

Die europäische Patentreform – Das heimliche Verschwinden zentraler Dokumente aus dem öffentlichen Raum

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

Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

Wer die zahlreichen Irrungen und Wirrungen der europäischen Patentreform rekapitulieren möchte, stellt nicht selten fest, dass zuvor online veröffentlichte Dokumente nicht mehr vorhanden und auch sonst im Internet nicht mehr auffindbar sind. Die Dokumentation der europäischen Patentreform, die doch ein bahnbrechendes Projekt mit großartigem Erfolg sein soll, ist also einem ebenso erstaunlichen wie vielsagenden Prozess fortschreitender Erosion unterworfen. Umso wichtiger scheint es, eine profunde inhaltliche wissenschaftliche Auseinandersetzung über das Vorhaben auch weiterhin zu ermöglichen und die Zugänglichkeit möglichst vieler dieser „verschwundenen“ Dokumente zu erhalten.

I. EuGH-Gutachten 1/09: Die Schlussanträge der Generalanwälte vom 02.07.2010

In dem jahrzehntelangen Ringen um die Schaffung eines zentralen europäischen Gerichtssystems für Streitigkeiten über die Verletzung und den Rechtsbestand von Patenten hatte der Rat der EU im Oktober 2007 ein Arbeitspapier zur Weiterentwicklung vorgelegt, in dem Kernelemente eines zukünftigen europaweiten Patentstreitsystems beschrieben wurden.¹ Nachdem in einem aktualisierten Entwurf Ende 2008 vorgeschlagen wurde, das Übereinkommen über die Patentgerichtsbarkeit als gemischtes Übereinkommen zwischen der EU, ihren Mitgliedstaaten sowie weiteren, nicht der EU angehörigen Staaten abzuschließen,² äußerte der Rechtsdienst des Rates Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit dieser Struktur mit dem Unionsrecht und regte die Einholung eines Gutachtens des EuGH nach Art. 300 Abs. 6 EG (heute Art. 218 Abs. 11 AEUV) an.³ Ein entsprechendes Gesuch wurde am 06.07.2009 beim EuGH eingereicht.⁴

Die Antwort des EuGH, der den ihm vorgelegten Entwurf in seinem Gutachten 1/09⁵ am 08.03.2011 für mit dem Unionsrecht unvereinbar befand, war ein Paukenschlag.

Zuvor hatten jedoch bereits die Schlussanträge der EuGH-Generalanwälte für Aufsehen gesorgt, die dieses Ergebnis bereits angedeutet hatten, jedoch sogar noch weitergehende Einwände angemeldet hatten. Obwohl an und für sich nicht

öffentlich, waren diese, im Original in französischer Sprache erstellten Schlussanträge seinerzeit breit zirkuliert worden, eine Anwaltskanzlei hatte gar eine englischsprachige Übersetzung beauftragt und diese verbreitet.

Diese Schlussanträge sind heute in öffentlichen Quellen nicht mehr auffindbar. Sie wurden dem Autor u. a. aufgrund des IFG zugänglich gemacht und werden der Öffentlichkeit daher in der Originalsprache zur Verfügung gestellt.⁶

II. Der „Tilmann/Pagenberg-Disput“

Nach dem abschlägigen Gutachten des EuGH entspann sich im April 2011 auf dem Blog der „European Patent Lawyers Association“ („EPLAW“) eine lebhafte Diskussion zwischen *Winfried Tilmann* als Befürworter einer europäischen Patentgerichtsbarkeit und *Jochen Pagenberg* als Gegner jedenfalls der damals diskutierten Konstruktion. Der Austausch zwischen beiden ist heute ein Musterbeispiel für einen sachlichen Austausch kontroverser Ansichten. Auf dem EPLAW-Blog ist er heute nicht mehr zu finden, die Beiträge wurden jedoch unter archive.is⁷ archiviert.

III. Das europäische Gesetzgebungsverfahren

Das europäische Gesetzgebungsverfahren, in dem das sog. „Patent-Paket“ beraten und beschlossen wurde, ist von Haus wenig transparent. Natürlich werden Plenumsitzungen im Parlaments-TV übertragen und schriftlich protokolliert; dies gilt jedoch in den Ausschüssen, in denen jedoch der Großteil der gesetzgeberischen Arbeit erfolgt, nicht gleichermaßen. Protokolle zu den dortigen Sitzungen gibt es nicht. Die einzige Dokumentation sind Aufzeichnungen durch das Parlaments-TV – sofern eine Aufzeichnung nicht unterbleibt, was im Fall der europäischen Patentreform gerade bei wichtigen Sitzungen wiederholt der Fall war.

