

Dr. Siegfried Broß
Dr. h. c. Universitas Islam Indonesia - UII - Yogyakarta -
Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.
Richter am Bundesgerichtshof a.D.
Honorarprofessor an der Universität Freiburg im Breisgau
Ehrevorsitzender der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe
und der deutschen Sektion der Internationalen Juristenkommission e.V.

Vortrag auf der Tagung zum Einheitspatent und Einheitlichen Patentgericht im
europäischen Integrationsprozess
- aus verfassungsrechtlicher, wissenschaftlicher und
praktischer Perspektive -

am 16. September 2013 in München

ausgerichtet von der Maiwald Patentanwaltsgesellschaft mbH, München

hier: verfassungsrechtliche Perspektive

Vorbemerkung

Anlass, mich mit dem Thema der heutigen Tagung näher zu beschäftigen, war im Sommer letzten Jahres eine Anfrage der Maiwald Patentanwaltsgesellschaft mbH im Rahmen eines Patentstreitverfahrens vor dem Europäischen Patentamt der Purdue Pharma L.P. betreffend eine Anmeldung aus dem Bereich der Pharmazie. Die sich in jenem Verfahren stellenden zentralen Fragen waren überaus reizvoll und in den Jahren zuvor Gegenstand von Verfassungsbeschwerdeverfahren, an deren Entscheidung ich zum Teil mitgewirkt habe. Ich schicke dies voraus, damit meine Sichtweise der Gesamtproblematik deutlich wird; denn diese ist maßgeblich von der jahrelangen Beschäftigung beim Bundesverfassungsgericht auch mit europa- und völkerrechtlichen Problemstellungen beeinflusst. Sie dürfen sich also nicht wundern, wenn sich meine Darstellung von den Ihnen möglicherweise bekannten Herangehensweisen bei vergleichbaren Themen unterscheidet.

I.

Einführung

1. Ausgangsüberlegung

Eine sachgerechte Betrachtung des Übereinkommens über ein einheitliches Patentgericht, in der am 19. Februar 2013 unterzeichneten Fassung vom 14. Februar 2013, setzt eine umfassende Ermittlung des Umfelds voraus, in das das Übereinkommen und im Falle seines Inkrafttretens die neu ins Leben gerufenen Institutionen eingebettet sind. Da es sich bei dem Übereinkommen um ein Vertragswerk auf der europäischen Ebene handelt, ist naheliegend die Einordnung im europäischen Integrationsprozess von großer Bedeutung. Allerdings darf man sich hierauf nicht beschränken; denn die 25 Teilnehmerstaaten sind zugleich, neben 13 weiteren, Vertragsstaaten des Europäischen Patentübereinkommens. Dieses wurde am 5. Oktober 1973 hier in München unterzeichnet und hat somit gegenüber dem Übereinkommen auf der europäischen - näher EU-Ebene - einen zeitlichen Vorsprung von immerhin rund 40 Jahren. Hierauf ist noch zurückzukommen.

Demgegenüber sind Vertragsstaaten des hier in Rede stehenden Übereinkommens bisher nur 25 der zum Zeitpunkt der Unterzeichnung 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Spanien hat hiergegen beim EuGH eine Klage angestrengt, nachdem eine frühere Klage von Spanien und Italien wegen der im Übereinkommen vorgesehenen Sprachenregelung erfolglos geblieben war (EuGH, Urteil vom 16. April 2013 - C-274 und 795/11). Im Hinblick darauf liegt die Annahme nicht fern, dass das Übereinkommen der fortschreitenden Integration hinderlich sein könnte, wenn es mit Mitgliedstaaten hierüber zu einem Grundsatzstreit kommt. Allerdings könnte dieser Umstand auch ein Hinweis darauf sein, dass das Übereinkommen insgesamt von vornherein von seinem Regelungsgegenstand und den vereinbarten Lösungen nicht geeignet ist, die Integration zu fördern.

2. Verhältnis EU-Übereinkommen - EPÜ

Eine Staatenverbindung, wie sie durch die europäische Integration geschaffen wurde und fortwährend weiter geschaffen wird (Schlagworte: "Finalität Europas", "unumkehrbarer dynamischer Prozess", "alternativlos"), sollte sich fortwährend vergewissern und darüber Rechenschaft ablegen, ob ein "Integrationsmehrwert" durch die Vergemeinschaftung von Bereichen staatlicher Betätigung oder Gesetzgebung zu erwarten ist. Das gebietet nicht allein die Subsidiarität des Eingreifens der höheren Ebene gegenüber den Mitgliedstaaten, sondern auch die Einbettung dieser Mitgliedstaaten und ihrer Staatenverbindung in Gestalt der Europäischen Union in die internationale Staatengemeinschaft, deren Dachorganisation die Vereinten Nationen sind (Problem der Teilidentitäten).

Für den Bereich der Patente kommt - wie auch für den des geistigen Eigentums im Übrigen - ein Gesichtspunkt hinzu: Es handelt sich von vornherein um Sachverhalte und Konstellationen, die erfahrungsgemäß an den nationalen Grenzen nicht Halt machen. Diesem Umstand trägt schon das Europäische Patentübereinkommen Rechnung und deshalb ist zunächst der internationale Bezug zu ermitteln.

3. Makro- und Mikroebene

- A. Bei einer Problemstellung wie der vorliegenden hat sich die Unterscheidung einer Makro- und einer Mikroebene bewährt. Diese Unterscheidung orientiert sich nicht an dem Übereinkommen von innen heraus - wie es häufig bei der Auseinandersetzung mit dem Text der Fall ist -, sondern stellt es zunächst und wertungsfrei auf eine darüber liegende Makroebene. Diese Makroebene ist hier dadurch gekennzeichnet, dass für die Erteilung von Patenten mit Geltung über einen Staat hinaus mit dem Europäischen Patentübereinkommen eine Staatenverbindung geschaffen wurde, die sich eine enge Zusammenarbeit im Bereich des Patentrechts zum Ziel gesetzt hat. Im Hinblick auf immerhin 38 Mitgliedstaaten ist die Internationalität nicht ganz klein geraten, zumal mit Deutschland, Frankreich, Italien, Großbritannien mehrere andere Länder verbunden sind, die schon vor 1973 spürbar

die Industrialisierung und den technischen Fortschritt gefördert und begleitet haben. Bei dieser Feststellung kann es aber nicht sein Bewenden haben. Vielmehr hat das Europäische Patentübereinkommen mit der von ihm geschaffenen Institution der Europäischen Patentorganisation und handelnd durch das Europäische Patentamt wegen des Gewichts der Vertragsstaaten eine weltumspannende Wirkung erzielt, weil im internationalen Wirtschaftsverkehr und für den Warenaustausch bedeutende Märkte beeinflusst werden. Aus dieser Blickrichtung muss das EPÜ im Zusammenhang mit der WTO, aber auch mit Freihandelsabkommen gesehen werden, wie sie jetzt etwa mit den Vereinigten Staaten und anderen Staaten in Rede stehen.

Nachdem die Europäische Patentorganisation sich in rund 40 Jahren etabliert und auf die nationalen Patentrechtsordnungen der Vertragsstaaten positiv eingewirkt hat, ist die Gründung einer neuen Staatenverbindung für diesen Bereich mit geringerer gleichwohl teilidentischer Mitgliederzahl in besonderem Maße rechtfertigungsbedürftig. Diese Überlegung erschließt sich ohne Schwierigkeiten. Durch die wesentlich größere Mitgliederzahl des Europäischen Patentübereinkommens und dessen Einbettung wiederum in das weltumspannende Geflecht wirtschaftlicher Beziehungen kann ein Fortschritt bezogen auf den Vertragsgegenstand nur darin gesehen werden, dass sich immer mehr Staaten insoweit vertraglich binden, damit der internationale Wirtschaftsverkehr durch gemeinsame Regeln, Transparenz und auch eine entwickelte Kultur erleichtert wird. Hemmnisse werden dadurch verringert.

- B. Wenn man die Sachlage von der europäischen Integration her betrachtet, und das wäre in diesem Zusammenhang die Mikroebene, bedeutet die durch die verringerte Mitgliederzahl an Vertragsstaaten kleinere Patentorganisation gegenüber dem Europäischen Patentübereinkommen einen Rückschritt, weil die Sogkraft und das kulturelle Gewicht abnehmen. Zugleich werden Problemfelder geschaffen, die es ohne die neue Patentorganisation nicht gäbe, die aber vom eigentlichen Vertragsgegenstand - dem Patent - wegführen.

