

Die europäische Patentreform – Rat macht unter Verschluss gehaltene Dokumente zugänglich

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

Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

Es hatte in der Endphase des Gesetzgebungsverfahrens zum „Einheitspatent-Paket“ für Aufsehen gesorgt: Das weitgehend geschwärzte Ratsdokument 15856/11 zur Vereinbarkeit des Übereinkommensentwurfs hinsichtlich der Schaffung des Einheitlichen Patentgerichts mit dem EuGH-Gutachten 1/09 und die Ablehnung einer Offenlegung mit der Begründung, diese könne „*letztlich das Inkrafttreten des beabsichtigten internationalen Übereinkommens verzögern oder in Frage stellen*“. Auf den insgesamt fünften (!) Antrag wurde der Zugang zuletzt vollständig gewährt. Auch zwei weitere, zunächst stark zensierte Ratsdokumente aus diesem Kontext wurden auf entsprechende Anträge nun freigegeben. Die Durchsicht der Dokumente zeigt: Die Unterdrückung der Inhalte erfolgte unter Missachtung der EU-Verordnung Nr. 1049/2001 und der diesbezüglichen Rechtsprechung des EuGH sowie des entsprechenden Grundrechts der Unionsbürger auf Zugang zu Dokumenten (Art. 42 der EU-Grundrechtscharta).

I. Der Zugang zu Ratsdokumenten zum „Einheitspatent-Paket“ nach Verordnung Nr. 1049/2001

Die rechtlichen Voraussetzungen des Zugangs der Öffentlichkeit zu Dokumenten nach EU-Verordnung Nr. 1049/2001 (nachfolgend „VO“), das Zugangsverfahren und der Umgang des Rates mit Dokument 15856/11 wurden bereits in einem früheren Beitrag¹ vom 26.11.2013 erörtert, dessen Kenntnis wird nachfolgend vorausgesetzt. Der vorliegende Artikel beschreibt die Bemühungen um vollständige Offenlegung dieses Dokuments und weiterer, ursprünglich nur in z. T. signifikant geschwärzter Form zugänglich gemachter Ratsdokumente.

II. Ratsdokument 15856/11

Letzter berichteter Sachstand war, dass der Rat Dokument 15856/11 (Titel: „Entwurf eines Übereinkommens über die Patentgerichtsbarkeit der Europäischen Union (Dok. 13751/11) – Vereinbarkeit des Übereinkommensentwurfs mit dem Gutachten Nr. 1/09“)² im November 2013 mit Ausnahme einer umfangreichen Fußnote offengelegt hatte.

1. Zugangsantrag vom 03.09.2013

Dieser erweiterte Zugang ging auf die Bemühungen eines nicht namentlich bekannten Antragstellers aus Belgien

zurück, dessen Antrag bei Fertigstellung meines Beitrags vom 26.11.2013 noch nicht veröffentlicht war.

a) Erstantrag

Der von diesem Antragsteller am 03.09.2013 eingereichte Erstantrag war mit Entscheidung³ vom 02.10.2013 unter Verweis auf den „Schutz der Rechtsberatung“ (Art. 4 (2) zweiter Spiegelstrich VO) abgelehnt worden.

b) Zweitantrag

In seinem Zweitantrag⁴ vom 07.10.2013 fand der Antragsteller hierfür klare Worte:⁵

“I am dismayed to see that transparency seems to be becoming, in practice, not a principle but an exception, and am not at all surprised by the current low level of trust in and enthusiasm for Europe among its citizens, since their leaders take decisions affecting their lives without informing them beforehand, thus presenting them with a fait accompli.

Moreover, by acting in this manner, that is to say by arrogating to yourselves the right to refuse, on unfounded grounds, to disclose a text of interest to citizens, you are draining Regulation No 1049/2001 of its substance.”

Der Rat ließ sich tatsächlich überzeugen und gab das Dokument mit Entscheidung⁶ vom 08.11.2013 weitgehend frei. Zur Begründung hieß es:⁷

“The Council has considered the risks which disclosure of the opinion would entail to the protection of legal advice pursuant to Article 4(2) of the Regulation and to the impact of the legal advice in question on the related cases which are currently still subject to litigation before the Court of the European Union [bezugnehmend auf die seinerzeit rechtshängigen Nichtigkeitsklagen Spaniens, C-146/13 und C-147/13]. It has come to the conclusion that, on balance and at the present point in time access can now be granted to the entirety of the opinion with the exception of footnote 23 to paragraph 30.”

Jedoch sei der Inhalt der Fußnote 23 des Dokuments nach wie vor so „*sensibel und weitreichend in seiner Anwen-*

¹ Stjerna, Die europäische Patentreform – Gesetzgebung unter Ausschluss der Öffentlichkeit, abrufbar unter www.stjerna.de/intransparenz-gesetzgebungsverfahren.

² Die geschwärzte Fassung ist abrufbar unter www.stjerna.de/intransparenz-gesetzgebungsverfahren.