Da ein nur in gesprochener Form vorliegender Beitrag mangels Vergleichsmöglichkeit für die wissenschaftliche Arbeit nur bedingt brauchbar ist, hat der Autor für den Großteil der mit der EU-Patentreform befassten Sitzungen aus dem europäischen Gesetzgebungsverfahren Protokolle in deutscher⁸ und englischer⁹ Sprache erstellt.

¹ [Ratsdokument 14492/07](#) vom 30.10.2007.

² [Ratsdokument 14970/08](#) vom 04.11.2008.

³ [Ratsdokument 15487/08](#) vom 10.11.2008, S. 11, Rn 28. f. und S. 12, Rn. 32 f.

⁴ [Ratsdokument 11125/09](#) vom 18.06.2009.

⁵ EuGH, [Gutachten 1/09](#) vom 08.03.2011.

⁶ *Prise de Position des Avocats Généraux, Avis 1/09*, abrufbar unter https://www.stjerna.de/files/AG-SoP_Avis1_09.pdf.

⁷ Vgl. die Auflistung unter <https://archive.md/eplaw.org>.

⁸ Vgl. <https://www.stjerna.de/parlhistorie-einheitspatent/>.

⁹ Vgl. <https://www.stjerna.de/phistory-unitary-patent/?lang=en>.

Von Bedeutung für die Entwicklung der entsprechenden Gesetzentwürfe sind auch verschiedene Stellungnahme der Rechtsdienste der involvierten europäischen Institutionen während des Gesetzgebungsverfahrens. Hierzu gehört zunächst die vorläufige Stellungnahme SJ-0844/06¹⁰ des Rechtsdienstes des EU-Parlaments vom 01.02.2007 zur Möglichkeit eines Abschlusses des sog. „European Patent Litigation Agreement“ durch die Mitgliedstaaten. Weiterhin aufschlussreich sind die sog. „Note to Ms Fröhlinger“¹¹ des Rechtsdienstes der Kommission vom 18.04.2011 betreffend eine mögliche Lösung der vom EuGH in seinem Gutachten 1/09 geäußerten Einwände sowie das Gutachten SJ-0462/12¹² des Rechtsdienstes des EU-Parlaments vom 09.07.2012 zur Entfernung der Art. 6 bis 8 aus der „Einheitspatent“-Verordnung.

IV. Die Dokumente des Vorbereitenden Ausschusses des Einheitlichen Patentgerichts

Nach Unterzeichnung des Übereinkommens über ein Einheitliches Patentgericht („EPGÜ“) im Februar 2012 wurde der sog. „Vorbereitende Ausschuss des Einheitlichen Patentgerichts“ („VA-EPG“) eingesetzt, der die Arbeitsfähigkeit des Gerichts herstellen sollte.¹³ Er nahm Anfang 2013 seine Arbeit auf.

Unter <https://www.unified-patent-court.org/> veröffentlichte der Ausschuss seither von ihm als maßgeblich erachtete Informationen, Dokumente und Neuigkeiten mit Bezug zum Einheitlichen Patentgericht („EPG“), so dass sich dort über die Jahre eine interessante öffentliche Dokumentation der wechselvollen Geschichte des Gerichts entwickelte. Diese Dokumentation sah offenbar nicht Jedermann als hilfreich an, so dass Anfang 2023 im Zuge eines sog. „Relaunch“ nahezu alle bis dahin erfolgten Veröffentlichungen von der EPG-Website verschwanden. Dort verblieben nur einige ausgewählte, offenbar als nützlich angesehene Dokumente.

Der Autor hat seit 2013 auf <https://www.unified-patent-court.org/> getätigte Veröffentlichungen dokumentiert und archiviert, um die zukünftige Verfügbarkeit und Nutzbarkeit dieser Informationen für die Öffentlichkeit zu gewährleisten. Die archivierten Inhalte sind unter <https://www.stjerna.de/vaepg-dokumente/> abrufbar.

V. Das Gordon/Pascoe-Gutachten

Im Jahr 2016 versetzte das britische Votum zugunsten eines Austritts des Landes aus der EU die Befürworter der Patentreform, insbesondere diejenigen in den britischen

Anwaltskreisen, in große Aufregung, sah doch das Inkrafttreten des Übereinkommens nach Art. 89 Abs. 1 EPGÜ die Ratifikation durch Deutschland, Frankreich und Großbritannien und mindestens zehn weitere Vertragsstaaten vor.¹⁴

