

# Die europäische Patentreform – Fragen und Antworten zum deutschen Verfassungsbeschwerdeverfahren

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

Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

**Der Beitrag versucht, Antworten auf einige der zur Verfassungsbeschwerde gegen die Ratifikation des Übereinkommens über ein Einheitliches Patentgericht in Deutschland aufgeworfenen Fragen zu geben.**

## **I. Das Bundesverfassungsgericht und das Verfassungsbeschwerdeverfahren**

Einleitend ein paar Worte zum BVerfG und dem Verfassungsbeschwerdeverfahren.

### **1. Besetzung des Gerichts**

Es wird häufig angenommen, dass die Richter am BVerfG ausnahmslos besonders erfahrene, langjährig im Richterdienst tätige Richter sind. Dies ist nicht zwingend der Fall. Nur drei der jeweils acht Richterstellen der beiden Senate sind für Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes vorgesehen (§ 2 Abs. 3 S. 1 BVerfGG). Jenseits dieser Vorgabe setzt eine Tätigkeit als Richter am höchsten deutschen Gericht nicht voraus, dass man zuvor überhaupt jemals eine rechtsprechende Tätigkeit ausgeübt hat. Da eine stattgebende Entscheidung die Stimmen von mindestens fünf der acht Richter erfordert und Stimmgleichheit zur Abweisung führt (§ 15 Abs. 4 S. 2, 3 BVerfGG), kann das Gericht jede Entscheidung auch gegen die Stimmen der drei aus einer richterlichen Laufbahn stammenden Senatsmitglieder treffen, wenn sich die übrigen einig sind.

Viele der aktuellen Bundesverfassungsrichter sind bzw. waren hauptamtlich Universitätsprofessoren und haben nur geringe richterliche Erfahrung. In dem zur Entscheidung der Verfassungsbeschwerde über das Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht („EPGÜ“) zuständigen Zweiten Senat haben drei Mitglieder einen hauptamtlich richterlichen Hintergrund. Die übrigen, inklusive des Berichterstatters, Herrn Prof. *Peter Huber*, haben das Amt aus Laufbahnen als Universitätsprofessoren angetreten. Richterliche Erfahrung sammelte Herr Prof. *Huber* zwischen 1996 und 2002 als Richter im Nebenamt am Thüringer Obergerverwaltungsgericht sowie zwischen 2007 und 2009 als Mitglied des Staatsgerichtshofs der Freien Hansestadt Bremen.<sup>1</sup>

Vermutlich auch zur Überbrückung einer gewissen Distanz einiger Verfassungsrichter zur richterlichen Praxis stehen jedem von ihnen vier volle Stellen zur Beschäftigung sog. „Wissenschaftlicher Mitarbeiter“ zur Verfügung.<sup>2</sup> Die

Auswahl dieser aus allen juristischen Bereichen akquirierten, weisungsabhängigen Mitarbeiter obliegt dem jeweiligen Richter (§ 13 Abs. 2 S. 1 GO-BVerfG). Die Wissenschaftlichen Mitarbeiter werden an das BVerfG abgeordnet oder dort befristet angestellt, zumeist handelt es sich um dienstjunge Richter.<sup>3</sup> Sie unterstützen die Verfassungsrichter bei deren dienstlicher Tätigkeit (§ 13 Abs. 1 S. 1 GO-BVerfG), was im Wesentlichen durch den Entwurf von Voten erfolgt, auf deren Grundlage nachfolgend die Kammern und Senate des BVerfG ihre Entscheidungen treffen.<sup>4</sup> Trotz dieses Einflusses auf die Arbeit des BVerfG stellt dieses über die Wissenschaftlichen Mitarbeiter und ihren jeweiligen Hintergrund keinerlei Informationen zur Verfügung.<sup>5</sup> Nähere Angaben zu dem im Verfahren zum EPGÜ mitwirkenden Wissenschaftlichen Mitarbeiter lehnte das Gericht ab. Dessen Person und Hintergrund z. B. seine Verbindung zur Stiftung Maximilianeum<sup>6</sup>, die er mit dem Berichterstatter teilt,<sup>7</sup> lassen sich gleichwohl aus öffentlich zugänglichen Quellen ermitteln. Aus welchen Erwägungen das höchste deutsche Gericht eine derartige Geheimniskrämerei bevorzugt, ist nicht bekannt.

### **2. Das Wahlverfahren der Richter am BVerfG**

Erwähnenswert ist auch das Wahlverfahren der Richter am BVerfG. Diese werden je zur Hälfte von Bundestag und Bundesrat gewählt (§ 5 Abs. 1 BVerfGG). Die vom Bundestag zu wählenden Richter werden auf Vorschlag von dessen Wahlausschuss, bestehend aus 12 seiner – aktuell 709 – gesetzlichen Mitglieder, mit Zwei-Drittel-Mehrheit gewählt (§ 6 Abs. 1 S. 2 BVerfGG). In der Vergangenheit wurden die entsprechenden Entscheidungen mitunter nicht einmal mehr durch den Wahlausschuss getroffen, sondern durch eine sog. „Findungskommission“, in der die beiden größten Fraktionen des Bundestages, CDU/CSU und SPD, die Besetzung der Senate unter sich ausmachten und sich gegenseitig das Besetzungsrecht für jeweils vier Stellen der beiden Senate einräumten, verbunden mit der Option, ein Besetzungsrecht an einen kleineren Koalitionspartner abzutreten.<sup>8</sup> An CDU/CSU bzw. SPD vorbei konnte und

<sup>3</sup> *Lenz/Hansel* (Fn. 2), Rn. 33 f.

<sup>4</sup> *Lenz/Hansel* (Fn. 2), Rn. 36.

<sup>5</sup> Kritisch hierzu insbesondere *Zuck*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 5. Aufl. (2017), Rn. 913 f., vgl. auch die dort in Fn. 22 genannte Literatur.

<sup>6</sup> [www.stiftung-maximilianeum.com](http://www.stiftung-maximilianeum.com).

<sup>7</sup> Vgl. Lebenslauf (Fn. 1).

<sup>8</sup> Artikel „Umstrittenes Wahlverfahren – Lammert kritisiert Verfassungsrichter“, *spiegel.de* am 14.07.2012, abrufbar unter

<sup>1</sup> Vgl. den Lebenslauf, abrufbar unter [bit.ly/2pQS0oc](http://bit.ly/2pQS0oc).

<sup>2</sup> *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 1. Aufl. (2013), § 90, Rn. 32.

kann angesichts der erforderlichen Mehrheit kein Kandidat ernannt werden. Inzwischen haben Die Grünen eine starke Stellung im Bundesrat erlangt und können die von diesem zu ernennenden BVerfG-Richter blockieren. Sie erhielten daraufhin das Ernennungsrecht für jeden fünften vom Bundesrat zu ernennenden BVerfG-Richter.<sup>9</sup> Diese parteipolitisch motivierte Auswahl- und Ernennungspraxis ist schon angesichts der damit verbundenen politischen Ausrichtung des BVerfG bemerkenswert und lässt daran zweifeln, dass die Richter des BVerfG „unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen sind“, wie Art. 97 Abs. 1 GG dies für Richter vorgibt. Das BVerfG hatte mit diesem Verfahren kein Problem und hielt es für verfassungskonform.<sup>10</sup>