³ Ratsdokument 14520/13, S. 5, abrufbar unter bit.ly/3y7n9Wn.

⁴ Ratsdokument 14520/13 (Fn. 3), S. 7.

⁵ Ratsdokument 14520/13 (Fn. 3), S. 8.

⁶ Ratsdokument 14523/13, S. 3 ff., abrufbar unter bit.ly/3fiYgie.

⁷ Ratsdokument 14523/13 (Fn. 6), S. 4, Rz. 7.

„dung“, dass er zum „Schutz der Rechtsberatung“ weiter unter Verschluss bleiben müsse.⁸ Der Rat erklärte:⁹

“Footnote 23 to paragraph 30 is very sensitive and wide in its application as it addresses a general and contentious legal issue regarding the relationships between international agreements and the European Union legal order. This issue is of a horizontal scope and will be of relevance for future dossiers and also deals with an issue where there is a real risk of future litigation. The disclosure of this part of the legal advice would undermine the protection of legal advice by disclosing the internal position of the Legal Service on a sensitive and contentious issue and entail a foreseeable risk both that the Council would not seek frank and comprehensive advice on such matters and that the Legal Service would not be able to defend effectively the position of the Council before the Courts.”

Erstaunlicherweise hat der EuGH diese für die Zugangsverweigerung genannten „Gründe“ – die angebliche Zurückhaltung des Rates bei Inanspruchnahme des Rechtsdienstes und die angebliche Einschränkung des Argumentationsspielraums in etwaigen Gerichtsverfahren – bereits wiederholt als in dieser pauschalen Form unerheblich erklärt.¹⁰

Die „Turco“-Rechtsprechung des EuGH, wonach Verordnung 1049/2001 grundsätzlich den öffentlichen Zugang zu Stellungnahmen des Juristischen Dienstes des Rates mit Bezug zu Gesetzgebungsverfahren verlangt,¹¹ wurde – wie bereits zuvor¹² – schlicht für „vorliegend nicht anwendbar“ erklärt. Der Rat führte aus:¹³

“With respect to the exception relating to the protection of legal advice, the Council has carefully weighed the interests at stake. While the Council would underline that the Turco case-law applies only to legislative procedure, which is not applicable to the case under discussion, it has in any event thoroughly taken into account the interest of transparency and openness, and has therefore disclosed the opinion in its entirety with the exception of one footnote. Nevertheless, the Council is convinced that, as for the specific footnote as indicated above, which has a particularly sensitive and broad scope, the public interest invoked by the applicant does not establish an overriding public interest in disclosure under Article 4(2), last sentence, of Regulation No 1049/2001.”

⁸ Ratsdokument 14523/13 (Fn. 6), S. 5, Rz. 10.

⁹ Ratsdokument 14523/13 (Fn. 6), S. 4, Rz. 8.

¹⁰ Vgl. z. B. EuGH, Schweden und Turco/Rat, C-39/05, Rz. 65 und 67, abrufbar unter bit.ly/3fcz4d4; Schweden und MyTravel Group plc/Kommission, C-506/08 P, Rz. 115, abrufbar unter bit.ly/2SMb8FS.

¹¹ EuGH, C-39/05 (Fn. 10), Rz. 68; bestätigt in Rat/Access Info Europe, C-280/11 P, Rz. 32 f., abrufbar unter bit.ly/3veFq4v.

¹² Ratsdokument 5926/12, S. 6, Rz. 14, abrufbar unter bit.ly/3bmvoV0.

¹³ Ratsdokument 14523/13 (Fn. 6), S. 5, Rz. 9.

c) Ratsdelegationen mit abweichender Ansicht

Wie schon bei dem vorangegangenen Zweitantrag¹⁴ vom 31.01.2012 und der ablehnenden Entscheidung¹⁵ des Rates vom 09.03.2012 – seinerzeit Dänemark, Estland, Slowenien, Finnland, Schweden und Großbritannien – lehnten auch in diesem Fall einige Mitgliedstaaten die Mehrheitsentscheidung des Rates als zu restriktiv ab.¹⁶ Vorliegend votierten Estland, Litauen, Slowenien, Finnland und Schweden für die Offenlegung auch der Fußnote 23. Überraschenderweise sprach sich hierfür auch Deutschland aus. Nachdem man im März 2012 mit der Ratsmehrheit noch eine Offenlegung jeglicher geschwärzter Passagen des Dokuments 15856/11, also auch der zuletzt freigegebenen, abgelehnt hatte, plädierte man nunmehr für die vollständige Offenlegung des Dokuments:¹⁷

„Fußnote 23 verweist auf die Rechtssache AETR, die bereits veröffentlicht worden ist. Ansonsten ist in dieser Fußnote nur von möglichen künftigen Rechtssachen die Rede. Damit wird der interne Standpunkt des Juristischen Dienstes nicht weitergegeben. Die Freigabe der Fußnote würde somit den Schutz der Rechtsberatung nicht beeinträchtigen. Das Dokument sollte vollständig zugänglich sein.“

Hierauf wird nachfolgend noch zurückzukommen sein.