Daraufhin beauftragten drei an der Ratifikation des EPGÜ interessierte britische Verbände, zwei darunter solche im Patentrecht tätiger Anwälte, die Barrister *Gordon* und *Pascoe* mit der Begutachtung mehrerer Fragen zu den Auswirkungen des „Brexit“-Votums auf eine britische Ratifikation des Übereinkommens.¹⁵ Wenngleich deren Gutachten¹⁶ weitgehend den Eindruck vermittelte, im Sinne der Auftraggeber rechtlich eher fernliegende Argumente zur Stützung gewünschter Resultate zu entwickeln, kam es – notwendig – zu dem Schluss, dass das EPG kein gemeinsames Gericht der Vertragsmitgliedstaaten des EPGÜ sei. Da der politische Ansatz zur Herstellung der Unionsrechtskompatibilität des EPGÜ nach dem EuGH-Gutachten 1/09 die genau gegenteilige Prämisse gewesen war, bestätigte es die unveränderten Zweifel an der Vereinbarkeit des Übereinkommens mit dem Unionsrecht. Heute vertreten die EPGÜ-Protagonisten wieder die ursprüngliche These, müssten sie doch sonst die (unveränderte) Unionsrechtswidrigkeit des EPGÜ einräumen.

Auch das Gordon/Pascoe-Gutachten wurde seitens der EPGÜ-Protagonisten ursprünglich breit verteilt und kommentiert, um die Öffentlichkeit möglichst umfassend an den den eigenen Zwecken dienlichen, sicherlich teuer bezahlten Theorien der beiden Barrister teilhaben zu lassen. Neben den Websites der Auftraggeber und ihnen nahe stehender Anwaltskanzleien¹⁷ wurde es auch in der Fachpresse ebenso ausführlich wie zumeist unkritisch gewürdigt.¹⁸ Soweit ersichtlich, ist es von den Websites der Auftraggeber inzwischen ebenso verschwunden wie von denjenigen der besagten Anwaltskanzleien.

VI. Die Stellungnahmen der „sachkundigen Dritten“ im Verfassungsbeschwerdeverfahren 2 BvR 739/17

Nachdem im späten Frühjahr 2017 die Verfassungsbeschwerde¹⁹ gegen die erste deutsche Ratifikation des EPGÜ bekannt geworden und die EPGÜ-Protagonisten ihren ersten Schock überwunden hatten, bemühten sie sich rasch darum, ihren Interessen entsprechende Thesen auch in dieses Verfahren einbringen zu können. Dementsprechend suchten verschiedene Verbände, in denen entsprechende Akteure ihre Interessen

EPGÜ mit dem Unionsrecht, abrufbar unter <https://www.stjerna.de/gp-gutachten/>.

¹⁰ Abrufbar unter <https://www.stjerna.de/files/070201-EU-Parliament-Legal-Service-SJ-0844-06.pdf>.

¹¹ Abrufbar unter <https://www.stjerna.de/files/110418-EU-Commission-Legal-Service-Note-to-Ms-Froehlinger.pdf>.

¹² Abrufbar unter <https://www.stjerna.de/files/120709-EU-Parliament-Legal-Service-SJ-0462-12.pdf>.

¹³ Vgl. [Kommissionsdokument 7265/13](#) vom 08.03.2013.

¹⁴ Vgl. hierzu *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Die Quadratur des Kreises nach dem „Brexit“-Votum, abrufbar unter <https://www.stjerna.de/brexit/>.

¹⁵ Vgl. hierzu im Einzelnen *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Das Gordon/Pascoe-Gutachten und die Unvereinbarkeit des

¹⁶ Gutachten von Richard Gordon QC und Tom Pascoe „Re the Effect Of ‘Brexit’ on the Unitary Patent Regulation and the Unified Patent Court Agreement“ vom 12.09.2016, abrufbar unter <https://www.stjerna.de/files/160912-Gordon-and-Pascoe-Advice-UPCA.pdf>.

¹⁷ Vgl. *Stjerna*, Das Gordon/Pascoe-Gutachten (o. Fn. 15), S. 1/2.

¹⁸ Vgl. z. B. den Artikel „No legal obstacles for post-Brexit UK to participate in Unitary Patent system“, *Kluwer Patent Blog* am 18.09.2016, abrufbar unter <https://archive.is/ZUUIx>.

¹⁹ Vgl. <https://www.stjerna.de/epgu-i-docs/>.

gebündelt geltend machen, umgehend den Kontakt zum BVerfG und bitten es um eine Möglichkeit zur Stellungnahme als sachkundiger Dritter gemäß § 27a BVerfGG.