Diese enge Verzahnung der Richter des höchsten deutschen Gerichts mit der Parteipolitik ist umso relevanter in einem Verfahren wie dem zum EPGÜ, dessen Ratifikation alle Fraktionen des (damaligen) Bundestages – wengleich in der Abstimmung nur durch 35 Abgeordnete vertreten –<sup>11</sup> einstimmig zugestimmt haben. Wie unabhängig wird die Prüfung der nach politischem Proporz bestimmten Richter in diesem, politisch über Parteigrenzen hinweg hochgradig gewollten Gesetzgebungsvorhaben ausfallen, das in positiver Kenntnis aller verfassungsrechtlichen Probleme verabschiedet wurde? Skepsis scheint berechtigt. Es käme vor dem vorstehend beschriebenen Hintergrund nicht überraschend, wenn das BVerfG seinen Beitrag zur politischen Agenda leisten und die Ratifikation des EPGÜ – pünktlich im Zeitrahmen der „Brexit“-Gespräche zwischen EU und britischer Regierung – durchwinken würde. Das Gericht agierte schon in der jüngeren Vergangenheit in politisch bedeutenden Verfahren<sup>12</sup> überaus regierungsfreundlich und verschaffte verfassungsrechtlich mitunter zweifelhaften politischen Aktivitäten mit rechtlich nicht immer überzeugender Begründung den Anstrich juristischer Legitimität. Auch im Fall des EPGÜ wissen die Mitglieder des zur Entscheidung berufenen Zweiten Senats zweifelsohne, was die politischen Gruppen, denen sie ihr Amt verdanken, von ihnen erwarten.

### 3. Verfahren

Den Ablauf des Verfahrens kann das BVerfG nahezu nach freiem Ermessen bestimmen. Es ist dabei bemüht, sich jederzeit alle Optionen offen zu halten und jegliche Festle-

[bit.ly/2OHKfMT](http://bit.ly/2OHKfMT).

<sup>9</sup> Artikel „Neue Abrede für BVerfG-Richterwahlen“, Ito.de am 01.06.2018, abrufbar unter [bitly.com/2pLXUXV](http://bitly.com/2pLXUXV).

<sup>10</sup> BVerfG, 2 BvC 2/10, Beschluss vom 19.06.2012, abrufbar unter [bit.ly/2A3KVXi](http://bit.ly/2A3KVXi).

<sup>11</sup> Vgl. *Stjerna*, „Einheitspatent“ und Gerichtsbarkeit - Das parlamentarische Verfahren zur Ratifikation des EPGÜ in Deutschland, abrufbar unter [www.stjerna.de/ratifikationsverfahren-epgu](http://www.stjerna.de/ratifikationsverfahren-epgu).

<sup>12</sup> Z. B. denen zum sog. „Europäischen Stabilitätsmechanismus“ (2 BvR 1390/12 u. a., Urteil vom 18.03.2014, abrufbar unter [bit.ly/2OKyB45](http://bit.ly/2OKyB45)), zum sog. „OMT“-Programm der Europäischen Zentralbank (2 BvR 2728/13 u. a., Urteil vom 21.06.2016, abrufbar unter [bit.ly/2OKWiMj](http://bit.ly/2OKWiMj)) oder zuletzt zur Erhebung des Rundfunkbeitrags (1 BvR 1675/16, Urteil vom 18.07.2018, abrufbar unter [bit.ly/2uJmL0J](http://bit.ly/2uJmL0J)).

gung zu vermeiden. Auf eine Darstellung der möglichen Verfahrensgänge wird hier daher verzichtet.

Zentrale inhaltliche Bedeutung haben die aus §§ 23 Abs. 1 S. 2, 92 BVerfGG abgeleiteten sog. Begründungsanforderungen, wonach der gerügte Grundrechtsverstoß in der Verfassungsbeschwerde „hinreichend deutlich“ zu bezeichnen ist. Die diesbezüglichen Anforderungen variieren stark und mitunter von Fall zu Fall.<sup>13</sup> In einem aktuellen Beschluss bekräftigte das BVerfG z. B. frühere Entscheidungen, wonach der behauptete Grundrechtsverstoß bei bereits vorliegender Rechtsprechung des BVerfG „in Auseinandersetzung mit den darin entwickelten Maßstäben“ zu begründen sei.<sup>14</sup> Wie detailliert eine solche „Auseinandersetzung“ zu sein hat, in der der Beschwerdeführer das Gericht über dessen eigene Rechtsprechung in Kenntnis zu setzen hat, bleibt offen. Diese Konturlosigkeit des Begründungserfordernisses macht es zu einem wunden Punkt einer jeden Verfassungsbeschwerde. Solange nicht zu allen Fragen jede eventuell einschlägige Entscheidung des BVerfG umfassend erörtert wurde, lässt sich die Beschwerdebegründung jenseits von Umfang und Detailgrad der Ausführungen stets als unzureichend zurückweisen. Dies scheint durchaus gewollt, denn diese vagen Begründungsanforderungen gestatten es dem Gericht, sich inhaltlich zu den aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen zu äußern, die Verfassungsbeschwerde hingegen gleichwohl als „nicht hinreichend schlüssig begründet“ zu verwerfen. Nicht von ungefähr halten auch die im Verfahren zum EPGÜ veröffentlichten Stellungnahme Dritter die Verfassungsbeschwerde durchweg für nicht hinreichend schlüssig begründet, was angesichts der erwähnten Konturlosigkeit das billigste „Argument“ ist. Es lässt sich auch dann anbringen, wenn man zur Klärung der verfassungsrechtlichen Fragen nicht viel beizutragen hat. Ob das BVerfG dies überzeugt, bleibt abzuwarten.

### 4. Kommunikation

Das BVerfG stellt sich gern als „Bürgergericht“ dar, was man aus dem Umstand ableitet, dass der Bürger das Gericht direkt anrufen kann. In einem Anfang 2018 unter dem Titel „Das Recht fühlt sich kalt an“ erschienenen Interview erklärte der BVerfG-Präsident, Prof. *Andreas Voßkuhle*.<sup>15</sup>

*„Das Bundesverfassungsgericht wird vom Vertrauen und der Akzeptanz der Bürgerinnen und Bürger getragen und erhält erst hierdurch seine Bedeutung.“*

Die Verfassungsbeschwerde zum EPGÜ müsste eigentlich ein Paradebeispiel des „Bürgergerichts“ sein. Es ruft hier ein Bürger in eigenem Namen und auf eigene Kosten das höchste deutsche Gericht an, um die Einhaltung des Grundgesetzes und des Unionsrechts zu reklamieren. Die bisherigen Erfahrungen sind eher ernüchternd.

<sup>13</sup> Vgl. *Zuck* (Fn. 5), Rn. 679 ff. (m.w.N.).

<sup>14</sup> BVerfG, 2 BvR 1961/09, Beschluss vom 24.07.2018, Rn. 23, abrufbar unter [bit.ly/2NRzdYI](http://bit.ly/2NRzdYI).

<sup>15</sup> „Andreas Voßkuhle im Interview – ‚Das Recht fühlt sich kalt an‘“, rp-online.de am 06.01.2018, abrufbar unter [bit.ly/2NJWoik](http://bit.ly/2NJWoik).

Dies gilt zunächst für den Umstand, dass das Gericht auch gegenüber dem Beschwerdeführer – der derzeit einzigen Partei des Verfahrens – keinerlei Auskünfte über das Verfahren und dessen voraussichtlichen zeitlichen Ablauf erteilt. Dies betrifft selbst so lapidare Fragen wie z. B. die Anzahl der eingegangenen Stellungnahmen Dritter. So lehnte die zuständige Geschäftsstelle im Januar 2018 eine Auskunft hierüber am Telefon brüsk ab, obwohl als Minus gegenüber dem Recht auf Akteneinsicht (§ 20 BVerfGG) jeder Verfahrensbeteiligte Anspruch auf Auskunft über den Inhalt der Gerichtsakte hat.<sup>16</sup> Auch hatte der Beschwerdeführer kurz nach Einreichung der Beschwerde beim BVerfG die Veröffentlichung einer Pressemitteilung angeregt, wofür man dort keine Veranlassung sah. Offenbar änderte man diese Haltung später angesichts der Menge an Anfragen zu dem Verfahren. Generell kann man sich des Eindrucks einer gewissen Ungleichbehandlung nicht erwehren. Anfragen außenstehender Dritter werden oft binnen Tagen beantwortet, während gegenüber dem Beschwerdeführer selbst einfachste Vorgänge wie die Gewährung von Akteneinsicht oder die Übersendung der Stellungnahmen zum Verfahren Monate benötigen.