2. Zugangsantrag vom 22.10.2013

In Unkenntnis des Zugangsantrags vom 03.09.2013 hatte ich am 22.10.2013 einen weiteren Antrag auf Zugang zu Dokument 15856/11 eingereicht.

a) Erstantrag

Mit Entscheidung¹⁸ vom 13.11.2013 wurde der Zugang – wie zuvor – mit Ausnahme von Fußnote 23 gewährt, die zum „Schutz der Rechtsberatung“ unter Verschluss bleiben müsse. Dies wurde wie folgt erklärt:¹⁹

“Footnote 23 to paragraph 30 advises [sic] on matters dealing with issues which are relevant to a wide range of current and future dossiers. Moreover those issues are contentious and likely to be subject to litigation before the courts. The footnote is therefore particularly sensitive. Its disclosure would therefore undermine the protection of legal advice under Article 4(2), second indent, of the Regulation. It would make known to the public an internal opinion of the Legal Service, intended for the members of the Council. The possibility that the legal advice in question be disclosed to the public may lead the Council to display caution when requesting similar written opinions from its Legal Service. Moreover, disclosure of the legal advice could also affect the ability of the Legal Service to effectively defend decisions taken by the Council before the Union courts.”

¹⁴ Ratsdokument 5923/12, S. 6 ff., abrufbar unter bit.ly/2RIrfrnk.

¹⁵ Ratsdokument 5926/12 (Fn. 12), S. 3 ff.

¹⁶ Ratsdokument 14523/13 (Fn. 6), S. 1.

¹⁷ Ratsdokument 14523/13 (Fn. 6), S. 1.

¹⁸ Ratsdokument 17244/13, abrufbar unter bit.ly/3tHN43y.

¹⁹ Ratsdokument 17244/13 (Fn. 18), S. 3.

Lastly, the Legal Service could come under external pressure which could affect the way in which legal advice is drafted and hence prejudice the possibility of the Legal Service to express its views free from external influences.”

Auch die hier für eine Zugangsverweigerung zusätzlich zur angeblich drohenden Zurückhaltung des Rates bei Inanspruchnahme des Rechtsdienstes und der angeblichen Einschränkung des Argumentationsspielraums in gerichtlichen Streitigkeiten angeführte, angeblich drohende Beeinflussung der Ansichten des Rechtsdienstes durch „externen Druck“ hat der EuGH bereits zurückgewiesen.²⁰

Ein öffentliches Interesse an einer Offenlegung, das den „Schutz der Rechtsberatung“ überwiege, sah der Rat nicht, wobei sich die Äußerungen einmal mehr in substanzlosen Behauptungen erschöpften.²¹

b) Zweitantrag

Ich reichte gegen diese Entscheidung am 02.12.2013 einen Zweitantrag²² ein, gerichtet auf Zugang auch zu Fußnote 23. Grundlage hierfür waren vor allem zwei Gründe: Zum einen einmal mehr die angesichts der vom EuGH definierten Maßstäbe völlig unzureichende Begründung des geltend gemachten Zugangsverweigerungsgrundes, wonach eine detaillierte Erläuterung erforderlich ist, weshalb eine Offenlegung des Dokuments das in dem geltend gemachten Zugangsverweigerungsgrund geschützte Interesse konkret und tatsächlich unterminiere und dieses Risiko hinreichend vorhersehbar und nicht nur hypothetisch ist.²³ Zum anderen erneut die Offenlegungspflicht für Dokumente in Bezug auf gesetzgeberische Aktivitäten nach der „Turco“-Rechtsprechung des EuGH.²⁴

Mit Entscheidung²⁵ vom 28.01.2014 wies der Rat den Zweitantrag zurück.

Zunächst wurde die „Turco“-Rechtsprechung wieder für nicht anwendbar erklärt, denn Dokument 15856/11 beziehe sich nicht auf gesetzgeberische Aktivitäten des Rates:²⁶

“The Council would also underline that, contrary to what you contend, the requested document does not relate to matters where the Council is acting in its legislative capacity. Thus, the document contains an opinion of the Council Legal Service on the compatibility of the said draft agreement with opinion 1/09 of the Court of Justice of the European Union. Such agreement is not a legislative act. In that respect the Council considers that the nature of the document must be assessed on the basis of its content and subject-matter. The document does not contain an assessment of any other as-

pects of the unitary patent than the draft agreement and it is therefore clear that it is not a document falling under the obligation of wider access applicable to documents drawn up in relation to the institution's legislative activities.”