Während verschiedentlich behauptet wurde, das BVerfG habe „um Stellungnahmen zum Verfahren gebeten“,²⁰ war es tatsächlich genau anders herum: Mit Ausnahme der BRAK und des DAV, die in einem Verfassungsbeschwerdeverfahren üblicherweise standardmäßig eine Stellungnahmemöglichkeit erhalten, hatten alle anderen nach § 27a BVerfGG zur Stellungnahme zugelassenen Dritten – u.a. das Europäische Patentamt („EPA“), GRUR, EPLAW und EPLIT – das Gericht hierum gebeten.²¹

Dass die Inhalte dieser Stellungnahmen sehr ähnlich klangen und durchweg die Zurückweisung der Verfassungsbeschwerde – primär natürlich als „offensichtlich unzulässig“! – verlangten, verwunderte mit Blick auf die Urheber nicht weiter. Die mangelnde fachliche Substanz dieser Eingaben lag für den kundigen Betrachter schnell auf der Hand. Selbst der berichtserstattende Richter am BVerfG, Prof. *Huber*, soll sich hierzu gegenüber dem Verfahrensbevollmächtigten der Bundesregierung „*nicht besonders beeindruckt gezeigt*“ und angemerkt haben, er brauche diese nicht zu lesen.²²

Mit Ausnahme von EPLAW und dem EPA hatten die sachkundigen Dritten ihre Stellungnahmen umgehend auf ihren Websites veröffentlicht,²³ wo sie auch von verschiedenen Dritten verlinkt wurden.²⁴ Diese Links, z. B. auf dem Kluwer Patent Blog, gehen heute weitgehend ins Leere.

Die Stellungnahme von EPLIT, erstellt unter dem damaligen Präsidenten *Koen Bijvank*, ist heute anscheinend selbst auf deren Website nicht mehr verfügbar. Sie ist besonders kurios, weil der Verband dem BVerfG darin einleitend mitteilte, von einer umfassenden Stellungnahme zu der Verfassungsbeschwerde, um die man das Gericht zuvor doch gebeten hatte, abzusehen und sich – „in Zusammenarbeit“ mit einem externen Rechtsanwalt – „*auf einige ausgewählte Themen, die in der Verfassungsbeschwerde erörtert werden*“ zu beschränken.

Zur Vervollständigung steht diese seitens EPLIT bereits umfänglich der Öffentlichkeit zugänglich gemachte Stellungnahme zum Abruf zur Verfügung.²⁵

Inhaltlich am umfang- und aufschlussreichsten sind die Stellungnahmen des Deutschen Bundestages und der Bundesregierung. Soweit ersichtlich, wurden diese nicht

veröffentlicht, Interessenten dürften Zugang hierzu jedoch jedenfalls aufgrund des IFG des Bundes erlangen können.

VII. Ausblick

Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass das Verschwinden mancher Dokumente aus dem öffentlichen Raum nicht zufällig geschehen ist, belegen einige davon doch anschaulich die merkwürdige argumentative Flexibilität mancher Protagonisten ebenso wie die unverändert vorhandenen strukturellen Defizite des EPG.

Gerade die Unterlagen von der EPG-Website verdeutlichen eindrucksvoll die wechselhafte Entstehungsgeschichte des Gerichts zwischen „Brexit“ und den deutschen Verfassungsbeschwerden, die tiefe Einbindung verschiedener „Patentpraktiker“ aus Industrie und Anwaltschaft in die Ausgestaltung des – angeblich unvoreingenommenen und unabhängigen – Gerichts und die Variabilität der seitens zentraler Akteure über die Jahre vertretenen Thesen, die häufig dem entsprachen, was dem Inkrafttreten des neuen Systems zum jeweiligen Zeitpunkt am dienlichsten war.

All diese Informationen sind für einen möglichst vollständigen Einblick in die Genese des EPG, insbesondere von Seiten der Wissenschaft, von grundlegender Bedeutung, so dass zwischenzeitlich entstandene Lücken im Bestand zuvor veröffentlichter Dokumente nun hoffentlich zumindest größtenteils geschlossen werden konnten.

* * *

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

²⁰ Z. B. „Constitutional Court asks for comments on German complaint against Unified Patent Court Agreement“, Kluwer Patent Blog am 06.09.2017, abrufbar unter <https://archive.ph/edVYc>.

²¹ Vgl. hierzu näher *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Fragen und Antworten zum deutschen Verfassungsbeschwerdeverfahren, abrufbar unter <https://www.stjerna.de/fa-vb/>.

²² Vgl. *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Die deutschen Staatsgewalten im Verfassungsbeschwerdeverfahren 2 BvR 739/17 (Teil 2 von 2), abrufbar unter <https://www.stjerna.de/staatsgewalten-2-bvr-739-17-teil-2/>, S. 6, Ziffer III.3.

²³ Vgl. z. B. „EPLIT comments to the complaint filed with the German Constitutional Court“, abrufbar unter <https://archive.md/NR0pV>.

²⁴ Vgl. z. B. den Artikel „EPLIT, BRAK, GRUR publish view on German complaint against ratification UPCA“, Kluwer Patent Blog am 25.01.2018, abrufbar unter <https://archive.is/Y51fL>.

²⁵ EPLIT-Stellungnahme im Verfahren 2 BvR 739/17, abrufbar unter <https://www.stjerna.de/files/181228-EPLIT-Stn-2-BvR-739-17.pdf>.