Die Pressestelle des Gerichts, die verschiedenen, am Verfahrensausgang interessierten Personen u. a. aus der Rechts- und Patentanwaltschaft wiederholt bereitwillig Auskünfte erteilt und zuletzt offenbar sogar Angaben zum beabsichtigten Entscheidungszeitpunkt gemacht hatte,<sup>17</sup> hat die Beantwortung einer allgemeinen organisatorischen Anfrage des Autors dieses Beitrags für einen Artikel zuletzt mit der Begründung abgelehnt, man sei – so Pressesprecher Max Schoenthal – „nur für Medienanfragen zuständig“. Was man unter „Medien“ versteht, unterliegt dabei offensichtlich dem freien Belieben der Mitarbeiter der Pressestelle. Dass dem Beschwerdeführer bislang keine Aussage des Gerichts über einen avisierten Entscheidungszeitpunkt vorliegt, sei nur am Rande erwähnt. Die Information nicht verfahrensbeteiligter Dritter scheint man dort als vorrangig anzusehen.

Das Gericht unterschätzt offenbar die Bedeutung, welche der Kommunikation nicht zuletzt für die Akzeptanz seiner Entscheidung zukommt. Die im vorliegenden Verfahren zu beobachtende Kommunikationspraxis, die durchaus keinen Ausnahmecharakter zu haben scheint, kann man daher nur bedauern. Dem Anspruch eines „Bürgergerichts“ wird dies kaum gerecht.

## 5. Ein EPG-Befürworter als designierter neuer Präsident des BVerfG

Am 30.11.2018 wurde der damalige CDU-Bundestagsabgeordnete Prof. Dr. *Stephan Harbarth* zum Richter am BVerfG ernannt, wo er seither dem Ersten Senat vorsitzt.<sup>18</sup> Zuvor hatte der Bundestag seiner Ernennung

am 22.11.2018 mehrheitlich zugestimmt.<sup>19</sup> Er wurde zudem am 23.11.2018 durch den Bundesrat einstimmig zum Vize-Präsidenten des BVerfG gewählt,<sup>20</sup> womit er designiert ist, dem aktuellen Präsidenten nach dessen Amtszeitende im Jahr 2020 als Präsident des BVerfG nachzufolgen.

Die Personalie ist auch im Hinblick auf das EPGÜ-Verfassungsbeschwerdeverfahren interessant.

Herr *Harbarth*, Mitglied des Bundestages seit 2009, war zuletzt stellvertretender Vorsitzender der CDU/CSU-Bundestagsfraktion und zudem als Rechtsanwalt tätig. In letztgenannter Funktion war er geschäftsführender Partner der Anwaltskanzlei SZA Schilling Zutt & Anschutz und gehörte zu den Bundestagsabgeordneten mit dem höchsten Nebeneinkommen. Angesichts seiner Wahl zum Richter am BVerfG und daraus resultierender gesetzlicher Inkompatibilitäten (vgl. § 3 Abs. 4 S. 1 BVerfGG) hat er sein Bundestagsmandat zum 30.11.2018 niedergelegt und seine Rechtsanwaltszulassung zu diesem Zeitpunkt ruhend gestellt; aus der besagten Kanzlei ist er deren Angaben zufolge ausgeschieden.

Herr *Harbarth* hat sich in der Vergangenheit für die europäische Patentreform stark gemacht. In einer in der ersten Lesung über die Ratifikation des EPGÜ im Bundestag am 23.06.2016 zu Protokoll gegebenen Rede erklärte er:<sup>21</sup>

*„Die vorliegende europäische Patentreform ist ein großer Durchbruch; durch sie wird das Patentsystem in Europa nachhaltig zum Positiven verändert. Der Zugang zu einem einheitlichen Patentschutz innerhalb der EU wird nicht nur den Schutz von Erfindungen stärken, sondern auch deutlich verbesserte Rahmenbedingungen für eine innovative Industrie und einen integrierten europäischen Binnenmarkt schaffen.*

(...)

*Die vorliegende Reform (...) führt in begrüßenswerter Weise zu einem einheitlichen europäischen Patentrechtsschutz, der langfristig den Flickenteppich nationalstaatlicher Regelungen ersetzen soll.“*

In der 107. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz am 06.07.2016 verlangte er als damaliger Obmann seiner Fraktion<sup>22</sup>, dass die dort für diesen Tag vorgesehene Beratung und Abstimmung über die Durchführung einer öffentlichen Anhörung über die Gesetzentwürfe zur Ratifikation der europäischen Patentreform von der Tagesordnung gestrichen werde, was auch geschah.<sup>23</sup> Die Durchführung einer solchen öffentlichen Anhörung wurde nachfolgend nicht mehr thematisiert.

<sup>19</sup> BT-Plenarprotokoll 19/65, S. 7447, 7454, abrufbar unter [bit.ly/2XOJN39](http://bit.ly/2XOJN39).

<sup>20</sup> BR-Plenarprotokoll 972, S. 411, abrufbar unter [bit.ly/2PyFape](http://bit.ly/2PyFape).

<sup>21</sup> BT-Plenarprotokoll 18/179, S. 17755 ff., abrufbar unter [bit.ly/2QvM2nP](http://bit.ly/2QvM2nP).

<sup>22</sup> Vgl. die Mitgliederliste vom 07.04.2016, abrufbar unter [www.stjerna.de/files/RA-BT\\_Mitglieder.pdf](http://www.stjerna.de/files/RA-BT_Mitglieder.pdf).

<sup>23</sup> Vgl. Auszüge der Tagesordnung und des Sitzungsprotokolls, abrufbar unter [www.stjerna.de/files/RA-BT\\_107\\_AP.pdf](http://www.stjerna.de/files/RA-BT_107_AP.pdf).

<sup>16</sup> *Lenz/Hansel* (Fn. 2), § 20, Rn. 8.

<sup>17</sup> „Recruitment for UPC judges raises new speculation“, *juvepatent.com* am 05.06.2019, abrufbar unter [bit.ly/2XPlmpR](http://bit.ly/2XPlmpR).

<sup>18</sup> Vgl. die Pressemitteilung des BVerfG vom 30.11.2018, abrufbar unter [bit.ly/2vjYpv8](http://bit.ly/2vjYpv8).

In anderer Angelegenheit wurde Herr *Harbarth* wegen eines angeblichen Interessenskonflikts kritisiert.<sup>24</sup>

Die BRAK und der DAV, welche die europäische Patentreform nachhaltig befürworten und die Verfassungsbeschwerde für unzulässig bzw. unbegründet halten, bejubelten Herrn *Harbarth's* Ernennung, mit der „*nun endlich wieder ein Anwaltskollege am Bundesverfassungsgericht einzieht*“.<sup>25</sup> Er ist seit dem 2005 aus dem Amt geschiedenen Richter Prof. *Hans-Joachim Jentsch* der erste aus der Rechtsanwaltschaft stammende Richter am BVerfG.

