn. 82, als mit dem Unionsrecht vereinbar erwähnten Benelux-Gerichtshof gleichzustellen, scheitert schon deshalb, weil sich beide Gerichte in ihrer Struktur, Zuständigkeit und Anbindung an die nationalen Gerichte gravierend unterscheiden. Das EPG erfüllt materiell nicht die Voraussetzungen, denen es für den Status als „gemeinsames Gericht der Vertragsmitgliedstaaten“ zu genügen hat. Ein internationales Gericht wie das EPG kann nicht dadurch zu einem nationalen, zur direkten Anwendung des Unionsrechts oder der Anrufung des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren befugten Gericht gemacht werden, dass man die Erfüllung der diesbezüglichen Voraussetzungen schlicht behauptet, während es hieran materiell fehlt.<sup>26</sup>

Für den Status als „gemeinsames Gericht mehrerer Mitgliedstaaten“ entscheidend ist für den EuGH vor allem das Bestehen einer Verbindung zwischen diesem Gericht und den nationalen Gerichtssystemen der Mitgliedstaaten.

In der Rechtssache Paul Miles u. a. gegen Europäische Schulen hat er festgestellt:<sup>27</sup>

„Zwar hat der Gerichtshof in Randnr. 21 des Urteils Parfums Christian Dior, auf das sich die Kläger und die Kommission berufen, entschieden, dass nichts dagegen spricht, dass ein mehreren Mitgliedstaaten gemeinsames Gericht wie der Benelux-Gerichtshof dem Gerichtshof ebenso wie die Gerichte der einzelnen Mitgliedstaaten Fragen zur Vorabentscheidung vorlegen kann.

Die Beschwerdekommission stellt dagegen kein solches mehreren Mitgliedstaaten gemeinsames Gericht dar, das mit dem Benelux-Gerichtshof vergleichbar wäre. Während dieser zum einen die Aufgabe hat, die einheitliche Anwendung der den drei Beneluxstaaten gemeinsamen Rechtsvorschriften zu gewährleisten, und zum

<sup>23</sup> Fn. 1, Rn. 52.

<sup>24</sup> Fn. 1, Rn. 53.

<sup>25</sup> Jaeger, All Back To Square One? – An assessment of the latest proposals for a Patent and Court for the Internal Market and possible alternatives, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 12-01, abrufbar unter [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1973518](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1973518), S. 11; ders., What conclusions can be drawn from the opinion of the

Court of Justice regarding the European Patent Court?, in: Geiger, What patent law for the European Union? (2012), S. 139 (151, zweiter Abs.).

<sup>26</sup> Jaeger, What's in the Unitary Patent Package?, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 14-08, abrufbar unter [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2435125](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2435125), S. 26, dritter Abs.

<sup>27</sup> EuGH, [Rs. C-196/09](#), Urteil vom 14.06.2011, Rn. 40 bis 43.

*anderen das Verfahren vor ihm ein Zwischenstreit in den vor den nationalen Gerichten anhängigen Verfahren ist, nach dessen Abschluss die endgültige Auslegung der den Beneluxstaaten gemeinsamen Rechtsvorschriften feststeht (vgl. Urteil Parfums Christian Dior, Randr. 22), weist die Beschwerdekommission keine derartigen Verbindungen zu den Gerichtssystemen der Mitgliedstaaten auf.*

*Außerdem wurde die Beschwerdekommission zwar von allen Mitgliedstaaten und der Union geschaffen, dies ändert jedoch nichts daran, dass sie ein Organ einer internationalen Organisation ist, die trotz der funktionellen Beziehungen, die sie zur Union unterhält, von dieser und den Mitgliedstaaten formell getrennt bleibt.*

*Die bloße Tatsache, dass die Beschwerdekommission die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts in einem bei ihr anhängigen Rechtsstreit anzuwenden hat, genügt daher nicht, um die Beschwerdekommission unter den Begriff „Gericht eines Mitgliedstaats“ und damit den Anwendungsbereich des Art. 267 AEUV zu fassen.“*

In der Rechtssache Slowakische Republik gegen Achmea BV betreffend die Frage, ob das in einem Investitionsschutz-Übereinkommen (abgekürzt „BIT“) zwischen den Niederlanden, der Tschechischen Republik und der Slowakischen Republik vorgesehene Schiedsgericht mit den Vorgaben des Unionsrechts vereinbar ist, hat der EuGH entsprechende Verbindungen zu den nationalen Gerichtssystemen der Mitgliedstaaten mit folgender Begründung verneint:<sup>28</sup>

*„Das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Schiedsgericht stellt jedoch kein solches mehreren Mitgliedstaaten gemeinsames Gericht dar, das mit dem Benelux-Gerichtshof vergleichbar wäre. Während nämlich zum einen dieser die Aufgabe hat, die einheitliche Anwendung der den drei Beneluxstaaten gemeinsamen Rechtsvorschriften zu gewährleisten, und zum anderen das Verfahren vor ihm ein Zwischenstreit in den vor den nationalen Gerichten anhängigen Verfahren ist, nach dessen Abschluss die endgültige Auslegung der den Beneluxstaaten gemeinsamen Rechtsvorschriften feststeht, weist das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Schiedsgericht keine derartigen Verbindungen mit den Gerichtssystemen der Mitgliedstaaten auf (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 14. Juni 2011, Miles u. a., C 196/09, EU:C:2011:388, Rn. 41).“*