Im Zuge der Entwicklung seit 1973 ist im Geltungsbereich des EPÜ durch das Europäische Patentamt und seine Gliederungen eine effiziente Institution erwach-

sen, die den Vertragsgegenstand "Erteilung oder Ablehnung eines Patents" nach in-
zwischen eingefahrenen und allgemein respektierten Regelungen umsetzt. Insofern
bestehen Transparenz und Rechtssicherheit wie auch Vorhersehbarkeit.

Wird nun eine neue Patentorganisation geschaffen, zumal wenn sie räumlich hinter
der älteren zurückbleibt, wird unnötig eine in die Zukunft gerichtete ungewisse
Entwicklung angestoßen. Das beginnt bei der Sprachenregelung, setzt sich fort mit
der Gewinnung sachkundigen Personals und der Schaffung einer spezifischen In-
tegrationspatentkultur. Es kommen aber weitere Probleme hinzu, die mit dem Ver-
tragsgegenstand, wie er dem EPÜ und dem Übereinkommen auf EU-Ebene ge-
meinsam ist, nichts zu tun haben. Es geht z. B. darum, dass das neue Patentüberein-
kommen in die europäischen Vertragswerke eingepasst werden muss, was mit der
Erteilung oder Ablehnung des Patents als solchem nichts zu tun hat. Vielmehr geht
es darum, die Autorität der Vertragsstaaten der EU als Herren der Verträge zu
wahren und Kommission und EuGH als Wächter hierüber zu schützen. All das be-
fördert die Beurteilung einer Patentanmeldung nicht, führt vom zentralen Vertrags-
gegenstand weg und kostet nur unnötig Zeit und Geld. Eine solche Konstruktion ist
geostrategisch ohnehin verfehlt.

Hiergegen kann man nicht Art. 142 EPÜ über einheitliche Patente ins Feld führen.
Nach Art. 142 EPÜ kann eine Gruppe von Vertragsstaaten, die in einem besonderen
Übereinkommen bestimmt hat, dass die für diese Staaten erteilten europäischen
Patente für die Gesamtheit ihrer Hoheitsgebiete einheitlich sind, vorsehen, dass
europäische Patente nur für alle diese Staaten gemeinsam erteilt werden können.
Der Umstand, dass es diese vertragliche Vereinbarung im EPÜ gibt, besagt noch
nichts darüber, dass sie auch sachgerecht ist. Sie war es schon damals nicht. Die
Bestimmung bedeutete von vornherein eine Schwächung des EPÜ, weil dieses vom
Regelungsgegenstand her, ein europäisches Gemeinschaftspatent mit Geltung für
möglichst viele Staaten zu schaffen, damit die wirtschaftlichen Entfaltungsmög-
lichkeiten erweitert und möglichst wenig behindert werden, dieses Ziel verfehlt.
Die durch das EPÜ geschaffene EPO musste naheliegend darauf angelegt sein,
einen "Alleinstellungsanspruch" oberhalb des nationalen Patentrechts der Vertrags-

staaten zu erheben und auf dieser Ebene keine "Konkurrenzorganisation" zuzulassen.

Die Vertragsstaaten, die auf einer solchen Klausel bestanden haben mögen, haben sich damit auch keinen Gefallen getan. Die neuartige Patentorganisation auf der EU-Ebene wäre auch ohne eine solche "Ermächtigungsklausel" nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts zulässig gewesen, weil das EPÜ keine Verbotsklausel in diese Richtung aufweist und jedenfalls auch die Kündigung durch jeden Vertragsstaat und jederzeit möglich ist. Allerdings war diese "Öffnungsklausel" schon seinerzeit im Jahre 1973 eine eklatante strategische Fehlleistung auch der Vertragsstaaten, die hierauf wegen ihrer EU-Mitgliedschaft möglicherweise bestanden haben. Es war ohne Schwierigkeiten zu erkennen, dass durch die weitere Integration dieser Teilpatentrechtsorganisation in die europäische Patentrechtsorganisation ein Integrations- und Harmonisierungsproblem der neugeschaffenen Patentrechtsordnung mit der schon bestehenden des EPÜ entstehen würde.

Es war von Anfang an das Problem der Teilidentitäten angelegt, weil die Vertragsstaaten der neuen Patentrechtsordnung ihrerseits Vertragsstaaten des EPÜ und der europäischen Integration sein werden. Damit war überschießend angelegt, nicht nur eine Patentrechtsordnung formell und materiell teilintegriert in der Europäischen Patentrechtsorganisation zu entwickeln, sondern diese neue Patentrechtsordnung mit der europäischen Integrationsrechtsordnung, den europäischen Verträgen, zu harmonisieren. Diese Harmonisierungsproblematik führt aber vom zentralen Regelungsgegenstand des EPÜ und jeder Rechtsordnung, die die Erteilung von Patenten zum Gegenstand hat, weg. In dieser Zwischenebene werden ausschließlich Vertragsprobleme behandelt und ein Lösungsmechanismus gekreiert, der vom spezifischen Vertragsgegenstand unabhängig ist und für alle einer vertraglichen Regelung zugänglichen Gegenstände gleichermaßen gilt. In diesem Zusammenhang habe ich von dem Übereinkommen vor allem das Kapitel IV. Vorrang des Unionsrechts sowie Haftung und Verantwortung der Vertragsmitgliedstaaten, also die Art. 20) bis 23), aber teilweise auch von Kapitel V. Rechtsquellen und materielles Recht - den Art. 24) die Rechtsquellen betreffend im Auge.

4. Kooperationsverhältnis - Komplementärverhältnis

Die kritischen Überlegungen kann man noch in anderer Hinsicht abstützen. Seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Europäischen Vertrag von Maastricht vom 12. Oktober 1993 (bemerkenswerterweise also vor etwa 20 Jahren - BVerfGE 89, 155) spukt das vom Bundesverfassungsgericht initiierte "Kooperationsverhältnis" zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof im Grundrechtsschutz durch die fachliche Diskussion (BVerfGE 89, 155 - Leitsatz Nr. 7, Satz 3). Abgesehen davon, dass Gerichte nicht kooperieren dürfen, sondern entsprechend den bestehenden rechtlichen Regeln national und international entscheiden müssen - alles andere geht in Richtung Willkür und widerspricht dem objektiven Rechtsstaatsgebot -, passt dieses "Bild" weder für das Verhältnis Bundesverfassungsgericht zum Europäischem Gerichtshof noch für andere vergleichbare Konstellationen, so wie hier. Gerichte dürfen nur dort kooperieren, wo der Gesetzgeber solches anordnet. Das hat er häufiger getan, so in Art. 100 Abs. 1 und 2 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland über Vorlagepflichten, aber ebenso nach dem Gerichtsverfassungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland für Gerichte unterhalb der Verfassungsebene oder in Art. 267 AEUV. Um solche Vorlagepflichten geht es hier nicht, wenn man das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und EuGH, aber eben hier und heute zwischen dem Einheitlichen Patentgericht und dem EuGH vor dem Hintergrund des EPÜ betrachtet.

Es handelt sich bei beiden Konstellationen vielmehr um ein "Komplementärverhältnis" (eingehend hierzu Broß, Bundesverfassungsgericht - Europäischer Gerichtshof - Europäischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte - Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom ausbrechenden Rechtsakt und vom Kooperationsverhältnis - Verwaltungsarchiv Band 92 (2001), S. 425 ff.). Für das Verhältnis Bundesverfassungsgericht zum Europäischem Gerichtshof in Luxemburg nach den europäischen Verträgen ergibt sich dieses "Komplementärverhältnis" daraus, dass eine "Reservezuständigkeit" des Bundesverfassungsgerichts kraft der Verfassung der Bundesrepublik

Deutschland immer zu aktivieren ist, wenn aufgrund der europäischen Verträge in Verbindung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs eine Lücke im Grundrechtsschutz zu Lasten der Menschen entstehen würde. Dieser Gedanke fußt darauf, dass sich jedenfalls ein Staat wie die Bundesrepublik Deutschland wegen der strikt bindenden Vorgaben seiner Verfassung nicht an einer überstaatlichen Staatenverbindung dergestalt beteiligen darf, dass der Grundrechtsschutz und seine Schutzpflichten gegenüber den ihm anvertrauten Menschen geschwächt oder beseitigt wird.

