

Dr. Siegfried Broß

Dr. h.c. Universitas Islam Indonesia - Yogyakarta -

Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.

Richter am Bundesgerichtshof a.D.

Honorarprofessor an der Universität Freiburg im Breisgau

Ehrevorsitzender der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe

e.V. und der Deutschen Sektion der Internationalen

Juristenkommission e.V.

Mitglied des Internationalen Beratungskomitees und

Ehrevorsitzender des Think tank Africast von CAFRAD

Die Patenterteilungspraxis nach dem EPÜ –

Erosion des Rechtsstaates?

Vorbemerkung:

Die heutige Veranstaltung soll eine neue Reihe des Max-Planck-Instituts einer jeweils jährlichen Begegnung zum Gespräch der am Patentrecht interessierten Fachkreise einleiten. Zum einen haben die strukturellen Probleme der Europäischen Patentorganisation und zum anderen das Übereinkommen vom 19. Februar 2013 über ein Einheitliches Patentgericht es nahe gelegt, dass sich die betroffenen und beteiligten Fachkreise aus Gesetzgebung, Praxis und Wissenschaft über die aktuellen Probleme austauschen. Es tut der Materie nicht gut, wenn man über einander und

nicht miteinander spricht und zudem der Einfluss von interessierter Seite über den objektiven Gegenstand hinaus die Oberhand gewinnt.

A. Einführung

Die Bundesregierung hat am 13. Februar 2017 den Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 19. Februar 2013 über ein Einheitliches Patentgericht eingebracht (BTDRs. 18/11137). Nach der Eingangsbegründung (A. Problem und Ziel) soll dieses Übereinkommen den Schlussstein der seit den sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts angestrebten Reform des europäischen Patentsystems bilden. Mit dieser Reform sollen die Rahmenbedingungen für die innovative Industrie im europäischen Binnenmarkt durch einen besseren Schutz von Erfindungen nachhaltig gestärkt werden. Diese Maßnahme sei von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung, da zukünftig ein flächendeckender einheitlicher Patentschutz in Europa eröffnet werde, der kostengünstig zu erlangen sei und der effizient in einem Verfahren vor dem Einheitlichen Patentgericht mit Wirkung für alle teilnehmenden EU-Mitgliedstaaten durchgesetzt werden könne.

Allerdings ist das am 5. Oktober 1973 unterzeichnete Europäische Patentübereinkommen mit 38 Mitgliedstaaten immer noch von Bestand.

An dieses möchte sich das Übereinkommen vom 19. Februar 2013 "anschließen". Das ist – zurückhaltend ausgedrückt – aus verschiedenen Gründen überraschend. Seit einigen Jahren kommt es innerhalb der Europäischen Patentorganisation wegen der Struktur des Europäischen Patentamtes zu mehr oder weniger großen Turbulenzen. Die Spitze des Europäischen Patentamtes hat versucht, dem zentralen Problem der fehlenden Gerichtsqualität seiner Beschwerdekammern einschließlich der Großen Beschwerdekammer mit einer "Reform" zu begegnen. Hiernach werden die Beschwerdekammern einschließlich ihrer Geschäftsstellen und Unterstützungsdienste als gesonderte Einheit organisiert und vom Präsidenten der Beschwerdekammern geleitet.

Das Übereinkommen vom 19. Februar 2013 über ein Einheitliches Patentgericht und das Europäische Patentübereinkommen bilden in Bezug auf die von EU-Seite teilnehmenden 25 Mitgliedstaaten für ihren gemeinsamen Geltungsumfang eine Einheit. Aus diesem Grunde bedarf die Beurteilung der "Reform" einer Betrachtung auch im Hinblick auf diesen Gesetzentwurf vom 13. Februar 2017.