*Daher kann ein Gericht wie das in Art. 8 des BIT genannte nicht als ein „Gericht eines Mitgliedstaats“ im Sinne von Art. 267 AEUV angesehen werden und ist folglich nicht befugt, den Gerichtshof mit einem Vorabentscheidungsersuchen anzurufen.“*

Der EuGH betonte, dass ein durch internationales Übereinkommen seitens der Mitgliedstaaten und ohne Beteiligung der EU begründetes Gericht, das neben der Auslegung dieses Übereinkommens auch über die Auslegung des Unionsrechts zu entscheiden habe, ohne Teil des Gerichtssystems der Union zu sein, wegen einer Verletzung der Autonomie des Unionsrechts unzulässig ist.<sup>29</sup> In seinem Gutachten 1/17<sup>30</sup> bekräftigte der EuGH die Voraussetzungen für ein mit dem Unionsrecht vereinbares internationales Gericht erneut.

Das EPG erfüllt diese Voraussetzungen ersichtlich nicht. Es fehlt ihm bereits die demnach für die Stellung als „gemeinsames Gericht“ mehrerer Mitgliedstaaten“ zwingend notwendige<sup>31</sup> Verbindung zu den Gerichtssystemen der Mitgliedstaaten. Dies bedeutet auch, dass das EPG bereits nicht zur Anrufung des EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV befugt ist, denn hierfür müsste es „Gericht eines Mitgliedstaates“ sein.<sup>32</sup>

#### b) Die nötige „Verbindung mit den Gerichtssystemen der Mitgliedstaaten“

Das nach der Rechtsprechung des EuGH für eine Stellung als „Gericht eines Mitgliedstaates“ entsprechend dem Benelux-Gerichtshof immer wieder betonte Erfordernis, dass dieser im Rahmen eines Verfahrens vor den nationalen Gerichten entscheidet, wurde offenbar auch von Seiten der Berufungskläger thematisiert. Dass das EPG-BG zu diesem zentralen Thema nur pauschal feststellt, dies sei nicht erforderlich,<sup>33</sup> ohne diese Feststellung – insbesondere vor dem Hintergrund der diesbezüglichen EuGH-Rechtsprechung – im Einzelnen zu begründen, ist vollkommen unzureichend. Dieses Resultat daraus abzuleiten, dass der EuGH in seinen Entscheidungen Achmea und Miles festgestellt habe, es bedürfe „keiner derartigen Verbindungen mit den Gerichtssystemen der Mitgliedstaaten“<sup>34</sup> (Hervorhebung des EPG-BG) überzeugt schon deshalb nicht, weil dieses Zitat aus seinem Kontext gerissen wurde und die ihm beigemessene Bedeutung in keiner Weise hat. Den vorstehend vollständig wiedergegebenen Passagen aus den besagten EuGH-Entscheidungen ist dies zwangslässig zu entnehmen.

Das EPG-BG meint, diese Formulierung verdeutlichte, dass eine „vergleichbare Verbindung mit den Gerichtssystemen der Mitgliedstaaten“ genüge, ohne jedoch auszuführen, worin diese „vergleichbare Verbindung“ im Fall des EPG bestehen soll. Statt dessen konstatiert es erneut pauschal, es bestünden „ausreichende Verbindungen mit den Gerichtssystemen der Mitgliedstaaten“, die es letztlich der bloßen Feststellung in Art. 1 Abs. 2 EPGÜ entlehnt, das EPG sei ein gemeinsames Gericht der Vertragsmitgliedstaaten.<sup>35</sup> Diese Feststellung hält das EPG-

<sup>28</sup> EuGH, [Rs. C-284/16](#), Urteil vom 06.03.2018, Rn. 58 f.

<sup>29</sup> EuGH, Rs. C-284/16 (Fn. 28), Rn. 58 f.

<sup>30</sup> EuGH, [Gutachten 1/17](#) vom 30.04.2019, Rn. 124.

<sup>31</sup> Rosas, The National Judge as EU Judge: Opinion 1/09, in: Pascal Cardonel, Constitutionalising the EU judicial system (2012), S. 105 (119, vorletzter Abs.); Baratta, Legal issues of economic

integration 2011, 297 (317); de Visscher, GRUR Int 2012, 214 (220).

<sup>32</sup> EuGH, Rs. C-284/16 (Fn. 28), Rn. 48 f.

<sup>33</sup> Fn. 1, Rn. 37.

<sup>34</sup> Fn. 1, Rn. 29.

<sup>35</sup> Fn. 1, Rn. 30.

BG – unabhängig von ihrer inhaltlichen Berechtigung – für ausreichend für die vom EuGH verlangte Verbindung. Für ein Berufungsgericht ein wenig überzeugendes „Argument“.