Um ein solches "Komplementärverhältnis " handelt es sich bei der Schaffung des einheitlichen Patentgerichts gegenüber dem Rechtsschutzsystem nach dem EPÜ, wahrgenommen von den Beschwerdekammern einschließlich der Großen Beschwerdekammer des EPA, nicht. Beide Konstellationen unterscheiden sich in der Substanz. Art. 142 EPÜ und nachfolgend Art. 143 und 144 EPÜ sind so angelegt, dass die von der Gruppe von Vertragsstaaten durch das besondere Übereinkommen geschaffene Patentorganisation in die Europäische Patentorganisation über das EPA mit der Übertragung von zusätzlichen Aufgaben (Art. 143 Abs. 1 EPÜ) teiliintegriert ist. Es handelt sich also bei dem, was durch das Europäische Übereinkommen über ein einheitliches Patentgericht von den 25 Vertragsstaaten des EPÜ wie der EU geschaffen wird, um eine "Verlängerung" des Gerichtsschutzes gegenüber dem EPÜ und damit zweifelsfrei um ein Komplementär- und kein Kooperationsverhältnis. Allerdings ist diese besondere Konstruktion hervorragend geeignet, auch die durch das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts geschaffene Rechtsfigur des Kooperationsverhältnisses für den dortigen Bereich als nicht tragfähig zu kennzeichnen.

5. Folgerungen

- A. Man könnte nun versucht sein, sich - natürlich völlig überflüssige - Gedanken darüber zu machen, was alle diese Überlegungen sollen und was diese letztlich für das Übereinkommen über ein einheitliches Patentgericht im europäischen Integrationsprozess an Erkenntniswert bringen. Die Denkfigur des "Komplementärverhält-

nisses" macht diese Gedanken überflüssig. Art. 1 des Übereinkommens sieht vor, dass 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 Vertragsmitgliedstaaten, also der 25, und unterliegt somit denselben Verpflichtungen nach dem Unionsrecht wie jedes nationale Gericht der Vertragsmitgliedstaaten. Art. 2 lit. f) dieses Übereinkommens umschreibt dann das "Kooperationsverhältnis" zwischen dem neu zu schaffenden einheitlichen Patentgericht und der EPO, hier repräsentiert durch das EPA und seine Gliederungen. Art. 2 lit. f) des Übereinkommens 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 in sich geschlossene neue Patentrechtsordnung in formeller und materieller Hinsicht. Es regelt das Stadium, wenn ein Patent nach den Regeln des EPÜ erteilt worden ist. Das "Komplementärverhältnis" besteht also hinsichtlich eines der Patenterteilung nachfolgenden Verfahrensabschnitts und damit implantiert dieses Übereinkommen alle die nach der Verfassungsrechtslage der Bundesrepublik Deutschland kritisch zu beurteilenden oder sogar nicht hinnehmbaren Bestimmungen in Bezug auf das Europäische Patentamt, seine Gliederungen und die hierfür geschaffenen Verfahrensvorschriften, sei es in formeller, sei es in materieller Hinsicht. Das ergibt sich letztlich daraus, dass erst das erteilte EPÜ-Patent das Stadium des Übereinkommens über ein einheitliches Patentgericht erreicht, aber von vornherein nicht die letztlich abgelehnte Anmeldung.

- B. Damit desavouieren die 25 Vertragsstaaten ihr Vorhaben. Sie machen sich bezüglich des zentralen Vertragsgegenstandes - Erteilung eines Patents oder Ablehnung der Patentanmeldung - von einer Institution außerhalb ihrer jetzt neu geschaffenen autonomen Rechtsordnung abhängig. Eine solche Fehlleistung ist etwa vergleichbar der Konstruktion der Europäischen Währungsunion, wenn man den durch die Ver-

tragsstaaten den Ratingagenturen eröffneten Spielraum sieht. Wie dort macht man sich von Entscheidungen demokratisch nicht legitimierter Institutionen abhängig, die man nicht beeinflussen kann und die die Selbstdefinition der Vertragsstaaten ebenso in Frage stellen wie deren Selbstachtung. Die demokratische Legitimation entfällt hier bezüglich der EPO deshalb, weil sie eine eigene Rechtspersönlichkeit abgeleitet von 38 Vertragsstaaten und nicht abgeleitet von den 25 Vertragsstaaten des Übereinkommens über ein einheitliches Patentgericht hat. Dieses Defizit vermag auch die von mir häufig favorisierte Denkfigur der Teilidentitäten nicht auszugleichen.

Wenn man den Regelungsgegenstand nüchtern und distanziert betrachtet, geht es darum, ob dem Anmelder eines Patents eine Monopolstellung eingeräumt wird. Das ist die zentrale Frage und sie ist für die nationale Wirtschaft eines benannten Staates wie auch für die europäische Gemeinschaft des EPÜ, wie weltweit für die Gemeinschaft der Staaten, die am Welthandel möglichst unbehindert teilnehmen wollen, ausschlaggebend.

Demgegenüber bedeutet dieses Übereinkommen über ein einheitliches Patentgericht noch weniger als die "kleine Münze". Zunächst kommt es darauf an, nach welchen Regeln und nach welchen ungeschriebenen Maßstäben Patentschutz gewährt oder abgelehnt wird. Hierauf können die Vertragsstaaten dieses Übereinkommens nicht den geringsten Einfluss nehmen, weil sie sich auf ein zwar wichtiges, im Vergleich zum materiellen Patentschutz aber sekundäres Problem konzentrieren und hieran eine neue Patentorganisation "aufzäumen", die hiervon wegführt. Insoweit besteht die "Fremdbestimmung" durch die europäische Patentorganisation fort. Es ist deshalb - um das Ergebnis vorwegzunehmen - denkgesetzlich ausgeschlossen, einen "Integrationsmehrwert" für die Europäische Union und vor allem die Patentwerber nachzuweisen.

Der allein sachgerechte und zielführende Wege wäre gewesen, die Gerichtsschutzproblematik innerhalb der europäischen Patentorganisation fortzuentwickeln und wenn dies nicht zu erreichen wäre, darüber nachzudenken, ob der als unzureichend

empfundene Zustand nicht gegenüber dem jetzt "aufgeblähten" vorzugswürdig gewesen wäre. Aktionismus führt zu nichts, wenn eine sachgerechte Zieldefinition nicht umgesetzt werden kann. Keinesfalls darf bei so für die Menschen, für die Staatengemeinschaft in Europa und die Weltgemeinschaft bedeutenden fachspezifischen Regelungen schlicht nach dem Motto verfahren werden: "Es muss etwas geschehen". Vor allem darf man sich bei dem eingangs beschriebenen erreichten vertraglichen und kulturellen Standard im Weltmaßstab nach dem EPÜ mit der EPO nicht mit einer letztlich kleinstaatlerischen "provinziellen" Lösung begnügen. Die EPO war auf der Grundlage des EPÜ mit dem EPA und seinen Gliederungen rechtsstaatlich, geostrategisch und für die betroffenen Menschen, die Patentanmelder, schon wesentlich weiter gediehen. Eine systemimmanente Lösung wäre das Richtige und rechtsstaatlich, demokratisch und geostrategisch Angemessenere gewesen.

II.

Einzelheiten

Vorbemerkung

Vor diesem weit gespannten Hintergrund muss man erwarten, dass überzeugende und ausgreifende Überlegungen vorgestellt werden, warum in Anbetracht der rund 40-jährigen Geltung und Wirkung des EPÜ nunmehr innerhalb der EPO von 25 Mitgliedstaaten der EU, die ebenfalls Mitglied der EPO sind, eine "neue" Patentorganisation geschaffen wird. Weder den Erwägungen zum Übereinkommen über ein einheitliches Patentgericht noch den Erwägungen zur Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes (Amtsblatt der EU vom 31. Dezember 2012 - L 361/1) können insofern stichhaltige Gesichtspunkte entnommen werden. An keiner Stelle und in keiner Erwägung werden Schwächen oder Defizite des Patentschutzsystems nach dem EPÜ benannt oder näher erläutert. Ein "Mehrwert" der neuen Patentorganisation gegenüber der bisher bestehenden nach dem EPÜ wird nicht einmal in Ansätzen deutlich.