B. Einzelheiten

I. "Reform" der Struktur der Spruchkörper der Europäischen

Patentorganisation

1. Nach der vor der "Reform" gültigen Struktur des Europäischen Patentamts war der Präsident für alle Entscheidungen hinsichtlich Organisation, Funktion, Aufgabenerfüllung und Personal die letzte verantwortliche, aber auch die letztlich entscheidende Stelle in der EPO. Demgemäß wurden ihm auch wichtige Befugnisse in Bezug auf die Beschwerdekammern übertragen, die ihm nicht nur auf die personelle Besetzung maßgeblichen Einfluss, sondern auf dieser Schiene mittelbar auch in der Sache sicherten. So können ohne oder gegen ihn keine Mitglieder der Beschwerdekammern und der Großen Beschwerdekammer einschließlich der Vorsitzenden vom Verwaltungsrat ernannt werden (Art. 11 Abs. 3 S. 1 EPÜ). Das ist nicht nur ungewöhnlich, sondern widerspricht allen hergebrachten Grundsätzen, wenn die Institution, deren Entscheidungen kontrolliert werden sollen, letztlich allein den Ausschlag für die Besetzung des Kontrollorgans gibt (BVerfGE 4,331).

Auch wenn dieses substantielle Mitwirkungsrecht für die Wiederverwendung in lediglich eine "Anhörung" abgeschwächt wird, ist die fehlende persönliche Unabhängigkeit der Mitglieder der Beschwerdekammern und der Großen Beschwerdekammer offenkundig. Es handelt sich hierbei noch aus einem anderen Grund um ein ganz zentrales Defizit unter allgemeinen weltweit anerkannten rechtsstaatlichen Grundsätzen: Eine Amtszeit von lediglich fünf Jahren schafft Abhängigkeit und steht der richterlichen Unabhängigkeit diametral entgegen. Die Regel ist deshalb in rechtsstaatlich-demokratischen Staatswesen die Ernennung von Richtern auf Lebenszeit, auch wenn dem – eng befristet – am Anfang der Dienstzeit ein Abschnitt auf Probe oder kraft Auftrags vorausgehen kann.

Der Präsident des EPA übt darüber hinaus Disziplinargewalt über die Mitglieder der Beschwerdekammern und der Großen Beschwerdekammer aus. Gemäß Art. 10 Abs. 2 h) EPÜ kann er dem Verwaltungsrat Disziplinarmaßnahmen gegen deren Mitglieder vorschlagen. Bemerkenswert ist, dass diese als "Bedienstete" des EPA bezeichnet werden. Es handelt sich hierbei nicht nur um Regelungen, die der Vollständigkeit wegen im EPÜ stünden und in der Praxis nicht von Bedeutung seien, sondern dem entspricht die gelebte Wirklichkeit in nicht hinnehmbarem Umfang.

Vorweg bedarf es des Hinweises, dass sich die Mitgliedstaaten der EPO und der EU nicht nur widersprüchlich, sondern geradezu unredlich verhalten, wenn man etwa Polen, Ungarn und der Türkei für deren nicht hinnehmbaren Umgang mit der Justiz schwere Vorwürfe macht, andererseits aber durch eklatante Fehlleistungen bei der Vertragsgestaltung im eigenen Haus groben Übergriffen in Individualrechtspositionen der Angehörigen des EPA Tür und Tor öffnet und sich am Ende gar auf die "Immunität" der geschaffenen Staatenverbindung zurückzieht.

Hierzu ist auf das Rundschreiben 342 des Präsidenten des EPA vom 30. November 2012 mit den Richtlinien für Ermittlungen im EPA zu verweisen. Des Weiteren sehe ich etwa die persönliche Integrität der Bediensteten des EPA nicht gewährleistet, ebenso wenig die freie Bildung von Koalitionen, aber auch der Mitwirkung der Personalvertretung bei organisatorischen Maßnahmen innerhalb des Amtes. Als jüngstes Beispiel fällt mir hier die Entscheidung des Obersten Gerichts der Niederlande vom 20. Januar 2017 ein. In Bezug auf die Immunität der EPO – wie auch anderer europäischer Staatenverbindungen, z.B. Eurocontrol, – liegt ein Missverständnis vor. Es handelt sich hierbei nicht um einen "Freibrief" für die Amtsleitung, die ohne Beachtung von Grund- und Menschenrechten wie auch allgemein

anerkannten rechtsstaatlich – demokratischen Grundsätzen agieren dürfte.