Auf den diesbezüglichen Hinweis²⁷ im Zweitantrag, das Übereinkommen stehe als Teil des „Patentpakets“ jedenfalls in unmittelbarem Zusammenhang mit einem Gesetzgebungsverfahren, was dem EuGH zufolge für einen erweiterten Zugangsanspruch ausreicht,²⁸ ging man nicht ein. Nach der identischen Wiedergabe der pauschalen Ausführungen zum Inhalt der Fußnote 23 aus der Erstentscheidung vom 08.11.2013 stellte der Rat fest:²⁹

“There is consequently a concrete risk that disclosure of footnote 23 would effectively and specifically undermine the protection of legal advice.”

Die besagte „konkrete und tatsächliche Unterminierung“ lässt die erwähnte EuGH-Rechtsprechung anklingen, die eine solche als Grundvoraussetzung einer Zugangsverweigerung ansieht, jedoch weitergehend eine detaillierte Erläuterung der Gründe für deren Annahme verlangt. Anscheinend war dem Rat dies bewusst, denn er erklärte, eine nähere Begründung würde den Inhalt der Fußnote offenbaren und damit den „Schutz der Rechtsberatung“ vereiteln, sie habe deshalb auszuscheiden.³⁰

“In relation to the reasoning provided, the Council underlines that it is not in a position to give more detailed reasons without revealing the content of the footnote itself which would deprive the invoked exception of its very purpose. Thus, particularly in the case of refusal of access pertaining to a very limited part of a document the difficulty of providing detailed reasoning without disclosing its content must be taken into account.”

Auch ein überwiegendes öffentliches Interesse an einer Offenlegung bestehe nicht, da zum einen die „Turco“-Rechtsprechung des EuGH vorliegend nicht anwendbar, andererseits der Inhalt der besagten Fußnote „sehr sensibel und weitreichend“ sei. Zudem handle es sich nur um einen sehr kleinen Teil des im übrigen öffentlich zugänglichen Dokuments.³¹ Nach alledem habe Fußnote 23 unverändert unter Verschluss zu bleiben.

c) Ratsdelegationen mit abweichender Ansicht

Aufschlussreich war auch in diesem Fall der Kreis derjenigen Mitgliedstaaten, die abweichend von der Ratsmehrheit eine vollständige Offenlegung des Dokuments verlangten. Es handelte sich diesmal um Estland, Litauen, Finnland und Schweden.³² Deutschland, das sich bei der Entscheidung über den vorherigen Zweitantrag rund drei

²⁰ Vgl. z. B. EuGH, C-39/05 (Fn. 10), Rz. 65 und 67; C-506/08 P (Fn. 10), Rz. 115.

²¹ Ratsdokument 17244/13 (Fn. 18), S. 4.

²² Ratsdokument 17244/13 (Fn. 18), S. 6 ff.

²³ Z. B. EuGH, C-280/11 P (Fn. 11), Rz. 31; C-506/08 P (Fn. 10), Rz. 76; C-39/05 (Fn. 10), Rz. 49.

²⁴ Oben Fn. 11.

²⁵ Ratsdokument 17246/13, abrufbar unter bit.ly/3vYwez4.

²⁶ Ratsdokument 17246/13 (Fn. 25), S. 4, Rz. 8.

²⁷ Ratsdokument 17244/13 (Fn. 18), S. 10, Rz. 15.

²⁸ EuGH, C-39/05 (Fn. 10), Rz. 68.

²⁹ Ratsdokument 17246/13 (Fn. 25), S. 5, Rz. 11 a.E.

³⁰ Ratsdokument 17246/13 (Fn. 25), S. 5, Rz. 12.

³¹ Ratsdokument 17246/13 (Fn. 25), S. 6, Rz. 14 f.

³² Ratsdokument 17246/13 (Fn. 25), S. 1.

Monate zuvor ebenfalls noch für einen Zugang auch zu Fußnote 23 eingesetzt hatte, da „die Freigabe der Fußnote (...) den Schutz der Rechtsberatung nicht beeinträchtigen [würde]“,³³ trug bei unverändertem Sachverhalt nunmehr plötzlich die Mehrheitsentscheidung mit und votierte für die Zugangsverweigerung. Gleiches galt für Slowenien.

3. Zugangsantrag vom 09.03.2015

Einen neuen Versuch, vollständige Einsicht in Dokument 15856/11 zu erlangen, unternahm ich am 09.03.2015.

a) Erstantrag

Auch rund eineinhalb Jahre nach dem letzten Antrag wurde der Zugang zu Fußnote 23 noch immer verweigert. Die Entscheidung³⁴ vom 23.04.2015 war weitestgehend identisch mit der vorangegangenen vom 13.11.2013.

b) Zweitantrag

Ich reichte hiergegen am 14.05.2015 einen Zweitantrag ein. Zwischenzeitlich hatte der EuGH in einem neueren Urteil³⁵ klargestellt, dass der in der „Turco“-Entscheidung bestimmte Prüfungsmaßstab für die Zugangsverweigerung zu einem Dokument auch dann gilt, wenn dieses keinen Bezug zu einem Gesetzgebungsverfahren hat.³⁶

Damit wurde das Kernargument des Rates, die angebliche Unanwendbarkeit der „Turco“-Rechtsprechung, hinfällig.

