

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 Deutschen Sektion der Internationalen
Juristenkommission e.V. und der Juristischen
Studiengesellschaft Karlsruhe
Mitglied des Internationalen Beratungskomitees und
Ehrevorsitzender des Think tank Africacast von CAFRAD

**Vortrag zur Eröffnungsfeier des Büros der Patent- und
Rechtsanwälte Cohausz und Florack in München
am 28. November 2017**

Hotel Bayerischer Hof

Thema: EPÜ, EPG und das Grundgesetz

Vorbemerkung:

Nachfolgend wird eine umfassendere rechtswissenschaftliche Grundlage zu dem oben formulierten Thema entfaltet. Darauf beruht der Abendvortrag von 30 Min. Damit soll die Gelegenheit gegeben werden, die Problematik eigenständig distanziert zu reflektieren.

A. Einführung

1. 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, weil zukünftig ein flächendeckender einheitlicher Patentschutz in Europa eröffnet werde. Dieser sei kostengünstig zu erlangen und könne effizient in einem Verfahren vor dem Einheitlichen Patentgericht mit Wirkung für alle teilnehmenden EU-Mitgliedstaaten durchgesetzt werden.
2. Es ist sonach eine neue Staatenverbindung auf europäischer Ebene geplant. Da an Staatenverbindungen in Europa und weltweit kein Mangel besteht, ist es unumgänglich, sich zunächst Gedanken über sachgerechte Grundlagen von Staatenverbindungen zu machen. Dies erfordert eine sorgfältige und gewissenhafte – von gelenkten Politik- und Lobbyeinflüssen losgelöste – Bestandsaufnahme dessen, was schon "in der Welt ist" und welche Rückwirkungen von dem Vorhaben absehbar sind und deshalb verantwortungsvoll in die Beurteilung eines "Mehrwerts" desselben eingestellt werden müssen.
3. Zur Entfaltung dieser weit ausgreifenden Grundlage von Staatenverbindungen stütze ich mich auf zahlreiche frühere und unmittelbar vorhergehende Untersuchungen und Betrachtungen. Diese zitiere ich nicht mehr im einzelnen, sondern bezeichne sie auswahlweise nachfolgend (weiterführende Hinweise

und Belege sind im Broß-Archiv des BayerischerAnwaltVerband und in der Bibliothek des Bundesverfassungsgerichts nachgewiesen):

Überlegungen zu den Grundlagen von Staatenverbindungen, Festschrift für Herbert Landau, Tübingen 2016, S. 29 ff.; Wenn rechtsstaatlich-demokratische Ordnungsrahmen stören oder hinderlich sind – Überlegungen zur Entstehung von Parallelwelten –, Festschrift für Wolfgang Krüger, München 2017, S. 533 ff.; Die Patenterteilungspraxis nach dem EPÜ – Erosion des Rechtsstaates?, GRUR Int. 2017, S. 670 ff.; Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit. In: Reihe Mitbestimmungsförderung, Report Nr. 4, Hrsg. Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf, Januar 2015; TTIP und CETA. Überlegungen zur Problematik der geplanten Freihandelsabkommen der Europäischen Union mit den Vereinigten Staaten von Amerika und Kanada, Schriften zur kommunalen Daseinsvorsorge, Heft 4, Berliner Wassertisch, 2015; Einheitspatent und Einheitliches Patentgericht im europäischen Integrationsprozess – verfassungsrechtliche Perspektive, Zeitschrift für Geistiges Eigentum 2014, S. 1 ff.; Grundrechte und Grundwerte in Europa, JZ 2003, S. 429 ff.; Überlegungen zum gegenwärtigen Stand des europäischen Einigungsprozesses – Probleme, Risiken und Chancen, EuGRZ 2002, S. 574 ff.; Nationaler und europäischer Schutz der Bürger- und Menschenrechte, Vortrag am 3. September 2010 in Rastatt, Erstes Gustav-Heinemann-Forum, veröff. 2011 (Humanistische Union); Europa – Gesellschaft im Wandel, Vortrag 28. September 2012, Freiburg/Breisgau, DAAD-Alumnitreffen; Bundesverfassungsgericht – Europäischer Gerichtshof – Gerichtshof für Kompetenzkonflikte, VerwArch 92 (2001), S. 425 ff.; Rechtsschutzprobleme im Mehrebenensystem, VerwArch 97 (2006), S. 332 ff.

4. Vor diesem Hintergrund gilt es zunächst, den Eingangserwägungen zu dem Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht und deren Übereinstimmung mit den angemessenen und sachgerechten Grundlagen für Staatenverbindungen nachzugehen. Das ist nachfolgend die von mir so bezeichnete und stets bei dieser und vergleichbaren Fragestellungen zunächst ermittelte und betrachtete Makroebene (B.). Daran schließt sich auf einer

Mikroebene die Erörterung ausgewählter Strukturelemente des Übereinkommens an (C.). Die Darstellung schließt mit einem Ausblick ab (D.).