Immunität im diplomatischen Verkehr zwischen Staaten unterscheidet sich grundlegend von der von mir von vornherein überaus kritisch gesehenen Immunität einer von Staaten zu gemeinsamer Erledigung ihnen obliegender Aufgaben mit grenzüberschreitender Wirkung begründeten Staatenverbindung. Diese erlangt nicht Souveränität im herkömmlichen Sinn, sondern kann immer nur über die Amtsgewalt verfügen, die ihr von den Mitgliedstaaten übertragen wird. Die so zuerkannte "Immunität" kann deshalb immer nur die Tätigkeit in Erledigung der übertragenen Aufgabe zum Gegenstand haben, keinesfalls aber die grundlegende Organisationsstruktur wie Personalhoheit, Haushalt und – wie bei der EPO fehlgeschlagen – die Einrichtung einer gegenüber der Verwaltungseinheit in jeder Hinsicht unabhängigen Gerichtsbarkeit in Bezug auf die übertragene Aufgabe wie auch für Personalangelegenheiten. Insoweit könnten die Mitgliedstaaten hiermit auch die Gerichtsbarkeit eines Mitgliedstaats betrauen, wenn man auf die Ausgestaltung einer institutionell unabhängigen Gerichtsbarkeit innerhalb der Staatenverbindung verzichten möchte.

So ist etwa auch die Zuweisung von Personalstreitigkeiten an die Gerichtsbarkeit der ILO nicht hinnehmbar. Sie unterbricht die rechtsstaatlich-demokratische Legitimation von den Mitgliedstaaten der EPO zu dieser Einrichtung, die außerhalb ihres Verantwortungs- und Einflussbereiches steht. Der von allen Bediensteten einer solchen Staatenverbindung zu Recht auf Grund des eingegangenen Dienstverhältnisses erwarteten Treuepflicht korrespondiert eine den genannten Regelwerken (EGMR, Grundrechte-Charta) gerecht werdende Fürsorgepflicht der Staatenverbindung. Dieser kann sie sich nicht durch Auslagerung auf außenstehende dritte Institutionen entledigen.

Nebenbei bemerkt handelt es sich hierbei nicht um verfassungsrechtliche Liebhabereien. Eine vergleichbare Frage rechtsstaatlich-demokratischer Legitimation hatte das Bundesverfassungsgericht etwa für die Beschaffung von Wasser durch genossenschaftlich organisierte Einrichtungen zu klären. Es hat hierbei einen strengen Maßstab angelegt, was das rechtsstaatliche Gefälle hier in Bezug auf die Angehörigen des EPA mit einer substantiellen Betroffenheit ihrer Person und Würde deutlich vor Augen führt. Zudem muss ich noch darauf hinweisen, dass die Immunität von Staaten, die am Völkerrechtsverkehr teilnehmen, auf deren ihnen eigenen Souveränität beruht und sie als gleichberechtigte Mitglieder der

Staatengemeinschaft diese von niemandem übertragen bekommen haben.

2. Die mit mehreren Beschlüssen des Verwaltungsrats am 30. Juni 2016 initiierte Reform (CA/D 5 - 8/16) mit Ergänzungen durch den Präsidenten des EPA soll die Unabhängigkeit der Spruchkörper innerhalb des EPA verdeutlichen.

- Im Vordergrund steht zunächst die räumliche Trennung der Spruchkörper vom Amt.
- Die Beschwerdekammern werden in einer Beschwerdekammereinheit zusammengefasst. Sie bekommt ein Aufsichtsorgan „vorgesetzt“, den Beschwerdekammerausschuss. Diesem obliegt die Beratung des Verwaltungsrats in justitiellen Angelegenheiten. Er erlässt auch die Verfahrensordnungen der Beschwerdekammern.