Mit Entscheidung³⁷ vom 19.06.2015 wurde der Zugang zu Fußnote 23 einstimmig gewährt und Dokument 15856/11³⁸ damit vollständig öffentlich gemacht. Dies jedoch nicht, ohne darauf hinzuweisen, es handle sich um eine reine Einzelfallentscheidung.³⁹

“Taking into account the current state of play in the matter concerned, it has come to the conclusion that on balance the public's interest in disclosure outweighs the existing concerns in relation to the protection of legal advice, and that therefore full public access to document 15856/11 should now be granted.

The Council notes, however, that the present positive decision is based on the facts of the concrete confirmatory application concerned, and under no circumstances it can constitute a precedent for the future, since each application shall be assessed and judged on its own merit, pursuant to the established practice of the Council.”

Da demnach allein die „etablierte Praxis des Rates“ für die Prüfung von Zugangsanträgen relevant zu sein scheint,

³³ Ratsdokument 14523/13 (Fn. 6), S. 1 und o. Ziffer II.1.c), S. 2.

³⁴ Ratsdokument 9039/15, S. 3, abrufbar unter bit.ly/3eFZSDg.

³⁵ EuGH, Rat/Sophie in 't Veld, C-350/12 P, abrufbar unter bit.ly/3hIEGV1.

³⁶ EuGH a.a.O., Rz. 96, 104 ff.

³⁷ Ratsdokument 9041/15, abrufbar unter bit.ly/33CnsdZ.

³⁸ Abrufbar unter bit.ly/3bDZqnt; eine Fassung mit Markierung der ursprünglich geschwärzten Passagen ist abrufbar unter www.stjerna.de/zugang-dokumente.

³⁹ Ratsdokument 9041/15, S. 3, Rz. 5 f., abrufbar unter bit.ly/3eE4jys.

die der EuGH-Rechtsprechung – wie beschrieben – nur unzureichend Rechnung trägt, muss man befürchten, dass es der Rat auch zukünftig mit den Vorgaben der Verordnung 1049/2001 und dem Zugangsgrundrecht der EU-Bürger nicht so genau nehmen wird.

4. Der Inhalt der Fußnote 23

Was steht nun Brisantes in Fußnote 23, das der Rat als so „sensibel und weitreichend in seiner Anwendung“ bezeichnet hat, dass er den Zugang über einen Zeitraum von mehr als drei Jahren verweigert hat?

Grundlage der Fußnote 23 ist folgende Aussage in Rz. 30 des Dokuments 15856/11:

„Nach Ansicht des Juristischen Dienstes des Rates könnte diese Alternative [für die Schaffung eines einheitlichen Patentgerichts] im Abschluss einer internationalen Übereinkunft ausschließlich zwischen EU-Mitgliedstaaten bestehen, mit der ein ihnen gemeinsames Gericht geschaffen wird“²³.

Fußnote 23 lautet:

„Es könnte angeführt werden, dass angesichts der Rechtssache ERTA (Rechtssache 22/70 Slg. 1971 S. 263) die Gültigkeit einer solchen Übereinkunft fragwürdig wäre, da sie eine – im Sinne der Ausübung – ausschließliche Zuständigkeit der Union, nämlich die gerichtliche Zuständigkeit in Zivilsachen, betreffen würde (siehe Verordnung (EG) Nr. 44/2001 – Brüssel – und das Lugano-Übereinkommen sowie die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 – Rom I –, die Verordnung (EG) Nr. 864/2007 – Rom II – und die Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums). Gegen dieses Argument könnte angeführt werden, dass die ausschließliche Zuständigkeit der Union nur für Übereinkünfte mit Drittländern und nicht zwischen Mitgliedstaaten allein gilt (siehe Wortlaut von Artikel 216 AEUV). Davon ausgehend könnte behauptet werden, dass Übereinkünfte zwischen Mitgliedstaaten die Bestimmungen des Unionsrechts betreffen können, insofern sie mit diesen vereinbar sind. Siehe hierzu auch Nummern 2 und 3 dieses Gutachtens.“

Man liest dies und staunt, denn unbekannt oder besonders kontrovers scheint dieser Aspekt – die Implikationen der sog. ERTA bzw. AETR-Rechtsprechung des EuGH – nicht zu sein. Darauf hatte bereits die deutsche Delegation in ihrem abweichenden Votum zur Zweitentscheidung vom 08.11.2013 hingewiesen.⁴⁰ Er ist im übrigen bereits vor Dokument 15856/11, das vom 21.10.2011 datiert, beispielsweise in dem vollständig öffentlich zugänglichen Ratsdokument 12704/11 vom 11.07.2011 mit dem Titel „Creating a unified patent litigation system - Note from the Luxembourg delegation“ angesprochen worden. Darin heißt es:⁴¹

⁴⁰ Oben Fn. 33.