Ergänzend erklärt das EPG-BG, die Verbindung des EPG mit den mitgliedstaatlichen Gerichten folge auch daraus, dass es „*denselben Verpflichtungen nach dem Unionsrecht unterliegt wie jedes nationale Gericht der Vertragsmitgliedstaaten*“, womit es „*in funktioneller Hinsicht ein inhärente Bestandteil des Gerichtssystems der Mitgliedstaaten [sei], auch wenn es durch einen Vertrag gegründet wurde*“.<sup>36</sup> Zur Unterstützung dieser These verweist das EPG-BG erstaunlicherweise auf das als Ratsdokument 15856/11 bekannt gewordene Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates der Europäischen Union vom 21.10.2011.<sup>37</sup> Die vollständige Veröffentlichung dieses Dokuments war seinerzeit mit der Begründung abgelehnt worden, dies könne den Ratifizierungsprozess in den Mitgliedsstaaten verzögern oder gar das Inkrafttreten des Übereinkommens ganz in Frage stellen.<sup>38</sup> Es war erst auf die hiesigen intensiven Bemühungen im Juni 2016 – fünf Jahre nach seiner Erstellung! – vollständig der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden.<sup>39</sup>

Bekanntlich repräsentiert der Rat der Europäischen Union die Regierungen der EU-Mitgliedstaaten<sup>40</sup> und übt zusammen mit dem Europäischen Parlament die Rechtssetzung der Europäischen Union aus. Dass ein Berufungsgericht sich auf ein Gutachten eines bei einem Exekutivorgan angesiedelten und damit *per definitionem* dessen politischen Ansichten zugeneigten Rechtsdienstes stützt, ist bereits sehr befremdlich. Dass dieses Gericht sich zudem diejenigen Inhalte dieses Gutachtens herauspickt, die es als seinen Thesen dienlich ansieht, während es gleichzeitig verschweigt, dass darin auch feststellt wird, der revidierte, in Form des EPGÜ in Kraft getretene Entwurf des Patentgerichtsübereinkommens könne unverändert gegen das Unionsrecht verstößen, spricht ebenfalls für sich. Denn in diesem Gutachten heißt es auch:<sup>41</sup>

„Solange das Einheitliche Patentgericht förmlich von den nationalen Gerichten getrennt bleibt, kann der Gerichtshof in der Tat weiterhin die Ansicht vertreten, dass es die ‚Natur des durch die Verträge geschaffenen Rechts‘ beeinträchtigt.“

Danach bestätigt auch der Juristische Dienst des Rates, dass es dem EPG an der notwendigen Verbindung zu den Gerichtssystemen der Mitgliedstaaten fehlt, was das EPG-BG jedoch verschweigt. Eine derart selektive Auswahl (vermeintlicher) Argumente ist mit rechtsprechender

Tätigkeit von vornherein unvereinbar und legt ohne weiteres eine inhaltliche Voreingenommenheit nahe.

### c) Das Gordon/Pascoe-Gutachten

Ergänzend sei an das Gutachten erinnert, das die von der dortigen Anwaltschaft nahestehenden britischen Verbänden beauftragten Barrister *Richard Gordon* und *Tom Pascoe* im September 2016 zu den Implikationen des „Brexit“-Votums für eine etwaige Ratifikation des EPGÜ durch Großbritannien vorlegten.<sup>42</sup> Dieses Gutachten ging wie selbstverständlich davon aus, dass das EPG kein gemeinsames Gericht der Vertragsmitgliedstaaten des EPGÜ ist (Hervorhebungen diesseits):<sup>43</sup>

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

Den Gutachtern zufolge vermag auch die gegenteilige Aussage in Art. 1 Abs. 2 EPGÜ das EPG nicht zu einem „gemeinsamen Gericht der Vertragsmitgliedstaaten“ zu machen (Hervorhebung diesseits):<sup>44</sup>

“(…), we do not consider that the UPC’s designation as a ‘Court common to the Contracting Member States’ is necessary to ensure compliance with the CJEU’s Opinion 1/09 (indeed, it is something of a legal fiction because the UPC is clearly an international tribunal, not

<sup>36</sup> Fn. 1, Rn. 31.

<sup>37</sup> Abrufbar unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15856-2011-N1T/de/pdf>

<sup>38</sup> Vgl. *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Gesetzgebung unter Ausschluss der Öffentlichkeit, abrufbar unter [www.stjerna.de/intransparenz-gesetzgebungsverfahren/](http://www.stjerna.de/intransparenz-gesetzgebungsverfahren/).

<sup>39</sup> Vgl. *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Rat macht unter Verschluss gehaltene Dokumente zugänglich, abrufbar unter [www.stjerna.de/zugang-dokumente/](http://www.stjerna.de/zugang-dokumente/).

<sup>40</sup> Vgl. bereits [https://de.wikipedia.org/wiki/Rat\\_der\\_Europ%C3%A4ischen\\_Union](https://de.wikipedia.org/wiki/Rat_der_Europ%C3%A4ischen_Union).

<sup>41</sup> Vgl. Ratsdokument 15856/11 (o. Fn. 37), Rn. 44.

<sup>42</sup> Vgl. hierzu *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Das Gordon/Pascoe-Gutachten und die Unvereinbarkeit des EPGÜ mit dem Unionsrecht, abrufbar unter [www.stjerna.de/gp-gutachten/](http://www.stjerna.de/gp-gutachten/).

<sup>43</sup> Gordon/Pascoe-Gutachten, abrufbar unter [www.stjerna.de/files/160912-Gordon-and-Pascoe-Advice-UPCA.pdf](http://www.stjerna.de/files/160912-Gordon-and-Pascoe-Advice-UPCA.pdf), Rn. 59.