Dieses Gremium wird von drei Mitgliedern des Verwaltungsrats und drei externen Mitgliedern mit richterlicher Erfahrung gebildet. Diese Zusammensetzung verdient Aufmerksamkeit, weil es sich nicht um ein internes in die justizielle Hierarchie – vergleichbar einem gerichtlichen Instanzenzug - eingebettetes Organ handelt. Aufsicht über und in der Gerichtsbarkeit dürfen zur Gewährleistung der richterlichen Unabhängig

keit nur Richter derselben Justizeinheit wahrnehmen und nicht außenstehende Dritte ungeachtet ihrer Qualifikation im übrigen.

- Die Beschwerdekammereinheit wird von einem Präsidenten der Beschwerdekammern geleitet. Dieser nimmt die ihm vom Präsidenten des EPA übertragenen Aufgaben und Befugnisse wahr. Hier ist der Vorsitzende der Großen Beschwerdekammer vorgesehen.
- Innerhalb der Beschwerdekammereinheit wird ein Präsidium der Beschwerdekammern gebildet. Maßgebliche Aufgabe ist der Erlass der Verfahrensordnung für die eigene Wahl und dann der eines Verhaltenscodex für die Mitglieder der Beschwerdekammern.
- Die Reform wird durch eine Laufbahnreform für Mitglieder und Vorsitzende der Beschwerdekammern und eine kostendeckende Ordnung der Beschwerdeverfahren abgerundet.

(Zu den Einzelheiten s. Kathrin Klett, Neuorganisation der Beschwerdekammern in der Europäischen Patentorganisation, sic! 3/2017,119 ff.).

3. Zu der vorstehend unter 1. beschriebenen Organisationsstruktur habe ich schon früher Stellung genommen und die fehlende Gerichtsqualität der Beschwerdekammern einschließlich der Großen Beschwerdekammer im Einzelnen nachgewiesen (Einzelheiten hierzu ZGE 2014,1 ff.; demnächst auch im Beitrag "Wenn rechtsstaatlich-demokratische Ordnungsrahmen stören oder hinderlich sind – Überlegungen zur Entstehung von Parallelwelten..."). Maßgeblich war zusammengefasst insofern der Gesichtspunkt, dass im EPA in der Person des Präsidenten alle Entscheidungsstränge zusammengeführt werden: Er bildet die Verwaltungsspitze und wegen letzter verantwortlicher Wahrnehmung der Aufgaben des Dienstherrn, der EPO, auch die Spitze der "EPO-Gerichtsbarkeit". Durch diese Personalunion kann eine unabhängige Spruchbarkeit der innerhalb des EPA hierfür eingerichteten Gliederungen nicht entstehen. Wer über Wohl und Wehe der Bediensteten entscheidet, hat letztlich auch die "Oberaufsicht" über deren sachliche Arbeit. Sie kann über dienstliche Beurteilungen, Beförderungen oder deren Unterlassen zur Disziplinierung von Mitgliedern der Spruchkörper wegen missliebiger Entscheidungen gesteuert werden. Dieses Gefährdungspotenzial wird durch eine ungewöhnlich kurze Amtsperiode von lediglich fünf Jahren vergrößert und für eine potentielle Wiederwahl "abgesichert".

Das sind im Kern die Kriterien, an denen sich die Reform des Jahres 2016 messen lassen muss. Es wäre jetzt müßig, die Beschlüsse mit ihren zahlreichen Regeln im Einzelnen durchzugehen und daraufhin zu bewerten, ob sie rechtsstaatlich-demokratisch tragfähig sind. Wegen der insoweit nicht differenzierten Organisationsstruktur des EPA im Ausgangspunkt genügt es, die durch die Reform gebildete neue Organisationsstruktur in ihrem Grundgerüst zu vergleichen. Da dieses Grundgerüst allerdings nach den allgemein anerkannten und immer noch gültigen rechtsstaatlich-demokratischen Maßstäben nicht tragfähig ist, können hier auch die in der Reform vorgesehenen Gremien und neuen Teilinstitutionen keine Abhilfe vermitteln.