Wird der Einsatz des Herrn *Harbarth* für die europäische Patentreform am BVerfG seine Fortsetzung finden?

Bezeichnenderweise lehnt das BVerfG bislang jede Auskunft darüber ab, ob die Richter des BVerfG senatsübergreifend Zugriff auf die Akten eines jeden dort anhängigen Verfahrens haben.

## **II. Ist die Aussetzung des Ratifikationsverfahrens durch den Bundespräsidenten ungewöhnlich?**

Die Verfassungsbeschwerde und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wurden umgehend nach der Beschlussfassung über die Ratifikation des EPGÜ im Bundesrat am 31.03.2017 beim BVerfG eingereicht. Das Gericht hat daraufhin den Bundespräsidenten gebeten, nicht in die Ausfertigung der entsprechenden Gesetze einzutreten. Dies wurde durch einige Kommentatoren als ungewöhnlicher Vorgang bezeichnet.

Es handelt sich um die gängige deutsche Staatspraxis in Verfassungsbeschwerdeverfahren, die sich gegen die Ratifikation eines internationalen Übereinkommens wenden. Die Besonderheit besteht hier darin, dass die Ratifikation mit der Ausfertigung der Ratifikationsurkunde durch den Bundespräsidenten und deren Hinterlegung beim Depositar rechtswirksam wird, so dass eine verfassungsgerichtliche Überprüfung in einem Hauptsacheverfahren bei ungehindertem Fortschreiten des Ratifikationsverfahrens zu spät käme. Um eine Entscheidung des BVerfG nicht gegenstandslos werden zu lassen, müssen daher die Ausfertigung und der Eintritt der durch diese bewirkten vollendeten Tatsachen verhindert werden. Dies geschieht durch einen Antrag an das Gericht, dem Bundespräsidenten die Ausfertigung durch einstweilige Anordnung zu untersagen, solange über die Verfassungsbeschwerde nicht in der Hauptsache entschieden wurde.

Der Erlass einer solchen einstweiligen Anordnung ist vor allem von vier Voraussetzungen abhängig:

- (1) Das Hauptsacheverfahren muss zulässig sein,
- (2) die einstweilige Anordnung darf die Hauptsache nicht vorwegnehmen,

<sup>24</sup> „SZA-Anwalt Harbarth im Interessenskonflikt?“, lto.de am 27.11.2015, abrufbar unter [bit.ly/2L3qQYK](http://bit.ly/2L3qQYK); „Doppelrolle in der VW-Affäre“, stuttgarter-zeitung.de am 21.02.2016, abrufbar unter [bit.ly/2LSUsVv](http://bit.ly/2LSUsVv).

<sup>25</sup> DAV-Pressemitteilung vom 22.11.2018, abrufbar unter [bit.ly/2ITzarz](http://bit.ly/2ITzarz).

(3) die Hauptsache darf nicht offensichtlich unbegründet sein, und

(4) eine Folgenabwägung muss das Überwiegen der Interessen des Antragstellers ergeben. In dieser Abwägung sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die einstweilige Anordnung nicht erlassen würde, die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache aber Erfolg hätte, mit denen zu vergleichen, die sich bei Erlass der Anordnung und nachfolgender Erfolglosigkeit der Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache einstellen würden. Sind diese Voraussetzungen gegeben, kann die beantragte einstweilige Anordnung erlassen werden.

Richtet sich das Hauptsacheverfahren – wie vorliegend – gegen ein Zustimmungsgesetz zu einem internationalen Übereinkommen, ist nach einer jüngeren Entscheidung<sup>26</sup> des BVerfG zusätzlich erforderlich, dass die für die Verfassungsbeschwerde vorgetragenen Gründe mit hoher Wahrscheinlichkeit durchgreifen.

Die Konstellation ist insofern eine besondere, als hier ein Organ einer Staatsgewalt – das BVerfG als Teil der Judikative – dem einer anderen Staatsgewalt – dem Bundespräsidenten als Teil der Exekutive – die Vornahme einer Amtshandlung untersagen, also in dessen Zuständigkeiten eingreifen müsste. Angesichts des Spannungsverhältnisses mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung wird versucht, solche Eingriffe zu vermeiden, was regelmäßig durch die besagte einvernehmliche Aussetzung des Ratifikationsverfahrens geschieht.

Aus den gleichen Gründen liegt nahe, dass eine solche Aussetzung nur in Betracht kommt, wenn die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung vorliegen. Denn wenn der entsprechende Antrag bereits unzulässig oder offensichtlich unbegründet wäre, besteht von vornherein keinerlei Anlass zu einer gerichtlichen Einflussnahme auf die Amtsgeschäfte des Bundespräsidenten.

## **III. Waren die verfassungsrechtlichen Defizite des EPGÜ unbekannt?**

Nach häufiger Darstellung hat die Verfassungsbeschwerde sowohl die gesetzgebenden Körperschaften als auch die Fachkreise völlig überrascht. Davon kann keine Rede sein.

Dies gilt zunächst für die gesetzgebenden Körperschaften. Der Autor dieses Beitrags hat alle im 18. Deutschen Bundestag („BT“) vertretenen Fraktionen – CDU/CSU, SPD, Bündnis 90/Die Grünen und Die Linke – mittels umfangreicher Schreiben im April, Juni und Oktober 2016 auf verfassungsrechtliche Probleme hingewiesen. Eine Reaktion hierauf erfolgte nicht.

Der Rechtsausschuss des Bundesrates wurde im Juni und Juli 2016 sowie im Januar und März 2017 auf diese Risiken aufmerksam gemacht. Infolge des Hinweises auf den Verstoß gegen Art. 76 Abs. 2 S. 5 GG im Juli 2016 wurde das Gesetzgebungsverfahren zum Vertragsgesetz neu be-

<sup>26</sup> BVerfG, 2 BvR 1368/16 u. a., Urteil vom 12.10.2016, Rn. 36 – CETA (einstw. Rechtsschutz), abrufbar unter [bit.ly/2Nz6keB](http://bit.ly/2Nz6keB).

gonnen.<sup>27</sup> Dies bewirkte indes keine erhöhte Sensibilität für die in Rede stehenden verfassungsrechtlichen Probleme, sondern förderte im Gegenteil offenbar die Ignoranz gegenüber späteren Hinweisen.

Auch der federführend für die Gesetzentwürfe zuständige BT-Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz wurde frühzeitig und umfassend schriftlich auf verfassungsrechtliche Probleme hingewiesen, so z. B. im April und Juni 2016 sowie erneut im Februar 2017. Ohne Erfolg. Entsprechende Schreiben an die die Gesetzentwürfe mitberatenden BT-Ausschüsse für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung sowie für Angelegenheiten der EU im März 2017 blieben ebenfalls ohne Reaktion.

Die verfassungsrechtlichen Risiken waren allen am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten bekannt. Wie an anderer Stelle<sup>28</sup> beschrieben, war man jedoch offenbar wild entschlossen, die Gesetzentwürfe ungeachtet dieser Risiken gleichwohl schnellstmöglich zu verabschieden.

Auch für die Fachkreise sind zumindest einige der verfassungsrechtlichen Fragen keineswegs neu. Es sei daran erinnert, dass der Autor dieses Beitrags seit Jahren immer wieder auf Defizite der Reformpläne aufmerksam gemacht hat, auch auf solche verfassungsrechtlicher Natur.<sup>29</sup> Ebenso sei daran erinnert, dass die wesentlichen „offiziellen“ Informationsträger der deutschen Fachkreise, nämlich die vom gleichnamigen Verband herausgegebene Fachzeitschrift „GRUR“ ebenso wie die „Mitteilungen der deutschen Patentanwälte“ der Patentanwaltskammer Artikel mit Kritik an der europäischen Patentreform seit Frühjahr 2012 nicht mehr zur Veröffentlichung angenommen haben.<sup>30</sup> Die mitunter beklagte, angeblich „fehlende Diskussion“ steht also in deutlichem Widerspruch zu der zunächst gescheuten und nachfolgend aktiv unterdrückten Auseinandersetzung mit den Defiziten des EPGÜ.