Man muss sich dabei immer vor Augen halten, dass mögliche kleine Fortschritte und "Verbesserungen" gegenüber dem EPÜ, zu denen ich abschließend Stellung nehmen werde, unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten und in geostrategischer Hinsicht keinerlei Legitimation vermitteln, eine bestehende und in 40 Jahren bewährte völkerrechtlich gefestigte Patentorganisation durch Neugründung einer Teilorganisation in derselben zwangsläufig zu schwächen. Mit dieser Neugründung ist naheliegend ein Ansehensverlust der bisher und zu Recht anerkannten europäischen Patentorganisation verbunden. Da die neu gegründete Patentorganisation von der Idee her und gestützt auf die europäischen Verträge systemimmanent nur Vertragsstaaten der EU jedenfalls als tragende Mitglieder ansprechen wollte und dies bei 25 von seinerzeit 27 mit Erfolg, liegt schon allein in diesem Umstand eine Diskriminierung und Ausgrenzung der anderen Mitgliedstaaten der EPO. Im Völkerrecht und zumal im Völkervertragsrecht, um das es bei dem EPÜ geht, gilt seit jeher und uneingeschränkt der Grundsatz der Gleichwertigkeit und Gleichgewichtigkeit und daraus resultierend der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Vertragsstaaten. Schon von daher hätte es überaus gewichtiger Gesichtspunkte und Gründe bedurft, einen solchen "Angriff" gegen eine etablierte völkerrechtliche Institution zu führen, bei der die an der "Konkurrenzorganisation" teilnehmenden Vertragsstaaten ebenfalls gebunden sind. Der Verweis auf Art. 142 EPÜ mit der Öffnungsklausel verschlägt insoweit nicht; denn diese - das habe ich vorstehend nachgewiesen - war schon bei Abschluss des EPÜ verfehlt und von grundlegenden Fehlvorstellungen über eine sachgerechte Vertragsgestaltung im Völkerrecht bei weltumspannenden Implikationen geprägt.

Ebenso wenig lassen die Erwägungen zu dem Übereinkommen wie auch zu der Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 erkennen, worin im globalen Wettbewerb die Schlagkraft der nunmehr verkleinerten Patentorganisation gegenüber der EPO liegen soll. Decouvrierend sind insofern die Ausführungen in der Erwägung (7) zur Verordnung (EU) Nr. 1257/2012, wenn es dort heißt:

"Der einheitliche Patentschutz sollte erreicht werden, indem Europäischen Patenten nach Erteilung gemäß dieser Verordnung und für alle teilnehmenden Mitgliedstaat-

ten einheitliche Wirkung gewährt wird. Das wichtigste Merkmal eines Europäischen Patents mit einheitlicher Wirkung sollte sein einheitlicher Charakter sein, d. h. es bietet einheitlichen Schutz und hat in allen teilnehmenden Mitgliedstaaten gleiche Wirkung. Folglich sollte ein Europäisches Patent mit einheitlicher Wirkung nur im Hinblick auf alle teilnehmenden Mitgliedstaaten beschränkt, übertragen, für nichtig erklärt (werden) oder erlöschen ..."

Bei unbefangener Betrachtung ist nicht zu erkennen, worin hier ein "Integrationsmehrwert" gegenüber dem Patentschutz nach dem EPÜ gegeben sein soll; denn dieser besteht in allen benannten Vertragsstaaten des EPÜ gleichermaßen. Diese von mir beanstandeten Erwägungen sind nicht überzeugend. An keiner Stelle wird dargelegt, welche Schwächen und Defizite die Europäische Patentorganisation und das Verfahren vor dem EPA im Laufe von 40 Jahren offenbart hätten, die hier einen Handlungsbedarf in Richtung Gründung einer neuen Patentorganisation in verkleinertem Umfang im Hinblick auf die Zahl der Mitgliedstaaten unterhalb der EPO unausweichlich gemacht hätten. Es bleibt letztlich, und das machen alle Erwägungsgründe zum Übereinkommen und zu dieser Verordnung deutlich, nur der Drang zur Vergemeinschaftung eines Rechtsbereichs. Das ist nicht nur zu wenig unter Subsidiaritätsgesichtspunkten und zum Nachweis eines "Integrationsmehrerts", sondern auch vor dem Hintergrund, dass mit der EPO auf der Grundlage des EPÜ in 40 Jahren eine anerkennenswerte Patentrechtskultur erwachsen ist.

Die Neugründung muss sich hieran messen lassen auch in Bezug auf Rechtsstaat und Demokratie und müsste überdies den Nachweis führen können, dass im Rahmen der EPO bestehende Defizite behoben und die wirtschaftliche Schlagkraft der teilnehmenden Vertragsstaaten im internationalen Wettbewerb gestärkt würde. Das ist von vornherein aus den eingangs erläuterten Gründen denkgesetzlich ausgeschlossen, weil die neue Patentorganisation mit Problemen und Verfahrensfragen "aufgeladen" wird, die allein aus der europäischen Integration herrühren und deshalb weder die übrigen Staaten der EPO noch die Gemeinschaft der Staaten weltweit in irgendeiner Hinsicht interessieren. Die neu heraufbeschworenen Fragestellungen aus der europäischen Integration fördern nicht den Vertragsgegenstand, die Erteilung oder Ablehnung eines Patents und die daraus folgende ggf. wirtschaftliche Betätigung und die damit verbundene Stellung, sondern auf dem Weg

dorthin lauern "Gefahren", die mit dem Vertragsgegenstand nichts zu tun haben und die nach dem EPÜ bisher auch unbekannt waren und das Verfahren nicht belastet haben.

1. "Komplementärverhältnis" zwischen EPO und EU-Patentorganisation

- A. Das Übereinkommen betrifft in erster Linie ein einheitliches Patentgericht. Unwillkürlich drängt sich bei jedem unbefangenen und sachkundigen Betrachter die Frage dahingehend auf, warum es eines solchen einheitlichen Patentgerichts bedarf und warum dieses seit jeher nicht innerhalb der EPO nach dem EPÜ vorgesehen ist. Rechtstheoretisch ist danach zu unterscheiden, wie das Verfahren über die Erteilung von Patenten nach dem EPÜ gestaltet ist und welchen Rechtsschutz dieses Abkommen eröffnet. Insoweit sind zwei selbstständige und eindeutig zu unterscheidende Verfahrensabschnitte zu erkennen: Zunächst handelt es sich um eine Entscheidung darüber, ob auf eine Anmeldung Patentschutz gewährt oder ein solcher abgelehnt wird. Daran schließt sich die weitere Frage an, ob und in welchem Umfang zum einen der abgelehnte Patentwerber oder im Falle der Gewährung von Patentschutz etwaige Mitwettbewerber sich gegen diese Entscheidung wenden können. Es handelt sich um eine Konstellation, wie sie vom allgemeinen Verwaltungsrecht her bekannt ist, dem Erlass eines Verwaltungsakts mit Doppelwirkung oder dem Erlass eines Verwaltungsakts mit privatrechtsgestaltender Wirkung. Jedenfalls wirkt das Patent umfassend und verschafft seinem Inhaber eine Monopolstellung.

Das EPÜ hat hierfür ein Verfahren bereitgestellt, das von Institutionen innerhalb des EPA wahrgenommen wird, den Beschwerdekammern und der Großen Beschwerdekammer unter eingeschränkten Rügemöglichkeiten, aber beschränkt auf Einrichtungen innerhalb des EPA. Dieser eingeschränkte Rechtsschutz folgt aus Art. 67 Abs. 4, Art. 68 EPÜ. Eine Verlängerung des Gerichtsschutzes für "unterlegene" Anmelder sieht das EPÜ nicht vor. Man muss deshalb sehen, dass schon mit Abschluss des EPÜ durch die handelnden Vertragsstaaten von vornherein ein Patentwerber schlechter gestellt war, als dies für seine Konkurrenten der Fall ist. Diese können jeweils nach den in den Vertragsstaaten bestehenden rechtlichen Re-

geln und eröffneten Rechtsschutzmöglichkeiten weiterhin die Nichtigkeit eines erteilten Patents erstreben, wohingegen der durch die Erteilung des Patents zunächst begünstigte Patentwerber während der Geltungsdauer des Patentschutzes zeitlich unbegrenzt der Gefahr ausgesetzt ist, dass ihm der Patentschutz auf Nichtigkeitsklage hin aberkannt wird. Es liegt auf der Hand, dass dies der Rechtssicherheit eklatant widerspricht und auch in der nationalen Rechtsordnung z. B. der Bundesrepublik Deutschland keine Entsprechung findet, wenn mit Eintreten der Bestandskraft einer Rechtsstellung nach Ablauf der gesetzlich vorgesehenen Anfechtungsfristen Rechtssicherheit und Rechtsfrieden eingetreten sind, weil auch Rücknahme oder Widerruf durch die gewährende Behörde nur sehr eingeschränkt möglich sind.