Insoweit sind zwar einige Auffälligkeiten zu erkennen, sie sind aber ohne rechtsstaatlich-demokratische Substanz und deshalb nicht geeignet, die Gerichtsqualität der Spruchkörper der Europäischen Patentorganisation innerhalb des EPA nunmehr zu begründen. Die räumliche Trennung vermag keinen rechtsstaatlich-demokratischen Beitrag zu leisten; denn sie hat keine substantielle Wirkung nach innen. Es handelt sich lediglich um eine optisch wahrnehmbare kosmetische Korrektur. Die Einflussmöglichkeiten und die Steuerungsfähigkeit des

Präsidenten des EPA gegenüber den Spruchkörpern bleiben trotz einer räumlichen Distanz höchst wirksam.

Im übrigen war und ist es nicht unüblich, dass verschiedene staatliche Institutionen, die in ihrem Aufgabenbereich für das Gemeinwohl zusammenwirken, im selben Dienstgebäude untergebracht sind und trotzdem ihre jeweilige Unabhängigkeit von der anderen Institution nicht infrage gestellt wird. Als Beispiele mögen nur dienen Bundesgerichtshof und Bundesanwaltschaft über Jahrzehnte oder bayerische Verwaltungsgerichtsbarkeit und Landesanwaltschaft. Allerdings weisen diese Beispiele schon den richtigen Weg zu der allein angängigen rechtsstaatlich-demokratischen Beurteilung, ob persönliche und sachliche Unabhängigkeit der Amtswalter besteht und guten Gewissens vor und gegenüber der Öffentlichkeit national und international nachgewiesen werden kann.

Voraussetzung ist hierfür zunächst ein getrennter Haushalt mit einer getrennten Spitze, die in keinerlei Hinsicht mit ihrem Personalkörper der jeweils anderen in irgendeiner Weise verantwortlich ist oder von deren Willensbildung auch nur im geringsten abhängig oder beeinflussbar ist. Dem steht schon die neue Regelung in Bezug auf die Beschwerdekammereinheit entgegen. Sie wird von einem Präsidenten

der Beschwerdekammern geleitet. Dieser nimmt die ihm vom Präsidenten des EPA übertragenen Aufgaben und Befugnisse wahr. Schon diese Organisationsbefugnis des Präsidenten des EPA nimmt der neuen Regelung auch in diesem Punkt die rechtsstaatlich-demokratische Legitimation. Man führe sich nur vor Augen, dass etwa der Generalstaatsanwalt Organisationsgewalt gegenüber einem Oberlandesgericht hätte oder – hier näherliegend – der Präsident des Deutschen Patentamts gegenüber dem Bundespatentgericht. Insoweit genügen schon innere Befangenheiten wegen der weiteren beruflichen Entwicklung und der Möglichkeit der disziplinarischen Einwirkung selbst wenn diese nur mittelbar ausgestaltet sein sollte.

Die beschriebene Reform bietet mir trotz der neu gebildeten Gremien und der Herausnahme des Vorsitzenden der Großen Beschwerdekammer aus der Verwaltung des EPA keinerlei Anhaltspunkt für die rechtsstaatlich-demokratisch geforderte Unabhängigkeit der Mitglieder der Spruchorgane des EPA in persönlicher und sachlicher Hinsicht.

Zur Vermeidung von Missverständnissen und größerer Unruhe im Saal weise ich nachdrücklich darauf hin, dass vieles von dem, was unter rechtsstaatlich-demokratischen Gesichtspunkten an der Struktur der

EPO zu beanstanden ist, nicht von der Amtsleitung des EPA in den Grundlagen – aber auch nur dort und nicht bei dem Ausnützen von Gestaltungsspielräumen – zu verantworten ist, sondern von den Vertragsstaaten der EPO. Dieses Versagen und die insoweit unterlaufenen Fehlleistungen finden ihre Fortsetzung in dem Übereinkommen vom 19. Februar 2013 über ein Einheitliches Patentgericht. Im Hinblick darauf ist dieses mit in die Überlegungen am heutigen Nachmittag einzubeziehen. Dazu im Abschnitt III. Zunächst einige Bemerkungen zu allgemein anerkannten verfassungsrechtlichen Grundlagen.