#### **IV. Gibt es eine isolierte Beschlussfassung über die Annahme der Beschwerde zur Entscheidung?**

Zum Teil wird angenommen, das BVerfG werde über die Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung formal Beschluss fassen, so dass die Annahme bis dahin offen sei. Zwar bedarf eine Verfassungsbeschwerde der Annahme zur Entscheidung (§ 93a Abs. 1 BVerfGG). Eine formale Entscheidung hierüber ergeht jedoch regelmäßig nur bei einer Ablehnung der Annahme, dies erfolgt dann üblicherweise binnen einiger Wochen nach Beschwerdeingang. Einen isolierten Beschluss über die Annahme gibt

es nicht,<sup>31</sup> das Fehlen des genannten Ablehnungsbeschlusses lässt üblicherweise auf die Annahme schließen.

#### **V. Die Stellungnahmen „sachkundiger Dritter“**

Es wurde verschiedentlich berichtet, das BVerfG habe „um Stellungnahmen zum Verfahren gebeten“.<sup>32</sup> Auch einige der Verbände, denen nach § 27a BVerfGG eine Stellungnahme zum Verfahren gestattet worden war, hatten erklärt, das BVerfG habe sie „um Stellungnahme ersucht“.

In einem Verfassungsbeschwerdeverfahren gibt es notwendige Beteiligte (§§ 23 Abs. 2, 94 Abs. 4, 77 BVerfGG), denen stets eine Äußerungsmöglichkeit einzuräumen ist, sowie sachkundige Dritte, denen das Gericht eine Stellungnahmemöglichkeit einräumen kann (§ 27a BVerfGG). Im vorliegenden Verfahren haben alle sachkundigen Dritten außer BRAK und DAV das Gericht um eine Stellungnahmegelegenheit gebeten. Der von einigen dieser Dritten erweckte Eindruck, das höchste deutsche Gericht sei mit dem Wunsch um Stellungnahme an sie herangetreten, ist ebenso falsch wie die mitunter verbreitete<sup>33</sup> Theorie, der Senat habe gleichsam Jedermann „zur Stellungnahme eingeladen“. Vielmehr bleiben unaufgefordert eingehende Stellungnahmen unberücksichtigt.<sup>34</sup>

Dass die führenden deutschen EPG-Protagonisten in mehr oder weniger allen Organisationen, die um eine Stellungnahmemöglichkeit gebeten und diese erhalten haben, an prominenter Stelle vertreten und deren Stellungnahmen demnach keineswegs unvoreingenommen sind, wurde dem Gericht natürlich verschwiegen. Wie man glauben kann, dass dies unadressiert bleiben und die Glaubwürdigkeit der Stellungnahmen nicht tangieren wird, erschließt sich nicht.

Die sachkundigen Dritte haben ihre Stellungnahmen größtenteils veröffentlicht. Dass die Äußerungen inhaltlich sehr ähnlich anmuten und durchweg das gleiche gewünschte Ergebnis propagieren, verwundert vor dem genannten Hintergrund nicht. Von Grund auf verkannt wurden dabei allerdings Sinn und Zweck der Äußerungsmöglichkeit nach § 27a BVerfGG. Eine entsprechende Stellungnahmemöglichkeit räumt das Gericht ein, weil es sich hiervon vor allem (weitere) Sachverhaltsaufklärung und ggf. Hintergrundinformationen erhofft. Wer diese Äußerungsmöglichkeit als Gelegenheit versteht, Öffentlichkeitsarbeit für die eigenen Interessen zu leisten, läuft Gefahr, seinen Kredit schnell zu verspielen.

Indes sagt die Annahme, durch koordinierte Stellungnahmen unter dem Deckmantel von Organisationen das Gericht zu ihren Gunsten beeinflussen zu können, alles über die Geisteshaltung der dahinter stehenden Personen aus.

<sup>27</sup> *Stjerna*, (Fn. 11), Ziffer IV.2., S. 3.

<sup>28</sup> *Stjerna* (Fn. 11).

<sup>29</sup> Z. B. *Stjerna*, „Einheitspatent“ und Gerichtsbarkeit - Dringend gesucht: Die Rechtsgrundlage der „Opt-out“-Gebühr, abrufbar unter [www.stjerna.de/rechtsgrundlage-opt-out-gebuehr/](http://www.stjerna.de/rechtsgrundlage-opt-out-gebuehr/) oder *ders.*, „The European Unified Patent Court: what can still go wrong?“, FOSS Patent Blog am 24.01.2017, abrufbar unter [bit.ly/2kcd98j](http://bit.ly/2kcd98j).

<sup>30</sup> Vgl. *Stjerna*, „Einheitspatent“ und Gerichtsbarkeit - Das merkwürdige Schweigen der deutschen Fachverbände, abrufbar [www.stjerna.de/schweigen-fachverbaende](http://www.stjerna.de/schweigen-fachverbaende).

<sup>31</sup> *Lenz/Hansel* (Fn. 2), § 93b, Rn. 14, 16.

<sup>32</sup> Z. B. „Constitutional Court asks for comments on German complaint against Unified Patent Court Agreement“, Kluwer Patent Blog am 06.09.2017, abrufbar unter [bit.ly/2ptMKGU](http://bit.ly/2ptMKGU); „Top German court seeks comments in patent court challenge“, The Law Society Gazette am 23.10.2017, abrufbar unter [bit.ly/2xjOifC](http://bit.ly/2xjOifC).

<sup>33</sup> *Tilmann*, GRUR 2017, 1177 (r. Sp.).

<sup>34</sup> *Lenz/Hansel* (Fn. 2), § 27a, Rn. 8.

Das Verfahren wird auch außerhalb der Anwaltschaft im In- und Ausland durch zahlreiche Beobachter mit großem Interesse verfolgt, die Entscheidung des Gerichts wird im Detail untersucht und kommentiert werden. Es bleibt zu hoffen, dass sich das höchste deutsche Gericht in seiner Entscheidung nicht durch eine kleine Gruppe beeinflussen lässt, deren Interesse am EPGÜ vorrangig in dem eigenen Profit begründet liegt.

## **VI. Ist die Verfassungsbeschwerde unzulässig?**

Seit Anfang 2018 wurde angesichts der veröffentlichten Stellungnahmen der sachkundigen Dritten verschiedentlich verbreitet, die Verfassungsbeschwerde könne bereits unzulässig sein. Es erstaunt nicht, dass diese Ansicht insbesondere von EPG-Befürwortern aus der Anwaltschaft propagiert wird, die sich naturgemäß ein rasches Ende des Verfahrens wünschen.

Eine Unzulässigkeit wäre zumindest überraschend. Wie oben in Ziffer II. erläutert, dürfte schon die vom Gericht an den Bundespräsidenten herangetragene Bitte, das Ratifikationsverfahren auszusetzen, die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde erfordern. Anderenfalls dürfte es naheliegen, auf eine solche Intervention zu verzichten und die Beschwerde direkt abzuweisen. Denn wenn man den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen eine andere Staatsgewalt schon bei Vorliegen der dafür erforderlichen rechtlichen Voraussetzungen vermeiden will, muss dies erst recht der Fall sein, wenn diese Voraussetzungen – z. B. infolge einer Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde – fehlen. Alles andere wäre vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Gewaltenteilung bedenklich.