⁴¹ Ratsdokument 12704/11, S. 3 f., abrufbar unter bit.ly/3uGLv7t.

“In the Commission’s non-paper (Annex II to 10630/11 PI 54) and under the new draft international agreement (11533/11 PI 68), it is proposed that an international patent court be set up by an agreement concluded between the Member States themselves. The European Union would not be party to it.

However, this international agreement would require the EU acquis to be adjusted (in particular, the ‘Brussels I’ Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters) and is likely to affect it.

In keeping with the ‘AETR’ case law and Article 3(2) of the TFEU, the EU has exclusive competence to conclude an international agreement insofar as its conclusion may affect common rules or alter their scope.

Would exclusive competence to conclude this agreement not lie with the EU?”

Auch in der akademischen Literatur war die AETR-Rechtsprechung und ihre Bedeutung für das „Einheitspatent-Paket“ zuvor wiederholt Thema.⁴²

Dessen ungeachtet stellte sich nachträglich heraus, dass die Fußnote 23 in dem im Oktober 2013 erschienenen Buch „The Unified Court on Patents: The New Oxymoron of European Law“ von *Franklin Dehousse*, seinerzeit Richter am Europäischen Gericht, ohnehin bereits komplett zitiert worden⁴³ und somit öffentlich war. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte vollständiger Zugang zu Dokument 15856/11 gewährt werden müssen.

III. Zugang zu weiteren unter Verschluss gehaltenen Ratsdokumenten zum „Einheitspatent-Paket“

Wenngleich Dokument 15856/11 wegen der Brisanz der Aussagen in den ursprünglichen Ablehnungsbescheiden im Zentrum der Zugangsbemühungen stand, wurden andere Ratsdokumente in viel weitergehendem Umfang zensiert.

1. Ratsdokument 17580/11

Ein gutes Beispiel ist Dokument 17580/11⁴⁴ vom 01.12.2011, ein Vermerk zum Entwurf des Übereinkommens über die Schaffung des Einheitlichen Patentgerichts und der diesbezüglich vom Wettbewerbsfähigkeitsrat noch zu besprechenden Aspekte. Von seinen zehn Seiten waren ursprünglich achteinhalb geschwärzt.

Auf Zugangsantrag vom 08.10.2015 wurde das Dokument⁴⁵ offengelegt.

Es enthält im ersten Teil eine Auflistung von hinsichtlich der Schaffung des Einheitlichen Patentgerichts noch zu klärender Fragen, z. B. bezüglich des Sitzes der Zentral-

kammer, der Verfahrenssprache oder der für ein Inkrafttreten des Übereinkommens erforderlichen Anzahl an Ratifikationen. Teil 2 betrifft die Höhe der Jahresgebühren und ihre Verteilung unter den Mitgliedstaaten. Als Anlage ist der „Entwurf einer Erklärung der vertragschließenden Mitgliedstaaten zu den Vorbereitungen für die Aufnahme der Tätigkeit des Einheitlichen Patentgerichts“ beigefügt.

Was an dem zunächst zensierten Inhalt dieses Dokuments geheimhaltungsbedürftig sein soll, ist nicht erkennbar.

2. Ratsdokument 18239/11

Weitgehend unter Verschluss gehalten wurde zunächst auch Dokument 18239/11⁴⁶ vom 06.12.2011, ein Kompromissvorschlag der polnischen Ratspräsidentschaft mit dem Titel „Draft Agreement on the creation of a Unified Patent Court – Presidency compromise text“. Bis auf Überschriften waren alle fünf Seiten des Dokuments geschwärzt.

a) Zugangsantrag vom 12.12.2011

Im Dezember 2011 hatte ein namentlich nicht bekannter Antragsteller den Zugang zu dem Dokument beantragt.⁴⁷ Mit Bescheid⁴⁸ vom 01.02.2012 wurde der Antrag unter Verweis auf den „Schutz des Entscheidungsprozesses des Rates“ (Art. 4 (3) VO) zurückgewiesen. Diesem Schutz unterfalle das gesamte Dokument, weshalb auch ein teilweiser Zugang nach Art. 4 (6) VO ausscheide.

Der Antragsteller hatte hiergegen noch am gleichen Tag einen Zweitantrag⁴⁹ gestellt.

Der Rat wies diesen mit Bescheid⁵⁰ vom 29.02.2012 zurück und berief sich hierfür zusätzlich auf den „Schutz der internationalen Beziehungen“ (Art. 4 (1) a dritter Spiegelstrich VO).⁵¹

Hierbei hat der Rat einige Aussagen getätigt, die erahnen lassen, warum man dort auf Entscheidungsbegründungen sonst lieber zu verzichten scheint. So wurde auch hier zunächst – ohne die „Turco“-Rechtsprechung zu erwähnen, aber vermutlich im Hinblick auf diese – betont, das Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht werde allein zwischen den Mitgliedstaaten geschlossen:⁵²

“It has to be recalled that the negotiations for an Agreement on a Unified Patent Court are taking place between 25 Member States (‘contracting Member States’) outside the legal and institutional framework established by the EU Treaties, where the envisaged judicial organisation will be created by means of an ordinary international treaty. If some of the preparatory work has been done in the Council’s premises, making use of the Council’s decision-making structures,

⁴² Vgl. für Deutschland *Gaster*, EuZW 2011, 394 (398); *Jaeger*, IIC 2012, 286 (289); *ders.*, EuZW 2013, 15 (20).