- B. Unabhängig von der Frage, ob in den Beschwerdekammern und der Großen Beschwerdekammer des EPA unabhängige Gerichte im rechtsstaatlichen Sinne für den Rechtsschutz eingerichtet sind, hätte das ganz erhebliche Gefälle des Rechtsschutzes im Patenterteilungsverfahren zu Lasten des Patentwerbers schon bei Abschluss des EPÜ ins Auge springen müssen. Es widerspricht ungeachtet der in mitten stehenden Grundrechtspositionen, zu denen ich noch Stellung nehmen werde, jedenfalls dem objektiven Rechtsstaatsprinzip, dass für den Betroffenen, der die gewichtigere individuelle materiell-rechtliche Position innehat, nur ein geringerer Gerichtsschutz eröffnet ist als der für den Konkurrenten, der im Vergleich dazu lediglich eine weniger gewichtige ins Feld führen kann. Da das Patent eine schöpferische Leistung zum Gegenstand hat, ist es denkgesetzlich ausgeschlossen, dass eine Gegenposition, die letztlich allein auf der Infragestellung dieser geistigen Leistung beruht, einen ungleich höherwertigen Gerichtsschutz zuerkannt bekommt.
- C. Zu dieser Problematik und offenkundigen Diskrepanz verhalten sich weder die Erwägungen des Übereinkommens über ein einheitliches Patentgericht noch die zur Verordnung (EU) Nr. 1257/2012. Gleichwohl sind alle Probleme und Defizite, die sich möglicherweise aus dem EPÜ unter Beurteilung der Maßstäbe des nationalen Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland ergeben, durch die Regelung in Art. 2 lit. f) des Übereinkommens in dieses und in die durch dieses Übereinkommen geschaffene neue Patentorganisation übertragen. Es ist schon an dieser Stelle

offenkundig, dass der Lösungsweg, als solche wahrgenommene Probleme und Schwächen des EPÜ nicht dort und damit vertragsimmanent einer Lösung zuzuführen, sondern eine neue Patentorganisation mit zumal geringerer Mitgliederzahl zu schaffen, keine "Verbesserung" bringen kann, sondern in hervorragender Weise geeignet ist, eine neue Problemkette zu entwickeln. Eine solche erfordert zwangsläufig ein komplizierteres Verfahren und führt vom Vertrags- und Regelungsgegenstand zu Lasten der Betroffenen weg.

2. Verfassungsrechtliche Bedenken

Die verfassungsrechtliche Betrachtung beschränke ich auf den zentralen Vertragsgegenstand des Übereinkommens, die Schaffung eines einheitlichen Patentgerichts für die dortigen Vertragsstaaten. Mögliche weitere Bedenken, die sich aus dem Zusammenhang der europäischen Verträge und der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland ergeben könnten, blende ich aus. Hierzu hat Herr Jaeger Stellung genommen (NJW 2013, 1998 ff.). Zudem hat Spanien in seiner Klage gegen dieses Übereinkommen Angriffe wegen Verletzung der europäischen Verträge formuliert.

Für die deutsche Sicht ist die Schaffung eines einheitlichen Patentgerichts nach diesem Übereinkommen jedenfalls unter zwei Gesichtspunkten erörterungsbedürftig. Es geht zum einen darum, dass ein solches Gericht nur eingerichtet wird für solche Streitfälle, die sich nach Erteilung eines Patents nach dem EPÜ entwickeln. Führt hingegen eine Anmeldung nicht zum Erfolg, verbleibt es bei der Regelung in Art. 68 EPÜ, dass die in den Art. 64 und 67 vorgesehenen Wirkungen der europäischen Patentanmeldung und des darauf erteilten europäischen Patents in dem Umfang gelten, in dem das Patent im Einspruchs-, Beschränkungs- oder Nichtigkeitsverfahren widerrufen oder beschränkt worden ist. Gegenstand des Übereinkommens über ein einheitliches Patentgericht ist nach dessen Art. 2 lit. f) nur ein "europäisches Patent mit einheitlicher Wirkung", das nach dem EPÜ erteilt worden ist und 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. Der erfolglose Anmelder fällt hiernach aus dem neu geschaffenen Gerichtsschutz heraus. Es gilt deshalb, seine Position verfassungsrechtlich unter zwei Gesichtspunkten zu betrachten: Einmal unter dem des Art. 14 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich eines in dieser Konstellation verweigerten Eigentumsschutzes und ferner die Position des erfolglosen Anmelders im Vergleich zu seinen Konkurrenten, für die lediglich die Stellung im wirtschaftlichen Wettbewerb streitet.

- A. Was den Eigentumsschutz für Patente anbetrifft, ist zunächst noch nicht entscheidend, ob den Beschwerdekammern und der Großen Beschwerdekammer des EPA Gerichtsqualität zuzuerkennen ist. Vielmehr steht für mich für diese Problemstellung im Vordergrund, welche Konturen Art. 14 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland für die Rechtsposition des Patentanmelders vermittelt. Das Bundesverfassungsgericht hat erstmals in BVerfGE 36, 281, S. 290 f. näher zum verfassungsrechtlichen Schutz des Patents Stellung genommen, während es in BVerfGE 18, 85, S. 90 f. und S. 94 f. wegen der damals gegebenen prozessualen Konstellation hierzu noch keine Veranlassung hatte. Es führt hier vor allem aus:

"Seit langem wird die patentfähige Erfindung als eine Rechtsposition angesehen, die - schon vor der Patenterteilung - zwar noch kein ausschließliches Recht am Erfindungsgedanken, wohl aber bereits Schutzansprüche in der Person des Erfinders entstehen lässt und schon Gegenstand von Rechtsgeschäften sein kann ... Dieses allgemeine Erfinderrecht stellt ein technisches Urheberrecht dar, das schon vor der Patentierung insbesondere Abwehr- und Schadensersatzansprüche gewährt, die neben dem - öffentlich-rechtlichen - Anspruch auf Erteilung des Patents und schließlich dem Recht aus dem Patent stehen. Die Rechtsordnung hat das Recht zur wirtschaftlichen Auswertung einer neuen Idee, die Technik und Wissenschaft fördert, demjenigen zuerkannt, der sie hervorgebracht hat. Er hat Anspruch auf eine gerechte Vergütung für die Verwertung seiner Leistung durch Dritte.

Die dem Erfinder so zugeordnete Rechtsposition genießt den Eigentumschutz des Grundgesetzes. Dieses enthält allerdings keine Definition des Eigentumsbegriffs im verfassungsrechtlichen Sinn. ... hat das Bundesverfassungsgericht zum allgemeinen Urheberrecht ausgesprochen, dass die sichernde und abwehrende Funktion der Eigentumsgarantie es gebietet, die vermögenswerten Befugnisse des Urhebers an seinem Werk als "Eigentum" im Sinne des Art. 14 GG anzusehen und seinem Schutzbereich zu unterstellen. Das gilt entsprechend für das technische Urheberrecht des Erfinders, da keine Gründe für eine andere verfassungsrechtliche Beurteilung erkennbar sind."

Diese Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts betreffen den materiellen Gehalt der Position des Erfinders und damit die materielle Absicherung durch den Eigentumsschutz des Art. 14 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland. Hier kann die Betrachtung allerdings nicht stehen bleiben. Vielmehr ist mit in den Blick zu nehmen, wie das Verfahren gestaltet ist, an dessen Ende bei günstigem Verlauf die materielle Verfassungsposition steht. Es geht um die verfahrensmäßige Absicherung des Eigentumsschutzes und den Anspruch der in einem hoheitlich geführten Verfahren befindlichen Menschen auf effektiven Rechtsschutz. Dieser wird zu Recht allgemein als in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 des Grundgesetzes gewährleistet gesehen. Hiernach steht jemandem, wenn er durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, der Rechtsweg offen. Es wird durch diese Regelung kein subjektives Recht begründet, sondern vorausgesetzt. Im Hinblick darauf weist BVerfGE 24, 367 - Hamburger Deichordnung (zugrunde lag die Neuordnung nach der verheerenden Flutkatastrophe von 1962 mit zahlreichen Toten) einen anderen Weg (S. 401 f.).