Des weiteren wird eine unzulässige oder offensichtlich unbegründete Verfassungsbeschwerde im Regelfall schon nicht an die Äußerungsberechtigten zugestellt.<sup>35</sup> Nach der BVerfG-Jahresstatistik wurden im Jahr 2017 von insgesamt 5.784 Verfassungsbeschwerden überhaupt nur 150, also rund 2,6 Prozent, zugestellt.<sup>36</sup> Im Jahr 2018 wurden von insgesamt 5.678 Verfassungsbeschwerden nur 129 zugestellt, entsprechend 2,27 Prozent.<sup>37</sup> Es wäre daher überraschend, wenn sich das Gericht diese, überhaupt nur in einer verschwindend geringen Anzahl der Fälle in Betracht kommende Mühe machen würde, um die Beschwerde nachfolgend als unzulässig abzuweisen. Vergleicht man weiter die Zahl der zugestellten Verfassungsbeschwerden mit der Anzahl der stattgebenden Entscheidungen,<sup>38</sup> stehen im Jahr 2017 150 Zustellungen 100 erfolgreichen Verfassungsbeschwerden gegenüber. Im Jahr 2018 erfolgten 129 Zustellungen bei 98 erfolgreichen Verfassungsbeschwerden. Wenngleich die Zustellung freilich nicht in jedem Fall auch im gleichen Jahr wie die Entscheidung erfolgte, ist ein Trend unbestreitbar (2016: 145 Zustellungen,

117 stattgebende Entscheidungen; 2015: 210 Zustellungen, 111 stattgebende Entscheidungen; 2014: 160 Zustellungen, 121 stattgebende Entscheidungen). Dem Umstand der Zustellung kann man daher, so man denn will, nicht nur für die Zulässigkeit der Beschwerde eine gewisse Aussagekraft beimessen.

Für die Zulässigkeit der Beschwerde spricht auch deren Listung in der Jahresvorschau des Gerichts.<sup>39</sup> Wenngleich diese Listung bekanntermaßen keineswegs verbindlich ist – die Verfahren zum EPA werden dort seit 2016 geführt –, muss man sich fragen, ob das Gericht wirklich eine unzulässige Beschwerde in seine Entscheidungsvorschau aufnehmen würde.

Der Autor dieses Beitrags hatte im November 2018 in anderem Zusammenhang Kontakt mit dem Bundespräsidialamt, wobei auch die EPGÜ-Verfassungsbeschwerde zur Sprache kam. Dabei wurde deutlich, dass das BVerfG bei Verweigerung der von ihm erbetenen Aussetzung des Ratifikationsverfahrens seitens des Bundespräsidenten eine entsprechende einstweilige Anordnung erlassen hätte. Nach den oben in Ziffer II. beschriebenen Maßstäben würde dies nicht nur die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde erfordern, sondern – angesichts der für eine einstweilige Anordnung hinsichtlich der Ratifikation eines internationalen Übereinkommens geltenden gesteigerten Anforderungen – zudem das Durchgreifen der geltend gemachten Beschwerdegründe mit hoher Wahrscheinlichkeit.

Für eine Unzulässigkeit der Beschwerde spricht demnach dogmatisch nicht viel, auch insoweit darf man auf die Position des Gerichts gespannt sein.

## **VII. Bedeutet eine Abweisung der Verfassungsbeschwerde die Verfassungsmäßigkeit des EPGÜ?**

Sollte die Verfassungsbeschwerde durch Entscheidung in der Sache abgewiesen werden, würde dies nur bedeuten, dass ein Verstoß gegen das geltend gemachte grundrechtsgleiche Recht aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG unter den geltend gemachten Aspekten nicht vorliegt. Ob eine Verletzung dieses Rechts unter anderen Gesichtspunkten oder eine Verletzung anderer Grundrechte vorliegt, wird damit nicht beantwortet und bleibt rügefähig.

### **1. Grundgesetz**

In Betracht kommt vor allem eine Verletzung des Grundrechts auf Eigentum aus Art. 14 GG. Über dieses ließe sich ggf. eine inhaltliche Prüfung der durch die Patentreform bewirkten Änderungen des materiellen Rechts z. B. hinsichtlich der Voraussetzungen einer mittelbaren Patentverletzung oder aber der Einschränkungen des Patentschutzes, verfassungsgerichtlich auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz zur Prüfung stellen. Um jedoch eine Grundrechtsverletzung rügen zu können, ist die unmittelbare Betroffenheit einer entsprechend geschützten Rechtsposi-

<sup>35</sup> Zuck (Fn. 5), Rn. 974.

<sup>36</sup> BVerfG-Jahresstatistik 2017, abrufbar unter [bit.ly/2PsDeA4](http://bit.ly/2PsDeA4), S. 14 f.

<sup>37</sup> BVerfG-Jahresstatistik 2018, abrufbar unter [bit.ly/2VuHuod](http://bit.ly/2VuHuod), S. 14 f.

<sup>38</sup> BVerfG-Jahresstatistik 2018 (Fn. 37), S. 15/21.

<sup>39</sup> Vgl. die BVerfG-Jahresvorschau 2019, abrufbar unter [bit.ly/2BU3hup](http://bit.ly/2BU3hup); sowie die BVerfG-Jahresvorschau 2018, abrufbar unter [bit.ly/2KhgJxQ](http://bit.ly/2KhgJxQ).

tion des Beschwerdeführers erforderlich, im Fall des Art. 14 GG also einer geschützten Eigentumsposition. Da Patente und Patentanmeldungen solche Eigentumspositionen sind,<sup>40</sup> dürfte Inhabern aller Patente und Patentanmeldungen, die dem Geltungsbereich des EPGÜ unterfallen würden, die Einreichung einer diesbezüglichen Verfassungsbeschwerde offen stehen.<sup>41</sup> Dies gilt grds. auch für juristische Personen des Inlands und des EU-Auslands.<sup>42</sup>

## 2. Unionsrecht

Eine andere Frage ist die nach der Vereinbarkeit des EPGÜ mit dem Unionsrecht. Insbesondere die jüngsten Entscheidungen des EuGH i. S. C-64/16<sup>43</sup> und C-284/16<sup>44</sup> sowie dessen Gutachten 1/17<sup>45</sup> sprechen hierzu eine überaus deutliche Sprache. Holt das BVerfG wider Erwarten keine Vorabentscheidung des EuGH ein, bleibt die Vereinbarkeit des EPGÜ mit dem Unionsrecht fraglich und das entsprechende Damokles-Schwert über der Reform erhalten. Sollte das EPGÜ in Kraft treten und das EPG seine Arbeit aufnehmen, steht zu erwarten, dass Beklagte in einem dortigen Verfahren zeitnah die Einholung einer diesbezüglichen Vorabentscheidung des EuGH zur Vereinbarkeit des EPGÜ mit dem Unionsrecht verlangen werden. Solange der EuGH hierüber nicht entschieden hat, bleibt das System rechtlich in der Schwebe.

Umso erstaunlicher ist es, mit welcher Intensität bestimmte Kreise gegen eine EuGH-Vorlage durch das BVerfG agitieren. Natürlich müssen sie schon angesichts der Vorgaben des Gutachtens 1/09, die der EuGH seither wiederholt bekräftigt hat, besonders nachdrücklich zuletzt in dem erwähnten Gutachten 1/17, und der diesbezüglichen Defizite des EPGÜ befürchten, dass der EuGH auch das EPGÜ für unionsrechtswidrig erklärt. Sie spekulieren aber offenbar darauf, dass dessen Skrupel angesichts der langen Historie der europäischen Patentreform bei einem in Kraft getretenen Übereinkommen und einem bereits tätigen EPG so groß sein werden, dass er sich diesem nicht mehr nachhaltig in den Weg stellen wird. Diese Haltung ist nicht zuletzt deshalb fragwürdig, weil jede gerichtliche Überprüfung der Rechtssicherheit dient und damit das Vertrauen der Nutzer in das neue System fördert, was im Interesse aller Beteiligten liegen sollte. Allerdings ist es kein Geheimnis, dass die Überlegungen vielfach auf weniger uneigennütigen Motiven beruhen.