II. Einige Bemerkungen zu allgemein anerkannten verfassungsrechtlichen Grundlagen

1. Kathrin Klett (aaO, s.o.) hat eingangs ihrer eindrucksvollen

Darstellung zur Neuorganisation der Beschwerdekammern des EPA zu Recht daran erinnert, dass die Gewaltenteilung im Staat seit Montesquieu als Organisationsform zur Gewährleistung von Rechtsstaatlichkeit und zum Schutz der Grund- und Menschenrechte anerkannt ist. Dieses Modell hat sich seit dem 19. Jahrhundert als Grundstruktur der modernen rechtsstaatlich-demokratischen Verfassung

durchgesetzt. Sie lässt sich – so man guten Willens ist – ohne Schwierigkeiten aus verschiedensten europa- oder weltweit geltenden Regelwerken ablesen: Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen schon 1948, später die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – sie galten alle schon vor dem EPÜ, danach die Europäische Grundrechte-Charta. Letztere hat ebenfalls Geltungskraft für die EU-Mitgliedstaaten der EPO und erst recht in Bezug auf das EU-Patent und das Einheitliche Patentgericht.

Bei diesem völkerrechtlich gültigen Normengeflecht zu Gunsten der Menschen wegen ihrer unveräußerlichen und unantastbaren Würde dürfen sich Staaten nicht in der Weise verbinden, dass im Geltungsbereich der neuen Verbindung die Menschen, soweit sie in irgendeiner Hinsicht, z.B. als Bedienstete, Gewalt unterworfen sind, zum Objekt und jederzeit austauschbaren Gegenstand herabgewürdigt werden können. Insofern ist das rechtsstaatlich-demokratische Fundament rückwirkend in den Mitgliedstaaten dieser Staatenverbindung zerstört. Diese missachten alle genannten Regelwerke zum Schutz der Menschen und ihrer die Staaten unverzichtbar tragenden Gesellschaften. Sie überspielen mit solchen Konstruktionen die Gewaltenteilung und ebnen auf diese Weise einer letztlich allgewaltigen Exekutive den Weg. Das wird bei der EPO auch

nach der Reform der Beschwerdekammern aufrecht erhalten, weil letztlich alles Essenzielle der Organisation in die Hände des Präsidenten gelegt bleibt. Hinsichtlich der amtsangehörigen, nicht in den Spruchkörpern eingesetzten Bediensteten, hat sich ohnehin nichts geändert. Legitime Grundrechtsbetätigungen und Abwehrrechte wie Koalitionsfreiheit, Meinungsäußerungsfreiheit und Datenschutz bleiben ohne effektive justizielle Absicherung. Die „Reform“ erinnert damit an Umgehungs- und Vermeidungsstrategien – öfter bekannt geworden in anderem Zusammenhang.

2. Verfassungsrecht im Besonderen

Hier genügt ein Hinweis auf BVerfGE 4, 331. In dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird ausdrücklich festgestellt, dass es hergebrachten rechtsstaatlichen Grundsätzen widerspricht, wenn die Institution, deren Entscheidungen kontrolliert werden sollen, letztlich allein den Ausschlag für die Besetzung des Kontrollorgans gibt. Aus diesen Gründen wurden Einspruch- und Widerspruchsausschüsse bei Fachbehörden, so etwa im Bereich der Sozialversicherung oder der

Finanzverwaltung in interne Kontrollorgane umgewandelt. Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes sind so die Fachgerichtsbarkeiten im Sozial- und Finanzbereich aufgebaut worden. Andererseits wurde wegen unklarer justizieller Stellung der so genannte Friedensrichter in Baden-Württemberg für verfassungswidrig erachtet und deshalb diese Institution aufgehoben.