<sup>44</sup> Gordon/Pascoe-Gutachten (Fn. 43), Rn. 106, S. 31, letzter Abs.

*a national court within the Union legal order). Nonetheless, we anticipate that this amendment may be controversial because it would superficially appear to represent a reversal of the Commission's solution for bringing the UPC into line with Opinion 1/09.*“

Damit teilt auch dieses von maßgeblichen Teilen der britischen Anwaltschaft beauftragte und seinerzeit weit verbreitete<sup>45</sup> Gutachten die Ansicht, dass das EPGÜ den Anforderungen des Gutachtens 1/09 widerspricht und somit das Unionsrecht verletzt.

## **2. Keine Notwendigkeit einer EuGH-Vorlage?**

Das EPG-BG meint, eine Vorlage an den EuGH zur Vereinbarkeit der Kompetenzzuweisung an das EPG mit Art. 19 EUV und Art. 267 AEUV sei „nicht erforderlich“, denn an dieser Vereinbarkeit bestehe „kein Zweifel“. Tatsächlich sind hieran schon mit Blick auf die wenig überzeugenden Aussagen des EPG-BG zum angeblichen Verständnis des EuGH-Gutachtens 1/09 gravierende Zweifel angebracht.

Bekanntlich entscheidet der EuGH im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung der Verträge (Art. 267 Abs. 1 Buchst. a) AEUV). Wird eine solche Frage einem Gericht eines Mitgliedstaats gestellt und hält dieses Gericht die Antwort für streitentscheidend, *kann* es diese Frage dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen (Art. 267 Abs. 2 AEUV). Eine Vorlage steht hier in seinem im Ermessen. Nach Art. 267 Abs. 3 AEUV *muss* das Gericht eine Vorlage an den EuGH im Fall einer solchen streitentscheidenden Frage aber veranlassen, wenn dessen Entscheidungen mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts nicht angefochten werden können, es also letztinstanzlich entscheidet.

Das EPG ist an den Vorrang des Unionsrechts und die Kooperation mit dem EuGH zur Gewährleistung der korrekten Anwendung und einheitlichen Auslegung des Unionsrechts gebunden, wobei die Verpflichtungen aus Art. 267 AEUV ausdrücklich erwähnt werden (vgl. Art. 20 und 21 EPGÜ). Nach Art. 22 Abs. 1 EPGÜ haften die Vertragsmitgliedstaaten zudem gesamtschuldnerisch für Schäden, die durch einen Verstoß des EPG-BG gegen das Unionsrecht entstanden sind. Wie erwähnt, wurden diese Artikel in ihrer heutigen Form erst infolge des EuGH-Gutachtens 1/09 in das Übereinkommen aufgenommen.<sup>46</sup>

Die Nichtvorlage einer objektiv streitentscheidenden Frage über die Auslegung der Verträge verstößt sowohl unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung des Vorrangs des Unionsrechts als auch des Kooperationsverhältnisses der mitgliedstaatlichen Gerichte mit dem EuGH gegen Unionsrecht. Zudem ist inzwischen höchstrichterlich gesichert, dass der EuGH gesetzlicher Richter im Sinne der entsprechenden nationalen und internationalen

Grundrechtsgewährleistungen ist.<sup>47</sup> Somit verstößt das Unterlassen einer nach Art. 267 Abs. 3 AEUV gebotenen Vorlage an den EuGH – neben einer Verletzung des Unionsrechts – auch gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter, z. B. dann, wenn das letztinstanzlich entscheidende Gericht in seiner Entscheidung bewusst von der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu entscheidungserheblichen Fragen abweicht und gleichwohl nicht (oder nicht neuerlich) vorlegt.

Das EPG-BG ist vorliegend letztinstanzlich entscheidendes Gericht im Sinne von Art. 267 Abs. 3 AEUV und damit grds. zur Vorlage streitentscheidender Fragen zur Auslegung der Verträge an den EuGH verpflichtet. Die von den Berufungsklägern erhobene Frage der Vereinbarkeit der Zuständigkeitsordnung des EPGÜ mit dem Unionsrecht ist streitentscheidend, denn bei fehlender Vereinbarkeit dürfte die erhobene Klage bereits unzulässig sein.

Die lapidare Behauptung des EPG-BG, eine EuGH-Vorlage sei „nicht erforderlich“, überzeugt nicht, denn der Inhalt der hierzu vertretenen Thesen hält einer näheren Überprüfung kaum stand. Damit liegt es nahe, dass die unterlassene Vorlage das Unionsrecht und das Recht der Berufungskläger auf den gesetzlichen Richter verletzt.

Zusätzlich delikat ist der bereits erwähnte Umstand, dass der EuGH Vorlagen nach Art. 267 AEUV überhaupt nur von einem „Gericht eines Mitgliedstaates“ akzeptiert. Bei jeder Vorlage seitens des EPG und des EPG-BG an den EuGH würden diese durch letzteren demnach zunächst daraufhin überprüft, ob sie die nötige Gerichtsqualität aufweisen. Eine Vorlage an den EuGH ist daher für das EPG von vornherein mit dem ebenso unkalkulierbaren wie weitreichenden Risiko verbunden, dass der EuGH ihm schon die erforderliche Stellung als „Gericht eines Mitgliedstaates“ absprechen könnte. Durch eine solche Vorlage an den EuGH würde das EPG-BG also potentiell den eigenen Fortbestand gefährden. Wenn ein Gericht allerdings aus sachfremden Gründen, z. B. um die von einer Prozesspartei beantragte und gebotene Überprüfung des eigenen rechtlichen Status durch ein höherrangiges Gericht zu vermeiden, eine rechtlich gebotene Maßnahme unterlässt, wirft dies von vornherein Zweifel an seiner Gerichtsqualität im Sinne zentraler grundrechtlicher Verbürgungen auf.