<sup>40</sup> BVerfG E 36, 281 (290 f.).

<sup>41</sup> Hierzu bereits *Stjerna*, „Einheitspatent“ und Gerichtsbarkeit – Mit dem Grundgesetz vereinbar?, Ziffer V., S. 5; abrufbar unter [www.stjerna.de/vereinbarkeit-grundgesetz](http://www.stjerna.de/vereinbarkeit-grundgesetz).

<sup>42</sup> BVerfG, 1 BvR 1916/09, Beschluss vom 19.07.2011, abrufbar unter [bit.ly/2z7pIIW](http://bit.ly/2z7pIIW), und *Stjerna* (Fn. 41), S. 6.

<sup>43</sup> Rs. C-64/16, Urteil vom 27.02.2018 (Associação Sindical dos Juízes Portugueses / Tribunal de Contas), abrufbar unter [bit.ly/32g4Ogg](http://bit.ly/32g4Ogg).

<sup>44</sup> Rs. C-284/16, Urteil vom 06.03.2018 (Slowakische Republik / Achmea BV), abrufbar unter [bit.ly/2XvILgF](http://bit.ly/2XvILgF).

<sup>45</sup> Gutachten 1/17 vom 30.04.2019 zum sog. „ISDS-Mechanismus“ des CETA, abrufbar unter [bit.ly/2LGwvmo](http://bit.ly/2LGwvmo).

## 3. Änderung des EPGÜ durch den EPG-Verwaltungsausschuss

Weitere verfassungsrechtliche Fragen dürften sich bei einem Inkrafttreten des EPGÜ in naher Zukunft hinsichtlich der Befugnisse des Verwaltungsausschusses aus Art. 87 Abs. 2 EPGÜ ergeben. Bekanntlich erlaubt dieser dem Verwaltungsausschuss die Änderung des EPGÜ, „um dieses mit einem internationalen Vertrag auf dem Gebiet des Patentwesens oder mit dem Unionsrecht in Einklang zu bringen.“ So wird mitunter beispielsweise vertreten, nach einem Austritt Großbritanniens aus der EU könne das EPGÜ durch Beschluss nach Art. 87 Abs. 2 EPGÜ angepasst werden, um dessen Mitgliedschaft auch als Nicht-EU-Mitglied zu ermöglichen.<sup>46</sup> Auch den im EPGÜ komplett fehlenden Rechtsschutz der EPG-Richter meint man durch Beschluss nach Art. 87 Abs. 2 EPGÜ ergänzen zu können. Die entsprechende Befugnis des Verwaltungsausschusses scheint also als Allheilmittel verstanden zu werden, um selbst klaffende Lücken im Übereinkommen schließen zu können, ohne erneut die nationalen Parlamente beteiligen und anschließend eine ggf. zeitaufwändige Ratifikation durchführen zu müssen. Jede durch den Verwaltungsausschuss nach Art. 87 Abs. 2 EPGÜ durchgeführte Maßnahme wird verfassungsrechtlich darauf zu überprüfen sein, ob und inwiefern hier unveräußerliche Rechte tangiert und ggf. ausgehöhlt werden. Verfassungsrechtliche Fragen werden das EPGÜ also auch bei einer Abweisung der Verfassungsbeschwerde weiter begleiten.

## VIII. Zur „fehlenden Transparenz“

Es wurde kritisiert, dass die Verfassungsbeschwerdeschrift nicht veröffentlicht wurde. Ausländischen Kommentatoren, die aus ihrem eigenen Land mitunter deutlich abweichende Regelungen gewohnt sind, insbesondere in Großbritannien, mag man dies nachsehen. Bei deutschen Kollegen mutet es merkwürdig an.

Nach § 169 Abs. S. 1 GVG sind (nur) die mündliche Verhandlung und die Urteilsverkündung eines Verfahrens öffentlich zugänglich. Nicht öffentlich zugänglich ist die Gerichtsakte, denn die Parteien und das Gericht sollen den Rechtsstreit ungeachtet der Einflussnahme Dritter führen können. In Verfassungsbeschwerdeverfahren gilt nichts anderes. Es kommt vor, dass Verfahrensbevollmächtigte hier meinen, aus Marketinggründen ihre Schriftsätze veröffentlichen zu müssen, nicht selten noch während des laufenden Verfahrens. Aus hiesiger Sicht empfiehlt sich Zurückhaltung. Hält das Gericht eine Information der Öffentlichkeit für geboten, kann es diese veranlassen. Vorliegend ist dies durch die BVerfG-Pressestelle geschehen.<sup>47</sup>

Es erstaunt nicht, dass Klagen über eine angeblich „fehlende Transparenz“ oft aus Kreisen kommen, die kritische

<sup>46</sup> Vgl. hierzu *Stjerna*, „Einheitspatent“ und Gerichtsbarkeit - Die Quadratur des Kreises nach dem „Brexit“-Votum, Ziffer IV.3., S. 7, r. Sp., abrufbar unter [www.stjerna.de/brexit](http://www.stjerna.de/brexit).

<sup>47</sup> Z. B. „UPC – Finally some News from the German Federal Constitutional Court“, Kluwer Patent Blog am 16.08.2017, abrufbar unter [bit.ly/2fOgsVF](http://bit.ly/2fOgsVF).

Veröffentlichungen zur Patentreform selbst zu behindern bzw. zu unterdrücken versuchten und die die von anderen verlangte „offene Kommunikation“ selbst keineswegs praktizieren. Erinnert sei z. B. an die umfangreichen Instruktionen zum sog. „Gordon/Pascoe-Gutachten“, deren Offenlegung seinerzeit wie folgt verweigert wurde:<sup>48</sup>

*“It was decided when the Opinion was obtained that we would share the Instructions only with those for whom the Opinion was obtained (including the UK Government), (...). The organisations responsible for obtaining the Opinion have confirmed that they see no reason to alter this policy.”*

Wer im Glashaus sitzt, sollte nicht mit Steinen werfen.

## IX. Ausblick

Jüngere Entscheidungen<sup>49</sup> des BVerfG betonen nachdrücklich die Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit und der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes auch durch zwischenstaatliche Einrichtungen. Von EPGÜ-Befürwortern wurde gerade die Entscheidung i. S. 2 BvR 1961/09 als Signal zugunsten des EPGÜ verstanden, denn das BVerfG habe hier ja die Übertragung von Hoheitsrechten auf eine zwischenstaatliche Einrichtung gebilligt. Neben dem Umstand, dass die Zulässigkeit der Hoheitsrechtsübertragung in diesem Fall gar nicht angegriffen war, ist nicht umstritten, dass das Grundgesetz die Übertragung von Hoheitsrechten auf derartige Einrichtungen erlaubt (vgl. nur Art. 24 Abs. 1 GG). Entscheidend ist jedoch die Beachtung der hierfür vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung bestimmten Anforderungen und Grenzen. Im Fall des EPGÜ vertritt die Verfassungsbeschwerde, dass gegen diese Anforderungen und Grenzen unter unterschiedlichen Gesichtspunkten verstoßen wurde.