Das Bundesverfassungsgericht leitet den Anspruch des Einzelnen auf einen effektiven Rechtsschutz aus dem speziellen materiellen Grundrecht her. Zugleich wird auf das rechtsstaatliche System des Grundrechtsschutzes im Bereich der Eigentumsordnung hingewiesen. Diese Überlegungen werden in der Folgezeit in zahlreichen Entscheidungen weiter aufgefächert. In der schon erwähnten Entscheidung

BVerfGE 36, 281 weist das Bundesverfassungsgericht z. B. darauf hin, dass der Gesetzgeber bei Regelungen im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes das Rechtsstaatsprinzip beachten muss und zugleich wird seine Bindung an den allgemeinen Gleichheitssatz betont (a.a.O. S. 293 und S. 296 f.). Hieran muss sich das EPÜ messen lassen und das Ergebnis ist relevant für das geplante Übereinkommen über ein einheitliches Patentgericht wegen des eingangs erläuterten "Komplementärverhältnisses". Durch die Anerkennung und Übernahme der Regelungen des EPÜ über die Erteilung oder endgültige Ablehnung eines Patents bilden beide Übereinkommen insoweit eine Einheit. Allerdings wird die Ausgestaltung des Erteilungsverfahrens nach dem EPÜ den vom Bundesverfassungsgericht formulierten Grundbedingungen nicht gerecht und es vermag nicht die von ihm aus Art. 14 Abs. 1 des Grundgesetzes hergeleiteten Forderungen zu erfüllen: Zuordnung des Vermögenswerts der "Erfindung" und die Dispositionsbefugnis hierüber an den, der sich für die Allgemeinheit verdient gemacht hat. Das EPÜ stellt für den Erfinder nur einen "kurzen Prozess" auf Verwaltungsebene zur Verfügung. Es werden Gliederungen des EPA tätig, die keine Gerichtsqualität besitzen. Diese Beurteilung stützt sich auf die enge personelle Verzahnung der Beschwerdekammern und der Großen Beschwerdekammer mit dem EPA und vor allem auf die Einflussnahmemöglichkeiten von dessen Präsidenten auf deren Spruchfähigkeit in personeller und sachlicher Hinsicht.

Der Präsident des EPA ist 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 sichern. 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 Satz 1 EPÜ). Das ist nicht nur ungewöhnlich, sondern widerspricht allen hergebrachten rechtsstaatlichen Grundsätzen, wenn die Institution, deren Entscheidungen kontrolliert

werden sollen, letztlich allein den Ausschlag für die Besetzung des Kontrollorgans gibt (hierzu schon BVerfGE 4, 331).

Auch wenn dieses substantielle Mitwirkungsrecht für die Wiederernennung in lediglich eine "Anhörung" abgeschwächt wird, ist die fehlende persönliche Unabhängigkeit der Mitglieder der Beschwerdekammern und der Großen Beschwerdekammer offenkundig, zumal die Amtszeit nur fünf Jahre beträgt (zur Bedenklichkeit einer zeitlichen Begrenzung der Amtszeit eines Richters schon BVerfGE 4, 331). Allerdings hat es dabei noch nicht sein Bewenden. 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 gegenüber deren Mitgliedern 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 sie halten die gelebte Wirklichkeit fest. Der Präsident des EPA hat hierzu im Rundschreiben 342 vom 30. November 2012 nähere Regelungen erlassen und deutlich gemacht, dass er von seinen Aufsichtsbefugnissen wirksam Gebrauch machen wolle.

Es entspricht allgemein anerkanntem internationalem rechtsstaatlichem Standard, dass Richter disziplinarrechtlich nur zweifelsfreier richterlicher Gewalt oder der der Volksvertretung (Parlament) unterworfen werden dürfen, nie aber der der Exekutive. §§ 61 ff. des deutschen Richtergesetzes normieren insofern nur einen allgemein anerkannten Standard, nicht eine deutsche Besonderheit.

Eine weitere Abhängigkeit der Mitglieder der Beschwerdekammern vom Präsidenten des EPA wird über Art. 10 Abs. 2 g) EPÜ dadurch geschaffen, dass er über die Beförderung der Bediensteten des EPA entscheidet. In diese Kategorie fallen aber auch die Mitglieder der Beschwerdekammern, wenn sie in den Verwaltungsdienst des EPA zurückkehren. Vor diesem Hintergrund ist die Regelung in Art. 23 EPÜ unbehelflich. Sie vermag gerade nicht die dort "gewährleistete" Unabhängigkeit der Mitglieder der Kammern sicherzustellen. In dem von mir schon erwähnten Gut-

achten in der Rechtssache Purdue Pharma L.P., das inzwischen öffentlich zugänglich ist, habe ich zu dieser Problematik ausführlich Stellung genommen (S. 8 ff.) und belasse es aus Zeitgründen hier bei der zusammenfassenden Beurteilung. Zudem wird Herr Dr. Teschemacher nachfolgend hierzu eingehend Stellung nehmen.

Für die Problemstellung gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 1 des Grundgesetzes "Zuordnung des Ergebnisses der geistigen Tätigkeit des Erfinders" ergibt sich, dass das von den Vertragsstaaten des EPÜ vereinbarte Verfahren jedenfalls nicht den Anforderungen gerecht wird, die sich aus der Verfassungsrechtslage in der Bundesrepublik Deutschland ergeben. Dieser Verfassungsverstoß wird in das Übereinkommen über ein einheitliches Patentgericht durch Art. 2 lit. f) übernommen, weil es an das abgeschlossene Erteilungsverfahren nach dem EPÜ anknüpft und gegen negative Entscheidungen der Beschwerdekammern einschließlich der Großen Beschwerdekammer keinen Gerichtsschutz eröffnet.

Da ich dem geplanten einheitlichen Patentgericht aufgrund dieses Übereinkommens ohnehin ablehnend gegenüberstehe und nach wie vor eine vertragsimmanente Lösung innerhalb der EPO unter Einbeziehung und Neugestaltung des EPA favorisiere, möchte ich auf einen schlichten Lösungsweg verweisen. Allein die Herauslösung der Beschwerdekammern einschließlich der Großen Beschwerdekammer des EPA und die personelle Verselbstständigung würde den vorgestellten Anforderungen vollen Umfangs gerecht. Es ist auch nicht so, dass man innerhalb des EPA die Probleme nicht gesehen hätte. In den 90-er Jahren des vorigen Jahrhunderts hat eine Arbeitsgruppe unter dem Vorsitz der damaligen Präsidentin des Bundespatentgerichts, Frau Sedemund-Treiber, Überlegungen in diese Richtung angestellt (s. hierzu den Beitrag von Messerli, Die organisatorische Verselbstständigung der Beschwerdekammern des Europäischen Patentamts, in der Festschrift für Gert Kolle und Dieter Stauder, Köln 2005, S. 441 ff.; ferner Mitteilung des Europäischen Patentamts (13/03) vom 12. Juni 2003, Standing Advisory Committee before the European Patent Office, Organisational autonomy of the Boards of Appeal of the European Patent Office within the European Patent Organization). Eine andere

vertragsimmanente Lösungsmöglichkeit bezüglich des geplanten Übereinkommens über ein einheitliches Patentgericht könnte darin liegen, dessen Zuständigkeit auf europäische Patentanmeldungen mit einheitlicher Wirkung zu erstrecken und damit den Rechtsschutz, der beim EPA bisher eröffnet ist, zu verlängern. Gleichwohl würden dadurch nicht meine eingangs erläuterten grundsätzlichen Bedenken gegen das Übereinkommen ausgeräumt, weil immer bleibt: Die etablierte Stellung des EPA nach dem EPÜ und die von ihm seit 1973 entwickelte Patentrechtskultur erfährt nicht die gebotene Wertschätzung. Es geht hier nicht darum, dem EPA zu schmeicheln, sondern darum, dass die EPO und die insgesamt 38 Vertragsstaaten im weltweiten Wirtschaftsverkehr durch das Übereinkommen über ein einheitliches Patentgericht nicht gestärkt, sondern geschwächt werden.

- B. Ein weiterer verfassungsrechtlicher Einwand rührt daher, dass durch das Übereinkommen die Mitwettbewerber gegenüber dem unterlegenen Anmelder dergestalt bevorzugt werden, dass sie das erteilte Patent später in einem Nichtigkeitsverfahren - und das zeitlich unbegrenzt - angreifen können. Es ist denkgesetzlich ausgeschlossen, dass Mitwettbewerber, für die die grundrechtliche Position der wirtschaftlichen Betätigung als Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes spricht, gegenüber dem Patentanmelder, für den Art. 14 Abs. 1 Satz 1 des Grundgesetzes streitet, eine höher zu bewertende Grundrechtsposition erlangen können. Der Schutz des Eigentums ist an die Menschenwürde angebunden; denn nur der kann ein Leben in Würde im Sinne des Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes führen, der auch über Eigentum verfügt. Auch wenn in der Teilnahme am Wirtschaftsleben für die Mitwettbewerber eine Eigentumsposition liegt, ist diese nicht so gewichtig, dass der hier konstruierte Abstand des Gerichtsschutzes zwischen beiden Grundrechtspositionen sachlich begründet werden könnte.