## **3. Kein Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter?**

Wunderlich sind auch die Ausführungen des EPG-BG dazu, warum es das Recht der Berufungskläger auf den gesetzlichen Richter für nicht verletzt hält.

<sup>45</sup> Vgl. z. B. den Artikel „No legal obstacles for post-Brexit UK to participate in Unitary Patent system“ vom 18.09.2016 auf dem Kluwer Patent Blog, abrufbar unter <https://archive.ph/yWw8c>.

<sup>46</sup> Vgl. Ratsdokument 10630/11 vom 26.05.2011, abrufbar unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10630-2011-INIT/de/pdf>.

<sup>47</sup> Vgl. zuletzt z. B. BVerfG, 1 BvR 1491/23, Beschluss vom 03.03.2025, Rn. 63 ff.

## a) Wegfall der britischen Ratifikation durch den Austritt aus der EU?

Eigenartig ist schon dessen Prämisse, „*das Vereinigte Königreich [habe] infolge des Austritts aus der EU das EPGÜ nicht ratifiziert*“.<sup>48</sup> Die Ratifikation ist bekanntlich am 26.04.2018 erfolgt.<sup>49</sup> Der zum 31.01.2020 vollzogene Austritt des Landes aus der EU allein beseitigt diese nicht, vielmehr erfordert dies einen rechtlich gangbaren Weg. Welcher dies sein könnte, ist bis heute ungeklärt.<sup>50</sup> Die pauschale Erklärung Großbritanniens mittels Verbalnote<sup>51</sup> vom 14.07.2020, die Ratifikation mit „*sofortiger Wirkung zurückgenommen*“ zu haben,<sup>52</sup> ändert hieran nichts. Die rechtliche Grundlage der erklärten „Rücknahme“ und der ihr pauschal zugesprochenen Rechtsfolge der sofortigen Wirksamkeit sind nach wie vor nicht ersichtlich.<sup>53</sup> Keinesfalls lässt sich die Feststellung des EPG-BG halten, die britische Ratifikation des EPGÜ habe sich durch den Austritt des Landes aus der EU gleichsam automatisch in Luft aufgelöst. Soweit ersichtlich, hat dies bisher auch niemand vertreten.

## b) Zulässigkeit einer Inhaltsänderung durch „Auslegung“?

Die Ausführungen des EPG-BG zur angeblichen Änderungsbefugnis des EPGÜ durch den VA-EPG nach Art. 87 Abs. 2 EPGÜ folgen den bekannten Thesen der EPGÜ-Befürworter. Sie finden sich sehr ähnlich in der Gesetzesvorlage<sup>54</sup> der Bundesregierung zur Wiederholung der deutschen EPGÜ-Ratifikation nach deren Nichtigerklärung durch das BVerfG, wo es heißt:<sup>55</sup>

„*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.*“

Darauf, dass eine solche Inhaltsänderung mittels „Auslegung“ der Wiener Konvention über das Recht der Verträge widerspricht und schon deshalb unzulässig ist, war bereits hingewiesen worden.<sup>56</sup> Federführend verantwortet hat diese Gesetzesvorlage damals das BMJV-Referat III B 4<sup>57</sup> unter

<sup>48</sup> Fn. 1, Rn. 48.

<sup>49</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>50</sup> Vgl. *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Die „zurückgenommene“ Ratifikation des EPGÜ und seiner Protokolle durch Großbritannien, abrufbar unter [www.stjerna.de/epgu-uk-withdrawal/](http://www.stjerna.de/epgu-uk-withdrawal/).

<sup>51</sup> Vgl. [www.stjerna.de/files/UK-Note-Verbale-UPCA.pdf](http://www.stjerna.de/files/UK-Note-Verbale-UPCA.pdf).

<sup>52</sup> Vgl. die Stellungnahme von *Amanda Solloway* vom 20.07.2020, abrufbar unter [archive.is/t2UHA](http://archive.is/t2UHA) sowie die Ratsdatenbank zum EPGÜ (Fn. 49).

<sup>53</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen *Stjerna*, Die „zurückgenommene“ Ratifikation des EPGÜ (o. Fn. 50).

der Leitung von *Johannes Karcher*, wobei insbesondere die bestensfalls oberflächliche Überprüfung des EPGÜ auf Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz und dem Unionsrecht aufgefallen war.<sup>58</sup> Herr *Karcher* hatte schon im Jahr 2017 die These vertreten, selbst das aus der EU ausgetretene Großbritannien über eine vereinfachte Änderung des EPGÜ durch den VA-EPG nach Art. 87 Abs. 2 EPGÜ zum Mitgliedstaat des Übereinkommens machen zu können.<sup>59</sup>

Herr *Karcher* ist heute Vorsitzender des VA-EPG,<sup>60</sup> der u. a. für die Ernennung der dortigen Richter zuständig ist. Würde ein EPG-Richter mit einer Amtszeit von nur sechs Jahren (Art. 4 Abs. 1 der EPG-Satzung) sich zu dessen Thesen in Widerspruch setzen?