Diese Beispiele über die Entwicklung einer unabhängigen Gerichtsbarkeit als wesentliches Strukturmerkmal der modernen rechtsstaatlich-demokratischen Staatsform wird also seit Jahrzehnten zu Recht zur Gewährleistung der Grund- und Menschenrechte sehr ernst genommen und duldet keine intransparenten Nischen. Art. 1 Abs. 3 GG ruft lediglich einen unumstrittenen Grundsatz in Erinnerung: alle staatlichen Institutionen sind zu Achtung und Schutz der Menschen- und Grundrechte verpflichtet. Sie dürfen sich dieser Verpflichtung nicht durch Eingehen von Staatenverbindungen entledigen und diese Sperre können auch noch so raffinierte Konstruktionen nicht beseitigen.

Im Übrigen ist seit Jahrzehnten rechtsstaatlich-demokratisches Gemeingut, dass die Grund- und Menschenrechte, damit sie überhaupt für die Menschen wirksam werden können, sowohl innerhalb als auch außerhalb der Institution eines wirksamen unabhängigen Gerichtsschutzes

bedürfen. Daß dies wegen der Geltung und des Einflusses der genannten Regelwerke inzwischen weltweiter Standard ist, wird von politischer Seite regelmäßig bei passender oder auch weniger passender Gelegenheit betont und verkündet. Demgegenüber lebt die EPO auch nach der „Reform“ in einem unberührten Reservat weiter.

III. Zu Einheitspatent und Einheitlichem Patentgericht

Das Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht in der am 19. Februar 2013 unterzeichneten Fassung vom 14. Februar 2013 schließt an das EPÜ an. Das ergibt sich aus dessen Art. 1, nach dem ein Einheitliches Patentgericht für die Regelung von Streitigkeiten über europäische Patente und europäische Patente mit einheitlicher Wirkung errichtet wird. Dieses ist ein gemeinsames Gericht der 25 Staaten der EU, die das Übereinkommen unterzeichnet haben. Art. 2 lit. f) dieses Übereinkommens umschreibt das Zusammenwirken zwischen dem Patentgericht und der EPO. Die Vorschrift besagt, dass ein "europäisches Patent mit einheitlicher Wirkung" ein nach dem EPÜ erteiltes Patent ist, das aufgrund der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Umsetzung der Verstärkten

Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes einheitliche Wirkung hat.

Das Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht schafft also nicht eine geschlossene neue Patentrechtsordnung in formeller und materieller Hinsicht. Vielmehr regelt es das Stadium, wenn ein Patent nach den Bestimmungen des EPÜ erteilt worden ist. Das Übereinkommen beschränkt sich also auf den einer Patenterteilung nachfolgenden Verfahrensabschnitt. Auf diese Weise werden die zuvor erörterten rechtsstaatlich-demokratischen Defizite, vor allem die fehlende Gerichtsqualität der Spruchkörper des EPA in den EU-Bereich übernommen. Das ergibt sich daraus, dass erst das erteilte EPÜ-Patent das Stadium des Übereinkommens über ein Einheitliches Patentgericht erreicht, aber von vornherein nicht die letztlich abgelehnte Anmeldung (s.o. deutlich auch Klett, aaO, S. 6 IV.1.).

1. Damit desavouieren die 25 Vertragsstaaten ihr Vorhaben. Sie machen sich bezüglich des Vertragsgegenstandes – Erteilung eines Patents oder Ablehnung einer Patentanmeldung – von einer Institution außerhalb der EU und außerhalb ihrer jetzt neu geschaffenen autonomen Rechtsordnung abhängig. Eine solche Fehlleistung ist etwa vergleichbar der Konstruktion der Europäischen Währungsunion, wenn

man den durch die Vertragsstaaten den Ratingagenturen eröffneten Spielraum betrachtet. Man macht sich von Entscheidungen demokratisch nicht legitimierter Institutionen abhängig, die man nicht beeinflussen kann und die die Selbstdefinition der Vertragsstaaten ebenso infrage stellen wie deren Selbstachtung. Die demokratische Legitimation im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten der EU entfällt deshalb, weil die EPO eine eigene Rechtspersönlichkeit hat und diese nicht nur von den 25 Vertragsstaaten der EU, sondern von weiteren 13 Staaten abgeleitet ist. Es handelt sich hier um ein Problem der Teilidentitäten bei Staatenverbindungen.