Zudem ist auch an den Grundsatz der Gleichbehandlung zu denken. Er gebietet, gleiche Sachverhalte gleich und ungleiche Sachverhalte entsprechend ihrer Verschiedenheit unterschiedlich zu behandeln. Es ist dem Gesetzgeber in diesem Zu-

sammenhang verwehrt, durch seine normativen Entscheidungen gleichsam die sachliche Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung zu schaffen.

Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Zusammenhang in einer seiner jüngsten Entscheidungen (Beschluss vom 19. Juni 2012 - 2 BvR 1397/09 -, BVerfGE 131, 239 - zufällig zur eingetragenen Lebenspartnerschaft) wie folgt formuliert:

"Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln sowie wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (z. B. BVerfGE 126, 400, S. 416; ständige Rechtsprechung). Verboten ist daher auch ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird (vgl. z. B. BVerfGE 110, 412, S. 431; ... 126, 400, S. 416; ständige Rechtsprechung).

Aus Art. 3 Abs. 1 GG ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (vgl. z. B. BVerfGE 88, 87, S. 96; ... 124, 199, S. 219; ... ständige Rechtsprechung). Genauere Maßstäbe und Kriterien dafür, unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall das Willkürverbot oder das Gebot verhältnismäßiger Gleichbehandlung durch den Gesetzgeber verletzt ist, lassen sich nicht abstrakt und allgemein, sondern nur bezogen auf die jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereiche bestimmen (vgl. BVerfGE 75, 108, S. 157; ... 121, 108, S. 119; ...).

Im Fall der Ungleichbehandlung von Personengruppen besteht regelmäßig eine strenge Bindung des Gesetzgebers an die Erfordernisse des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes; dies gilt auch dann, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten (nur) mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt ...

Eine Norm verletzt danach dann den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, wenn durch sie eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten verschieden behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können ..." (BVerfGE 131, 239, S. 255/256).

Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung wird zwangsläufig relevant, dass beim EPA durch die Beschwerdekammern und die Große Beschwerdekammer kein Gerichtsschutz im rechtsstaatlichen Sinn eröffnet ist und deshalb die Ungleichbehandlung der beiden Personengruppen noch weniger rechtfertigungsfähig ist. Damit ist das Übereinkommen über ein einheitliches Patentgericht wegen gleichheitswidriger Behandlung von Patentanmeldern im Falle des Unterliegens beim EPA und seinen Mitwettbewerbern im Falle der Erteilung des Patents mit einem vollen rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechenden Gerichtsschutz wegen Verstoßes gegen Art. 14 Abs. 1 Satz 1 und Art. 3 Abs. 1 GG in seinem zentralen Regelungsgegenstand - Schaffung eines einheitlichen Patentgerichts für die 25 Vertragsstaaten - verfassungswidrig.

3. Positive Aspekte des Übereinkommens

Wenn ich meine grundsätzlichen Bedenken gegen das geplante Übereinkommen wegen meiner Sympathie für die EPO und das für diese handelnde EPA und die inzwischen von diesem generierte Patentrechtskultur zurückstelle, ist es selbst mir möglich, in dem Übereinkommen positive Entwicklungen zu entdecken. Allerdings werde ich auch immer die bohrenden Fragen dahingehend stellen, warum das Augenmerk nicht auf eine Fortentwicklung des EPÜ gerichtet wurde. Einwände und Hinweise darauf, dass dies politisch nicht vollständig umsetzbar gewesen wäre, weise ich in diesem und in anderen Zusammenhängen etwa zur europäischen Integration bezüglich Erweiterung und Vertiefung wie auch sonst bei völkerrechtlichen Verträgen, aber auch Gesetzesvorhaben - letztes Beispiel Neuregelung des Länder-

finanzausgleichs in der Bundesrepublik Deutschland - als neben der Sache liegend zurück. Der Verfassungsjurist und der verantwortungsbewusste Politiker und Gesetzgeber muss sich immer darüber im Klaren sein und sich vergewissern, dass eine Neuregelung wegen politischer Widerstände nicht angestrebt werden darf, die hinter verfassungsrechtlichen Anforderungen zurückbleibt oder nur mit geringer Sachgerechtigkeit umgesetzt werden kann. Dann gibt es nur eine rechtsstaatlich-demokratisch zu verantwortende Entscheidung: Man muss von der Neuregelung oder Erweiterung und Vertiefung bei der europäischen Integration Abstand nehmen. Dass etwas "geschehen muss", ist kein Wert an sich und Aktionismus in solchen Fällen eher geeignet, Unsicherheit zu schaffen und stabile Lagen ins Rutschen zu bringen, wie man etwa an der Eurokrise sieht. Unvollkommene Lösungen sind in keinem Fall das Gebot der Stunde. So auch hier.

Dies vorausgeschickt einige positive Anmerkungen zu dem geplanten Übereinkommen:

- A. Die Einrichtung eines einheitlichen Gerichts für die Prüfung und Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über Patente, die nicht nur in einem Staat gelten, ist fraglos zu begrüßen. Damit werden Rechtssicherheit, Verlässlichkeit, Berechenbarkeit und Rechtsfrieden als elementare Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips gewährleistet. Diese sind im Geltungsbereich des EPÜ nur in der Konstellation gegeben, wenn eine Patentanmeldung nicht zum Erfolg führt, weil dann die Konzentration des Verfahrens und sein endgültiger Abschluss innerhalb des EPA und seiner Institutionen gegeben und kein weiterer gleichsam verlängerter Rechtsschutz des unterlegenen Anmelders in eine nationale Rechtsordnung eines Vertragsstaates des EPÜ kraft der Regelung in Art. 68 eröffnet ist.

Hingegen kann das erteilte Patent ganz unterschiedliche Schicksale erleiden, weil der für die Mitwettbewerber eröffnete Rechtsschutz gemäß den Rechtsordnungen der benannten Vertragsstaaten autonom und unabhängig von den anderen Vertragsstaaten gewährt wird. Diese Vertragsgestaltung in Bezug auf den Rechtsschutz kann also dazu führen, dass ein europäisches Patent in einem Vertragsstaat für

nichtig erklärt, hingegen in einem anderen ebenfalls benannten Vertragsstaat bestätigt wird. Das war von Anfang an ein wesentlicher Konstruktionsmangel des EPÜ, weil es keine Institution mit einer Monopolstellung für die Prüfung der Bestandskraft eines europäischen Patents geschaffen hat. Insofern ist die Einrichtung eines einheitlichen Patentgerichts zweifellos ein wesentlicher Fortschritt und erfüllt zudem ein zentrales rechtsstaatliches Gebot.

Gleichwohl darf man nicht übersehen, dass die Einrichtung eines einheitlichen Patentgerichts auch innerhalb der EPO möglich gewesen wäre. Das EPÜ sieht in Art. 143 Abs. 1 vor, dass die Gruppe von Vertragsstaaten, die von der Möglichkeit des Art. 142 Abs. 1 Gebrauch gemacht hat, dem Europäischen Patentamt zusätzliche Aufgaben übertragen kann. Für die Durchführung dieser zusätzlichen Aufgaben können im Europäischen Patentamt besondere, den Vertragsstaaten der Gruppe gemeinsame Organe gebildet werden. Die Gruppe von Vertragsstaaten kann nach Maßgabe des Art. 144 EPÜ die Vertretung von den in Art. 143 Abs. 2 EPÜ genannten Organen besonders regeln. Ein solches gemeinsames Organ kann naheliegender auch das einheitliche Patentgericht sein. Art. 149 a) EPÜ weist hierzu noch eine spezielle Regelung auf. Gemäß seinem Absatz 1 lässt das EPÜ das Recht aller oder einiger Vertragsstaaten unberührt, besondere Übereinkommen über alle europäischen Patentanmeldungen oder Patente betreffenden Fragen zu schließen, die nach diesem Übereinkommen nationalem Recht unterliegen und dort geregelt sind, wie insbesondere ein Übereinkommen über die Schaffung eines gemeinsamen europäischen Patentgerichts für die ihm angehörenden Staaten (a) wie auch ein Übereinkommen über die Schaffung einer gemeinsamen Einrichtung für die ihm angehörenden Vertragsstaaten, die auf Ersuchen nationaler Gerichte oder gerichtsähnlicher Behörden Gutachten über Fragen des europäischen oder damit harmonisierten nationalen Patentrechts erstattet (b).