Inhaltlich wirken die Aussagen des EPG-BG, weshalb Art. 87 Abs. 2 EPGÜ vorliegend „*entsprechend anzuwenden*“ sei, zirkelschlüssig. Die geregelte Änderungsbefugnis betrifft zwei Fälle, nämlich die Unvereinbarkeit des EPGÜ mit einem internationalen Übereinkommen oder dem Unionsrecht. Diese beiden Fälle ergänzt das EPG-BG in freier Rechtsschöpfung um den, dass sich „*die Umsetzung des EPGÜ als unmöglich erweist*“, denn Art. 87 Abs. 2 EPGÜ solle „*sicherstellen, dass der Umsetzung des Übereinkommen keine Hinderungsgründe entgegenstehen*“. <sup>61</sup> Dabei räumt es implizit ein, dass jegliche Anhaltspunkte hierfür fehlen, was jedoch Folge einer „*planwidrigen Regelungslücke*“ sei. Nach dieser richterlichen „*Rechtsfortbildung*“ dürfte sich der VA-EPG dazu ermächtigt sehen, jegliche Änderung des EPGÜ im vereinfachten Verfahren nach Art. 87 Abs. 2 EPGÜ durchführen.

## IV. Der „Elefant im Raum“: Strukturell fehlende richterliche Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit in Verfahren vor dem Einheitlichen Patentgericht

Der heimliche Elefant im Raum der „Roku“-Entscheidung ist die strukturell fehlende richterliche Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit in Verfahren vor dem EPG.

### 1. Richterliche Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit als unionsrechtliche Notwendigkeit

Der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten, auf ihrem Hoheitsgebiet für die

<sup>54</sup> BT-Drucksache 19/22847 vom 25.09.2020, abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/19/228/1922847.pdf>.

<sup>55</sup> BT-Drucksache 19/22847 (Fn. 54), S. 2/3.

<sup>56</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen *Stjerna*, Die „zurückgenommene“ Ratifikation des EPGÜ (o. Fn. 50), S. 5, Ziffer III.3.

<sup>57</sup> BMJV-Organigramm vom 14.12.2020, abrufbar unter [www.stjerna.de/files/201214-BMIV-Organisationsplan.pdf](http://www.stjerna.de/files/201214-BMIV-Organisationsplan.pdf).

<sup>58</sup> Vgl. *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Das BMJV und die Rechtsprüfung des EPGÜ und der Gesetzentwürfe zu dessen Ratifikation, abrufbar unter [www.stjerna.de/bmjv-gg/](http://www.stjerna.de/bmjv-gg/).

<sup>59</sup> Vgl. *Stjerna*, Die europäische Patentreform – EPGÜ-Teilnahme Großbritanniens trotz EU-Austritt?, S. 2, Ziffer III., abrufbar unter [www.stjerna.de/epgu-eu-austritt/](http://www.stjerna.de/epgu-eu-austritt/).

<sup>60</sup> Vgl. [www.unifiedpatentcourt.org/de/organisation/verwaltungsausschuss](http://www.unifiedpatentcourt.org/de/organisation/verwaltungsausschuss).

<sup>61</sup> Fn. 1, Rn. 50 f.

Anwendung und Wahrung des Unionsrechts zu sorgen und einen wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten.<sup>62</sup> Zu diesem wirksamen gerichtlichen Rechtsschutzes gehört – schon wegen Art. 47 Abs. 2 EU-GrCH – die Unabhängigkeit des Gerichts und seiner Richter, diese ist auch für die nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten zu gewährleisten.<sup>63</sup> Dabei sieht der EuGH die richterliche Unabhängigkeit als Grundvoraussetzung für das System der justiziellen Zusammenarbeit zwischen ihm und den nationalen Gerichten der Mitgliedstaaten an und stellt fest, dass nur ein unabhängiges Gericht in diesem Sinne eine Vorlageberechtigung nach Art. 267 AEUV hat (Hervorhebung diesseits):<sup>64</sup>

*„Die Unabhängigkeit der nationalen Gerichte ist insbesondere für das reibungslose Funktionieren des Systems der justiziellen Zusammenarbeit von grundlegender Bedeutung. Eine Form dieser Zusammenarbeit ist der Mechanismus des Vorabentscheidungsversuchens gemäß Art. 267 AEUV. Nach der oben in Rn. 38 angeführten ständigen Rechtsprechung ist die Vorlageberechtigung von Einrichtungen, die mit der Anwendung des Unionsrechts betraut sind, u. a. daran geknüpft, dass sie unabhängig sind.“*

Den Inhalt dieser richterlichen Unabhängigkeit hat der EuGH in seinem Gutachten 1/17 näher beschrieben und dabei ausgeführt, diese erfordere die völlige Autonomie des Gerichts im Außenverhältnis und seine Unparteilichkeit im Innenverhältnis (Hervorhebung diesseits):<sup>65</sup>