⁴³ a.a.O., S. 13, Fn. 28.

⁴⁴ Die geschwärzte Fassung ist abrufbar unter www.stjerna.de/zugang-dokumente.

⁴⁵ Abrufbar unter bit.ly/33H4vqk; eine Fassung mit Markierung der ursprünglich geschwärzten Passagen ist abrufbar unter www.stjerna.de/zugang-dokumente.

⁴⁶ Die geschwärzte Fassung ist abrufbar unter www.stjerna.de/zugang-dokumente.

⁴⁷ Ratsdokument 6048/12, S. 2, abrufbar unter bit.ly/3bmxvU.

⁴⁸ Ratsdokument 6048/12 (Fn. 47), S. 3.

⁴⁹ Ratsdokument 6048/12, S. 5.

⁵⁰ Ratsdokument 6051/12, abrufbar unter bit.ly/3eHwGfu.

⁵¹ Ratsdokument 6051/12 (Fn. 50), S. 6, Rz. 12.

⁵² Ratsdokument 6051/12 (Fn. 50), S. 5, Rz. 10.

this solution was chosen for reasons of convenience, in view of the close link between the envisaged Agreement and the draft Regulations implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection, currently pending before the EU legislator.”

Schon im folgenden Absatz wurde jedoch eingeräumt, dass der Rat sich hierbei keineswegs passiv verhält.⁵³

“The requested document contains a Presidency compromise text which was drawn up by the Presidency for the representatives of the contracting Member States in the Competitiveness Council of 5 December 2011. This document contains compromise proposals on the outstanding issues in the draft Agreement, with a view to securing a political agreement on the patent package,” i.e. the draft Agreement and the two draft Regulations referred to above.”

Auch die Gründe, weshalb die Öffentlichkeit zum „Schutz der internationalen Beziehungen“ vom Zugang auszuschließen sei, überzeugten nicht:⁵⁴

“Given the fact that negotiations on this complex and sensitive file are in a critical stage where there is - for the first time since the beginning of discussions on a single Community patent and on an integrated jurisdictional system for patents - a reasonable chance of an agreement, disclosure to the public of the requested document risks negatively affecting the climate of confidence in the ongoing negotiations and hamper a constructive cooperation, which is essential at this crucial stage of the process.”

Es darf bezweifelt werden, dass die Aufrechterhaltung eines „Klimas des Vertrauens“ und einer „konstruktiven Zusammenarbeit“, deren Bestand offenbar von dem Ausschluss der Öffentlichkeit abhängig ist, Aspekte sind, die den grundsätzlichen Zugangsanspruch überwiegen.

Ebenso wenig überzeugend waren auch die Ausführungen zum „Schutz des Entscheidungsprozesses des Rates“:⁵⁵

“In addition, in view of the fact that the negotiating package includes, in addition to the draft Agreement, two draft Regulations for the creation of unitary patent protection and the applicable translation arrangements, where the European Parliament is yet to adopt its position at first reading/opinion, disclosure of the requested document risks having a substantial impact on the outcome of those decision-making processes, and accordingly, would seriously prejudice the Council's decision-making process (Article 4(3), first subparagraph of Regulation 1049/2001). The Council believes that in this context, where the negotiations on the patent package involve particularly sensitive and essential interests, the public interest relating to public

participation invoked by the applicant does not establish an overriding public interest in disclosure.”

Warum und inwiefern die Verhandlungen über das „Patentpaket“ aus Sicht des Rates „*besonders sensible und grundlegende Interessen*“ betreffen und weshalb diese eine Beteiligung der Öffentlichkeit überwiegen, wurde – einmal mehr – nicht erläutert. Die Begründung hierfür wäre sicher interessant gewesen.

b) Zugangsantrag vom 08.10.2015

Auf meinen Zugangsantrag vom 08.10.2015 wurde Dokument 18239/11⁵⁶ schließlich in Gänze offengelegt.

Die darin thematisierten Aspekte sind weitgehend dieselben wie in Dokument 17580/11. Es handelt sich zumeist um wenig konkrete Vorschläge, die auch aus damaliger Sicht nicht sonderlich brisant scheinen. Eine Ausnahme mag der Umstand sein, dass darin Paris als (alleiniger) Sitz der Zentralkammer vorgeschlagen wurde,⁵⁷ wofür sich auch München und London beworben hatten. Dem hätte durch eine Teilschwärzung jedoch ohne weiteres begegnet werden können. Nach alledem ist ein schutzwürdiges Interesse an einer derart weitgehenden Zugangsbeschränkung auch hier nicht erkennbar.