Es hätte also der Gründung einer europäischen Patentorganisation neben der vom EPÜ geschaffenen und auf der EU-Ebene angesiedelten nicht bedurft.

Erstaunlich ist, aber durchaus sehr positiv zu vermerken, dass das EPÜ Probleme vorweggenommen hat und eine Lösung für deren Bewältigung anbietet, die in dem jetzt zur Diskussion stehenden Übereinkommen angelegt sind. So regelt Art. 149 a) EPÜ etwa, dass die Gruppe von Vertragsstaaten ein Übereinkommen schließen kann, demzufolge die ihm angehörenden Vertragsstaaten auf Übersetzungen europäischer Patente nach Art. 65 EPÜ ganz oder teilweise verzichten und der Verwaltungsrat der EPO befugt ist, zu beschließen, dass die Mitglieder der Beschwerdekammern oder der Großen Beschwerdekammer in einem europäischen Patentgericht oder einer gemeinsamen Einrichtung tätig werden und in Verfahren vor diesem Gericht oder dieser Einrichtung nach Maßgabe eines solchen Übereinkommens mitwirken dürfen und ferner, dass das Europäische Patentamt einer gemeinsamen Einrichtung das Unterstützungspersonal, die Räumlichkeiten und die Ausstattung zur Verfügung stellt, die sie zur Durchführung ihrer Aufgaben benötigt.

Die an sich erreichten "Vorteile" mit der Einrichtung eines einheitlichen Patentgerichts und damit einer Beseitigung der Zersplitterung des Rechtsschutzes durch Aufteilung auf die benannten Vertragsstaaten, erfährt allerdings eine ganz erhebliche Schwächung dadurch, dass das Gericht nicht als eine Einheit mit einem einheitlichen Sitz geschaffen, sondern mit Zentralkammer und Abteilungen und weiteren damit in Zusammenhang stehenden Ungereimtheiten bei der Besetzung, im Besonderen auch mit der Zusammensetzung der örtlichen Kammern verbunden sind (hierzu Art. 6, 7, 8 und 9 des Übereinkommens). Hiermit steht auch die Einrichtung eines Richterpools in Zusammenhang, wie ihn Art. 18 Abs. 1 des Übereinkommens vorsieht. Es widerspricht rechtsstaatlich-demokratischem Standard und dem Gebot des gesetzlichen Richters, wenn Art. 18 Abs. 3 des Übereinkommens vorsieht, dass der Präsident des Gerichts erster Instanz Zuweisungen aus dem Richterpool vornehmen darf und dies ferner *ad hoc* für bestimmte Verfahren und nicht abstrakt vorherbestimmt geschehen kann.

- B. Die Konzentration von Patentverletzungsklagen und Klagen auf Nichtigerklärung von Patenten gemäß Art. 32 Abs. 1 des Übereinkommens wie auch Klagen auf Zah-

lung einer Lizenzvergütung und weiteren Klagen auf ein einheitliches Patentgericht ist unbestreitbar ein großer Vorzug. Hiermit ist der Prozessökonomie optimal gedient, weil die Inanspruchnahme verschiedener Gerichte und damit "Abstimmungsprobleme" vermieden werden. Zur Vermeidung divergierender Entscheidungen bedürfte es eines "übergeordneten" gemeinsamen Gerichts, das die Rechtsfragen etwa im Verletzungs- und Nichtigkeitsrechtsstreit zusammenführt. Insoweit haben sich trotz der Zusammenführung beim Bundesgerichtshof auch in der Bundesrepublik Deutschland fortwährend Unzuträglichkeiten dadurch ergeben, dass sich die Frage der Aussetzung eines Patentverletzungsrechtsstreits stellt, wenn ein Nichtigkeitsverfahren in der Berufung beim Bundesgerichtshof rechtshängig war. Solche Missheiligkeiten können wir häufiger bei vergleichbaren unterschiedlichen Rechtsschutzwegen beobachten, etwa im Strafprozess, wenn wegen Schadensersatzes und Schmerzensgeld nicht das Adhäsionsverfahren beschritten, sondern nach Abschluss des Strafverfahrens die Zivilgerichte angerufen werden. Hier kann es zu divergierenden Entscheidungen kommen, wie vor noch nicht allzu langer Zeit in Baden-Württemberg, als das Zivilgericht im Schadensersatz- und Schmerzensgeldprozess trotz entgegenstehender Rechtskraft des Strafurteils die Täterschaft des Beklagten verneint und damit die Wiederaufnahme des Strafverfahrens erzwungen hat. Dieses endete (sogar) mit Freispruch durch den BGH in letzter Instanz.

Die Konzentration von Patentverletzungs- und Nichtigkeitsverfahren führt neben der Beschleunigung auch zu Kostenersparnis und fördert die Rechtssicherheit. Allerdings bleibt auch insoweit ein Problem bestehen, das aber das gesamte Patentrecht durchzieht: Patentnichtigkeitsklagen können zeitlich unbeschränkt erhoben werden, solange Rechtsstreitigkeiten hierüber wegen Verletzung oder anderer Ansprüche nicht abschließend entschieden sind. Trotzdem muss für die Zukunft weiter auch hierüber nachgedacht werden. Das Patentrecht steht insoweit in Widerspruch zu dem allgemein erreichten Standard über die nur ausnahmsweise möglichen Widerruf und Rücknahme bei bestandskräftigen öffentlich rechtlichen Gestattungen (vgl. hierzu z. B. § 48 und § 49 des Verwaltungsverfahrensgesetzes der Bundesrepublik Deutschland).

Eine zeitlich beschränkte Anfechtbarkeit eines bestätigten Patents fördert die Rechtssicherheit und die Dispositionssicherheit im Wettbewerb. Alle Teilnehmer können sich auf die Verbindlichkeit eines Patents verlassen und sich mit ihren Investitionen und Investitionsüberlegungen einstellen. Ein fortwährender "Wettbewerb" in diesem Teilbereich, den ich nicht selten erlebt habe, ist dem allgemeinen wirtschaftlichen Klima nicht förderlich und gerade für die kleinen und mittleren Unternehmen, die nach dem Übereinkommen gestärkt werden sollen, eher gefährlich und ihrer Entwicklung nachteilig. Auf diese Weise würde auch eine rechtsstaatliche Symmetrie im Patentschutz hergestellt.

III.

Zusammenfassung und Ausblick

Wegen meiner grundsätzlichen Einwendungen und Bedenken gegen das Übereinkommen über ein einheitliches Patentgericht können die auch von mir gesehenen "Verbesserungen" gegenüber dem System des EPÜ keine durchgreifende Bedeutung erlangen. Ich sehe darüber hinaus für viele Jahre große Schwierigkeiten bei der Gewinnung sachkundigen Personals, die durch die räumliche Zersplitterung der Spruchkörper nicht geringer werden und für die Patentwerber nicht unerhebliche Risiken. Zudem provoziert das Übereinkommen Manipulationen der "Kunden" in Bezug auf die Voraussetzungen dezentraler Spruchkörper (hierzu Art. 7 Abs. 2, 3 und 5 i.V.m. Art. 8). Für die Praxis bedarf es aus der Sicht des Verfassungsjuristen einer Abwägung, ob man von dem Angebot dieses Übereinkommens Gebrauch macht. Die bisherigen Systeme nach dem EPÜ und davon unabhängig die Ausgestaltung in den Rechtsordnungen der Vertragsstaaten des EPÜ bleiben bestehen. Letztlich haben die Patentwerber es in der Hand, ob die neue Patentorganisation mit Leben erfüllt werden kann.

Dazu noch eine abschließende Anmerkung: Während meiner Richterzeit im Patentsenat des BGH war ich in einem Nichtigkeitsrechtsstreit Berichterstatter. Dieser betraf einen in vielen Industriestaaten geschützten Gegenstand. Der Gegenstandswert vor etwa 20 Jahren belief sich auf 1,2 Milliarden US-Dollar. Die beiden nichtdeutschen Kontrahenten hatten

einen außergerichtlichen Vergleich dahingehend geschlossen, dass sie sich weltweit entsprechend dem Urteil des BGH vergleichen werden.