*„Das Erfordernis der Unabhängigkeit ist im Auftrag des Richters angelegt und umfasst zwei Aspekte. Der erste, das Außenverhältnis betreffende Aspekt setzt voraus, dass die betreffende Einrichtung ihre Funktionen in volliger Autonomie ausübt, ohne mit irgendeiner Stelle hierarchisch verbunden oder ihr untergeordnet zu sein und ohne von irgendeiner Stelle Anordnungen oder Anweisungen zu erhalten, so dass sie auf diese Weise vor Interventionen oder Druck von außen geschützt ist, die die Unabhängigkeit des Urteils ihrer Mitglieder gefährden und deren Entscheidungen beeinflussen könnten. Diese unerlässliche Freiheit von derartigen äußeren Einflüssen erfordert bestimmte Garantien, die geeignet sind, die mit der Aufgabe der Rechtsprechung Betrauten in ihrer Person zu schützen, wie z. B. die Unabsetzbarkeit. Auch eine der Bedeutung der ausgeübten Funktionen entsprechende Vergütung ist eine wesentliche Garantie für die Unabhängigkeit (Urteil vom 25. Juli 2018, Minister for Justice and Equality [Mängel des Justizsystems], C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 63 und 64 und die dort angeführte Rechtsprechung).*

*Der zweite, das Innenverhältnis betreffende Aspekt steht mit dem Begriff der Unparteilichkeit in Zusammenhang und bezieht sich darauf, dass den Parteien des Rechtsstreits und ihren jeweiligen Interessen am Streitgegenstand mit dem gleichen Abstand begegnet wird. Dieser*

*Aspekt verlangt, dass Sachlichkeit obwaltet und neben der strikten Anwendung der Rechtsnormen keinerlei Interesse am Ausgang des Rechtsstreits besteht* (Urteil vom 25. Juli 2018, Minister for Justice and Equality [Mängel des Justizsystems], C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 65 und die dort angeführte Rechtsprechung).

*Diese Garantien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit setzen voraus, dass es Regeln insbesondere für die Zusammensetzung der Einrichtung, die Ernennung, die Amtszeit und die Gründe für Enthaltung, Ablehnung und Abberufung ihrer Mitglieder gibt, die es ermöglichen, bei den Rechtsunterworfenen jeden berechtigten Zweifel an der Unempfänglichkeit der Einrichtung für äußere Faktoren und an ihrer Neutralität in Bezug auf die widerstreitenden Interessen auszuräumen (Urteil vom 25. Juli 2018, Minister for Justice and Equality [Mängel des Justizsystems], C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 66).“*

Er betont an anderer Stelle (Hervorhebung diesseits):<sup>66</sup>

*„Es geht darum, dass die Mitglieder des Gerichts den Streitparteien mit dem gleichen Abstand begegnen müssen und kein persönliches Interesse am Ausgang des Rechtsstreits haben dürfen.“*

## **2. Die unzureichende richterliche Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit beim Einheitlichen Patentgericht**

Das EPG erfüllt diese Anforderungen an die richterliche Unabhängigkeit nicht, es ist mit dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit sowie dem Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht gemäß Art. 2 S. 1 und Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV sowie Art. 47 Abs. 2 EU-GrCH nicht vereinbar. Schon wegen des Auswahl- und Ernennungsverfahrens (Art. 3 Abs. 2 der EPG-Satzung) durch den VA-EPG und den sog. „Beratenden Ausschuss“ (Art. 12, 14 EPGÜ), der zeitlich begrenzten Amtszeit bei vorzeitiger Abberufungsmöglichkeit und des fehlenden Rechtsschutzes gegen Eingriffe in ihre Rechtsstellung üben die EPG-Richter ihre rechtsprechende Tätigkeit nicht in volliger Autonomie aus, wie dies der EuGH verlangt.

Bereits die zeitlich begrenzte und vergleichsweise kurze Amtszeit von sechs Jahren bringt jeden EPG-Richter in ein latentes Abhängigkeitsverhältnis gegenüber den für eine Wiederernennung verantwortlichen Ausschüssen, das es befördert, dass er im Fall einer gewünschten Wiederernennung nicht allein nach Recht und Gesetz entscheidet, sondern ggf. genuin sachfremde, einer Wiederernennung dienliche Aspekte berücksichtigt, z. B. solche politischer Natur.

Auch aufgrund der fehlenden Unabhängigkeit seiner Richterschaft hat das EPG – ungeachtet der gegenteiligen

<sup>62</sup> EuGH, [Rs. C-64/16](#), Urteil vom 27.02.2018, Rn. 34, 37, 40.

<sup>63</sup> EuGH, Rs. C-64/16 (Fn. 62), Rn. 41 f.

<sup>64</sup> EuGH, Rs. C-64/16 (Fn. 62), Rn. 43 f.

<sup>65</sup> EuGH, Gutachten 1/17 (Fn. 30), Rn. 202 ff.

<sup>66</sup> EuGH, Gutachten 1/17 (Fn. 30), Rn. 238.

Aussage in Art. 21 EPGÜ – keine Vorlageberechtigung nach Art. 267 AEUV, denn diese besteht nur für ein unabhängiges Gericht eines Mitgliedstaates.<sup>67</sup>

Das EPG ist weder gemeinsames Gericht der Mitgliedstaaten, noch unabhängig.