2. Der erste grundlegende Einwand gegen das Übereinkommen folgt aus der fehlenden Gerichtsqualität der Spruchkörper des EPA. Der unterlegene Patentanmelder hat keinen effektiven Rechtsschutz, weil der interne Rechtszug beim EPA mit der letzten Behördenentscheidung endet (Art. 67 Abs. 4, Art. 68 EPÜ). Ihm wird also kein effektiver rechtsstaatlicher Gerichtsschutz gewährt. Demgegenüber haben die Vertragsstaaten des EPÜ bei dessen Abschluss die Wettbewerber dadurch besser gestellt, dass diese trotz Unterliegens im Verwaltungsverfahren vor dem EPA nach den in den Vertragsstaaten bestehenden rechtlichen Regeln und eröffneten Rechtsschutzmöglichkeiten weiterhin die Nichtigkeit eines erteilten

Patents erstreben können. Mag man das noch als hinnehmbar erachten, ist jedenfalls nicht mehr hinnehmbar, dass der beim EPA unterlegene Patentanmelder hiergegen keinen effektiven Gerichtsschutz erhält, sondern es bei der letzten für ihn negativen Verwaltungsentscheidung sein Bewenden hat. Die Eröffnung des Gerichtsweges zum Einheitlichen Patentgericht wäre ohne Schwierigkeiten möglich und würde vor allem den Grundrechtspositionen des Anmelders auf Eigentumsschutz und Handlungsfreiheit im Wettbewerb gerecht. Bei der hier getroffenen Regelung seines Ausschlusses im Falle der Ablehnung ist die Grundrechtsverletzung offenkundig.

Diese wird noch dadurch verstärkt, dass der unterlegene Patentanmelder gegenüber seinen Wettbewerbern sachwidrig ungleich behandelt wird. Eine dem Gleichbehandlungsgrundsatz gerecht werdende Beurteilung des Wettbewerbsverhältnisses im Patentbereich führt nahe liegend dazu, dass effektiver Gerichtsschutz allen Beteiligten zuteil werden muss. Verbindende Grundlage ist das Patentstreitverhältnis.

3. Wegen der aufgezeigten schweren Mängel des Übereinkommens vom 19. Februar 2013 ist eine teilweise Aufrechterhaltung nicht angängig. Man hätte erwägen können, dass durch die Einrichtung einer rechtsstaatlich-demokratischen Gerichtsbarkeit für die 25 EU-

Mitgliedstaaten die Mängel des EPÜ behoben werden. Eine solche Überlegung ist nicht tragfähig, weil das EPÜ selbst in zentralen Organisationsstrukturen (Spruchstätigkeit und Personalbereich) rechtsstaatlich-demokratischen Grundsätzen nicht genügt. Es fällt in sich zusammen. Damit fehlt das Substrat für die Anknüpfung an das EU-Übereinkommen. Des Weiteren ist die rechtsstaatswidrige Behandlung des unterlegenen Anmelders nur über entsprechende substantielle Korrekturen des EPÜ möglich.

Schließlich ist zu bedenken, welche Auswirkungen der Austritt von Großbritannien aus der EU nach sich zieht, wenn – wie mehrfach erklärt – das Land aus dem Binnenmarkt ausscheiden möchte. Ein bedeutender Teil desselben ist die Patentordnung. Auch bei vertieftem Nachdenken erschließt sich mir nicht, dass europäische Patenteinrichtungen jetzt noch in London angesiedelt werden sollten.

Nach allem besteht kein aktueller Handlungsbedarf und unziemliche Hektik ist nicht geboten.