IV. Bewertung

Die beschriebenen Fälle offenbaren eine überaus großzügige Auslegung der Zugangsverweigerungsgründe durch den Rat und zeigen den geringen Stellenwert, den dieser der Verordnung 1049/2001 und dem grundrechtlich geschützten Anspruch der Bürger auf Dokumentenzugang dort offenbar beimisst. Der EuGH wiederholt seit Jahren fast schon gebetsmühlenartig, dass der Öffentlichkeit ein größtmöglicher Zugang zu Dokumenten der sog. „Organe“ der EU, also der Kommission, des Parlaments und des Rates (Art. 1 lit a) VO), zu gewähren sei und alle Ausnahmen zu diesem Grundsatz eng auszulegen seien.⁵⁸ Der Rat hat diese Vorgaben jedenfalls im vorliegenden Kontext wiederholt in das genaue Gegenteil verkehrt.

Wenn für derart vagen Aussagegehalt wie den der Fußnote 23 des Dokuments 15856/11, der ohnehin eine öffentlich diskutierte Frage betrifft, oder die zumeist eher generischen Ausführungen in den Dokumenten 17580/11 und 18239/11 nachhaltig Vertraulichkeit beansprucht wird und man diese damit als so sensibel ansieht, dass ihr Schutz den grundsätzlichen Zugangsanspruch der Bürger überwiegt, mag man sich den Umgang des Rates mit einem wirklich kontroversen Dokument lieber nicht vorstellen.

Triebfeder dieses Handelns mag das Bewusstsein sein, dass sich durch eine solch rechtlich zweifelhafte Verweigerungshaltung die Bedeutung eines Dokuments in vielen Fällen schon durch bloßen Zeitablauf relativieren wird.

⁵⁶ Abrufbar unter bit.ly/3vWSgCn; eine Fassung mit Markierung der ursprünglich geschwärzten Passagen ist abrufbar unter www.stjerna.de/zugang-dokumente.

⁵⁷ Ratsdokument 18239/11 (Fn. 56), S. 5.

⁵⁸ Z. B. EuGH, C-350/12 P (Fn. 35), Rz. 46 bzw. 48; C-280/11 P (Fn. 11), Rz. 28 (m.w.N.) bzw. 30 (m.w.N.).

⁵³ Ratsdokument 6051/12 (Fn. 50), S. 5, Rz. 11.

⁵⁴ Ratsdokument 6051/12 (Fn. 50), S. 6, Rz. 12.

⁵⁵ Ratsdokument 6051/12 (Fn. 50), S. 6, Rz. 14.

Der Zugang Begehrende darf erst nach Ablehnung eines Zweitanspruches Klage beim Europäischen Gericht erheben. Das Verfahren von der Einreichung eines Erstantrags bis zur Entscheidung über den Zweitanspruch dauerte vorliegend im Schnitt rund drei Monate, eine nachfolgende erste gerichtliche Instanz würde derzeit üblicherweise rund ein Jahr in Anspruch nehmen. Schließt sich daran ein Berufungsverfahren beim EuGH an, was in Zugangsstreitigkeiten häufiger der Fall zu sein scheint, dürften aktuell bis zu zwei weitere Jahre hinzukommen. Angesichts dieser zeitlichen Dimensionen wird das in Rede stehende Dokument seine Relevanz im Zeitpunkt eines letztinstanzlichen stattgebenden Urteils vielfach bereits weitgehend eingebüßt haben, z. B. weil ein damit in Verbindung stehendes Gesetzgebungsverfahren zwischenzeitlich abgeschlossen wurde. Eine offenkundig rechtlich fragwürdige Handhabung der Verordnung 1049/2001, wie sie vorstehend beschrieben wurde, hat also durchaus politischen Wert, zumal den Verantwortlichen keine Sanktionen drohen.

Es sei insofern noch einmal an die für das Gesetzgebungsverfahren zum „Einheitspatent-Paket“ inzwischen fast schon sprichwörtliche Aussage des früheren Vorsitzenden des Rechtsausschusses des EU-Parlaments und Berichterstatters zur einheitlichen Patentgerichtsbarkeit, *Klaus-Heiner Lehne*, erinnert, der 2013 die damalige Kritik an der unzureichenden Transparenz des Gesetzgebungsverfahrens als „Stuss“ abgetan und erklärt hatte:⁵⁹

„Es gibt kein transparenteres Gesetzgebungsverfahren als das auf der europäischen Ebene.“

Deutlicher könnte der Gegensatz zwischen politischer Propaganda und Realität kaum offenbart werden.

* * *

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

⁵⁹ JUVE Rechtsmarkt, Ausgabe 1/2013, S. 89, abrufbar unter bit.ly/2RLbufl.