### 3. Die verfahrensbeteiligten EPG-Richterinnen

Der Wert der vorliegenden Entscheidung des EPG-BG liegt darin, dass diese die rechtsstaatlich prekäre Rechtsstellung der EPG-Richterschaft exemplarisch zeigt.

Die berichterstattende Richterin *Patricia Rombach* war neben ihrer Tätigkeit als Richterin am BGH zunächst in Teilzeit beim EPG tätig,<sup>68</sup> inzwischen gab sie ihre Tätigkeit beim BGH zugunsten einer Vollzeitbeschäftigung beim EPG auf.<sup>69</sup> Auch die zweite verfahrensbeteiligte Richterin, *Rian Kalden*, ist offenbar in Vollzeit beim EPG tätig.<sup>70</sup> Für die dritte Richterin im Bunde, *Ingeborg Simonsson*, fehlen belastbare Angaben.

Würde Berichterstatterin *Rombach* vor diesem Hintergrund eine Entscheidung treffen, mit der die rechtlich fragilen Grundlagen des EPG in Zweifel gezogen und zur Überprüfung durch den EuGH gestellt werden und dadurch dem EPG schlimmstenfalls die Existenzgrundlage entzogen wird? Insbesondere, da sie nun in Vollzeit für dieses Gericht tätig ist und sie so ihre eigene Beschäftigung dort (sowie die damit einhergehenden „Vorteile“) riskieren würde? Würden es die anderen beiden verfahrensbeteiligten Richterinnen tun? Würde es jeglicher andere EPG-Richter an deren Stelle tun?

Das Problem liegt auf der Hand. In Verfahren beim EPG besteht ein latenter potentieller Konflikt zwischen richterlichen Eigeninteressen und den Interessen der Prozessparteien. Jegliches potentielle persönliche Interesse der Richter am Ausgang des Rechtsstreits, sei es auch noch so theoretisch, tangiert jedoch bereits die Unabhängigkeit des Gerichts.

### 4. Keine Rüge seitens Roku?

Inssofern mutet es sehr überraschend an, dass die Berufungskläger den Aspekt der fehlenden richterlichen Unabhängigkeit offenbar nicht gerügt haben. In der Entscheidung heißt es hierzu (Hervorhebung diesseits):<sup>71</sup>

*„Lediglich dann, wenn der konkret zur Entscheidung berufene Richter nicht unabhängig und/oder nicht unparteiisch sei, könne sich dies als Verstoß gegen Art. 47 Abs. 2 EU-GRCh und Art. 6 EMRK darstellen. Letzteres werde von Roku nicht behauptet.“*

Über die Gründe der demnach offenbar fehlenden Rüge kann man nur mutmaßen. Das Thema ist seit der ersten deutschen Verfassungsbeschwerde im Jahr 2017 bekannt und liegt aus rechtsanwaltlicher Sicht eigentlich für jeden Beklagten als Verteidigungsargument auf der Hand.

<sup>67</sup> EuGH, Rs. C-64/16 (Fn. 62), Rn. 43 f.

<sup>68</sup> Pressemitteilung des BGH Nr. 149/2022 vom 20.10.2022. abrufbar unter <https://archive.ph/66kxe>.

Wollten die Berufungskläger das Gericht nicht verärgern? Oder wollten vielleicht deren Anwälte, die vermutlich in möglichst vielen der hochlukrativen Verfahren vor dem EPG auftreten wollen, das Gericht nicht verärgern? Man weiß es nicht.

### V. Ausblick

Die Entscheidung des EPG-BG ist ebenso zweifelhaft wie wertvoll.

Die merkwürdigen Bemühungen des Gerichts, durch Zusammenklaubung selektiver Halbsätze aus verschiedenen EuGH-Entscheidungen und deren anschließende Neuinterpretation Argumente zu konstruieren, um die offensichtlichen strukturellen Friktionen des EPG nicht thematisieren und der gebotenen Klärung durch den EuGH zuzuführen zu müssen, sprechen für sich. Exakt dieses Verhalten des Gerichts und sein ersichtliches Bemühen, eine Thematisierung der offensichtlichen Fragen gegenüber dem EuGH zu vermeiden, unterstreicht anschaulich die fehlende Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit der Richterschaft am EPG. Genau solche Gewissensnöte oder auch nur deren Anschein sind mit einem unabhängigen und unparteiischen Gericht, wie es z. B. nach Art. 2 S. 1 und Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV sowie Art. 47 Abs. 2 EU-GrCH zu gewährleisten ist, von vornherein unvereinbar.

Es bleibt abzuwarten, wann sich ein Beklagter findet, der die Thematik mit der gebotenen Deutlichkeit adressiert und sie der Bearbeitung durch den EuGH, eine nationale Verfassungsgerichtsbarkeit oder den EGMR zuführt. Verschiedene Möglichkeiten hierfür bestehen auch außerhalb des EPG, z. B. vor den nationalen Gerichten der EU-Mitgliedstaaten.

\* \* \*

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

<sup>69</sup> Vgl. den Wikipedia-Eintrag zu Patricia Rombach, abrufbar unter <https://archive.is/VpCKx>.

<sup>70</sup> Vgl. <https://archive.ph/4dTba>.

<sup>71</sup> Fn. 1, Rn. 3, S. 4.