Neben der Frage des Inhalts der Entscheidung besteht ein ebenso großes Interesse an deren Zeitpunkt. Hierzu waren gleich mehrere interessante Ereignisse zu beobachten.

Einmal mehr im Zentrum: Prof. *Tilmann*, entschiedener EPGÜ-Verfechter, dem Vernehmen nach seit den 1960er Jahren Mitglied der CDU und mit den maßgeblichen politischen Protagonisten offensichtlich gut bekannt. Schon in der Vergangenheit produzierte der offenbar nur eingeschränkt kontrollierbare Eifer des Prof. *Tilmann* mitunter interessante Informationen, deren Offenbarung auf politischer Ebene nicht immer mit Freude aufgenommen worden sein dürfte. Erinnert sei an seine Einflussnahme auf das EuGH-Verfahren C-146/13<sup>50</sup> oder seine angeblichen Aussagen<sup>51</sup> zum Ursprung der als „Zypriotischer Kom-

promiss“ bekannt gewordenen Konstruktion zur Lösung des Streits um die früheren Art. 6 bis 8 der Verordnung zum einheitlichen Patentschutz.

Jener Prof. *Tilmann* ist Mitherausgeber eines seit 2016 angekündigten, 1500-seitigen Großkommentars zum EPGÜ, der im C.H. Beck-Verlag erscheinen soll. Erfolgte die Ankündigung in der Vergangenheit stets mit offenem Erscheinungsdatum, wurde dieses Ende September 2018 plötzlich auf die 43. Kalenderwoche 2018 konkretisiert, die am 22.10.2018 begann.<sup>52</sup> Würde der C.H. Beck-Verlag den Kommentar in den Druck geben und die damit verbundene erhebliche Investition tätigen, wenn er befürchten müsste, das Buch nachfolgend infolge einer Entscheidung des BVerfG gegen die Ratifikation des EPGÜ nicht verkaufen zu können? Kurz darauf war die Ankündigung wieder verschwunden. Das Buch ist nach wie vor nicht erschienen, es wird derzeit für Mai 2020 angekündigt.<sup>53</sup>

Auf einer Veranstaltung im Münchner Max-Planck-Institut am 13.11.2018 hatte Prof. *Tilmann* offenbar erklärt, die mit dem Verfahren befasste Kammer des BVerfG, der drei Richter angehören, werde im Dezember 2018 darüber beraten, ob über dieses im Kammerverfahren entschieden oder es dem acht Richter umfassenden Senat zugeleitet wird.<sup>54</sup> Die Quelle dieser Information blieb er schuldig. Über den Ausgang dieser angeblichen Beratung ist zumindest dem Beschwerdeführer nichts bekannt.

Auch andere brüsten sich derweil öffentlich damit, angeblich „über dem BVerfG nahestehende Informationsquellen“ („sources close to the court“<sup>55</sup>) zu verfügen.

Nach Veröffentlichung der ersten Fassung dieses Artikels hatte sich zum Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG am 30.10.2018 auch *Kevin Mooney* geäußert. In der zweiten Anhörung vor dem EU Justice Sub-Committee des britischen House of Lords zum Thema „Intellectual property and the Unified Patent Court“<sup>56</sup> teilte er auf die Frage des *Earl of Kinnoull* nach seiner Einschätzung der Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde Folgendes mit:

*“The rumours that I heard in Venice over the weekend are that we can expect...we hope to expect a decision in December and that it is likely to be favourable. I stress they are rumours, gossip and nothing concrete from the court.”*

Es lohnt sich, die Videoaufzeichnung<sup>57</sup> der Aussage des Herrn *Mooney* anzusehen, in welcher der Teil „...that we can expect...“, gefolgt von einem abrupten Abbruch, ki-

<sup>48</sup> *Stjerna*, „Einheitspatent“ und Gerichtsbarkeit - Das Gordon/Pascoe-Gutachten und die Unvereinbarkeit des EPGÜ mit dem Unionsrecht, Ziffer II.2., S. 2, 1. Sp., abrufbar unter [www.stjerna.de/gp-gutachten](http://www.stjerna.de/gp-gutachten).

<sup>49</sup> 2 BvR 780/16, Beschluss vom 24.07.2018, abrufbar unter [bit.ly/2NPajsk](http://bit.ly/2NPajsk) und 2 BvR 1961/09 (oben Fn. 14).

<sup>50</sup> *Stjerna*, „Einheitspatent“ und Gerichtsbarkeit - Prof. Tilmann, der römische Gott Janus und die Voraussetzungen des Art. 118(1) AEUV, vgl. [www.stjerna.de/voraussetzungen-118-1-tfeu](http://www.stjerna.de/voraussetzungen-118-1-tfeu).

<sup>51</sup> *Stjerna*, „Einheitspatent“ und Gerichtsbarkeit - „Zypriotischer

Kompromiss“ [www.stjerna.de/zyriotischer-kompromiss](http://www.stjerna.de/zyriotischer-kompromiss).

<sup>52</sup> [archive.fo/9lqci](http://archive.fo/9lqci).

<sup>53</sup> [archive.fo/1TpO4](http://archive.fo/1TpO4).

<sup>54</sup> „UPC – November Rumors“, Kluwer Patent Blog am 27.11.2018, abrufbar unter [bit.ly/2KEylBJ](http://bit.ly/2KEylBJ).

<sup>55</sup> „Top 10 patent cases of the year“, Abschnitt „The UPC complaint“, juve-patent.com am 21.12.2018, abrufbar unter [bit.ly/2UWEJcl](http://bit.ly/2UWEJcl).

<sup>56</sup> Vgl. die Website des Ausschusses unter [bit.ly/2F74bYz](http://bit.ly/2F74bYz).

<sup>57</sup> Abrufbar unter [bit.ly/2yVuKud](http://bit.ly/2yVuKud), ab 11:45:12.



chern und der letztlich in das vorläufige Protokoll<sup>58</sup> aufgenommen, geglätteten Aussage dokumentiert ist. Die sich anschließende Bemerkung des *Earl of Kinnoull* “*But you are not very worried about it?*” kommentierte Herr *Mooney* nicht. Als Quelle nannte er das jährliche Treffen der europäischen Richter des gewerblichen Rechtsschutzes, das Ende Oktober nahe Venedig stattfindet.

Selbst wenn sich diese Prognosen letztlich nicht erfüllen, ist nicht anzunehmen, dass politisch weitreichend vernetzte und in die entsprechenden Vorgänge tief involvierte Protagonisten wie Prof. *Tilmann* oder Herr *Mooney* die von Ihnen öffentlich wiedergegebenen Informationen frei erfunden haben. Ist demnach der Ausgang des Verfahrens in bestimmten Kreisen bereits ausgemacht, noch bevor das BVerfG seine Entscheidung verkündet hat? Wäre dies der Fall, wären die staatspolitischen Implikationen in ihrer Bedeutung kaum zu überschätzen. Oder sind all dies doch nur einmal mehr erstaunliche „Zufälle“, wie sie im Kontext der europäischen Patentreform wiederholt zu beobachten waren?

Entscheiden Sie selbst.

\* \* \*

---

<sup>58</sup> Unkorrigiertes Protokoll der Anhörung vom 30.10.2018, S. 19, Mitte, abrufbar unter [bit.ly/2MQwCu3](http://bit.ly/2MQwCu3). Am 31.01.2019 wurde das „korrigierte“ Protokoll der Anhörung veröffentlicht, abrufbar unter [bit.ly/2F7baRq](http://bit.ly/2F7baRq). Danach soll der erste Teil der genannten Aussage des Herrn Mooney gelautet haben: “The rumors are that we may expect a decision in December and that it is likely to be favorable.”