B. Makroebene

- I. Für die hier im Rahmen des Themas anzustellenden Überlegungen verdienen vor allem die nachfolgend zitierten Eingangserwägungen zu dem Übereinkommen Beachtung:
 - In der Erwägung, dass der fragmentierte Patentmarkt und die beträchtlichen Unterschiede zwischen den nationalen Gerichtssystemen sich nachteilig auf die Innovation auswirken, insbesondere im Falle kleiner und mittlerer Unternehmen, für die es schwierig ist, ihre Patente durchzusetzen und sich gegen unberechtigte Klagen und Klagen im Zusammenhang mit Patenten, die für nichtig erklärt werden sollten, zu wehren;
 - In der Erwägung, dass das Europäische Patentübereinkommen (EPÜ), das von allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ratifiziert worden ist, ein einheitliches Verfahren für die Erteilung europäischer Patente durch das Europäische Patentamt vorsieht;
 - In dem Wunsch, durch die Errichtung eines Einheitlichen Patentgerichts für die Regelung von Rechtsstreitigkeiten über die Verletzung und Rechtsgültigkeit von Patenten die Durchsetzung von Patenten und die Verteidigung gegen unbegründete Klagen und Klagen im Zusammenhang mit Patenten, die für nichtig erklärt werden sollten, zu verbessern und die Rechtssicherheit zu stärken;
 - In der Erwägung, dass der Gerichtshof der Europäischen Union die Einheitlichkeit der Rechtsordnung der Union und den Vorrang des Rechts der Europäischen Union sicherzustellen hat;

- Unter Hinweis auf die Verpflichtungen der Vertragsmitgliedstaaten im Rahmen des Vertrags über die Europäische Union (EUV) und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), einschließlich der Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV und der Verpflichtung, durch das Einheitliche Patentgericht die uneingeschränkte Anwendung und Achtung des Unionsrechts in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet und den gerichtlichen Schutz der dem Einzelnen aus diesem Recht erwachsenden Rechte zu gewährleisten;
- In der Erwägung, dass das Einheitliche Patentgericht, wie jedes nationale Gericht auch, das Unionsrecht beachten und anwenden und in Zusammenarbeit mit dem Gerichtshof der Europäischen Union – dem Hüter des Unionsrechts – seine korrekte Anwendung und einheitliche Auslegung sicherstellen muss; insbesondere muss es bei der ordnungsgemäßen Auslegung des Unionsrechts mit dem Gerichtshof der Europäischen Union zusammenarbeiten, indem es sich auf dessen Rechtsprechung stützt und ihn gemäß Art. 267 AEUV um Vorabentscheidungen ersucht;
- Unter Hinweis auf den Vorrang des Unionsrechts, das den EUV, den AEUV, die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, die vom Gerichtshof der Europäischen Union entwickelten allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts, insbesondere das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem Gericht und das Recht, von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht in einem fairen Verfahren öffentlich und innerhalb angemessener Frist gehört zu werden, sowie die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und das Sekundärrecht der Europäischen Union umfasst;
- In der Erwägung, dass dieses Übereinkommen jedem Mitgliedstaat der Europäischen Union zum Beitritt offen stehen sollte; Mitgliedstaaten, die beschlossen haben, nicht an der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes teilzunehmen, können sich in

Bezug auf europäische Patente, die für ihr jeweiliges Hoheitsgebiet erteilt wurden, an diesem Übereinkommen beteiligen.

- 1a. Die hier ausgewählten Eingangserwägungen bieten mehrere Ansatzpunkte für Überlegungen zu den allgemeinen Grundlagen von Staatenverbindungen. Gedanklich muss sich die erste Überlegung damit befassen, auf welcher Ebene die über das Einheitliche Patentgericht zu schaffende neue Staatenverbindung angesiedelt sein wird. Im Hinblick darauf ist es unumgänglich, das Umfeld für diese neue Staatenverbindung und deren Stellung innerhalb der schon bestehenden Staatenverbindungen, die von der neuen Staatenverbindung berührt werden, abzuklären. Hierzu müssen betroffene Ebenen von Staatenverbindungen und die zwischen diesen bestehenden Abhängigkeiten, Verpflichtungen und vor allem auch politische Auswirkungen im Umgang der Staaten miteinander auch ohne rechtliche Beziehungsgeflechte identifiziert und sachgerecht bewertet werden. Erst danach kann vernünftig und angemessen mit der gebotenen Distanz und unter Ausschaltung systemfremder Einflüsse "ans Werk gegangen werden".

- b. In einem nächsten Schritt ist es angezeigt, Überlegungen hinsichtlich der in Betracht kommenden Mitglieder der neuen Staatenverbindung anzustellen. Hierzu ist es unumgänglich, zunächst für jeden in Betracht kommenden Mitgliedstaat dessen Ausgangslage und dem entsprechend die für ihn maßgeblichen Interessen zu ermitteln. Nahe liegend kann hier als Ergebnis eine weit gehende Übereinstimmung zwischen den als Mitglieder in Betracht kommenden Staaten festgestellt werden, das muss aber nicht so sein.

Diesem Problem wird häufig nicht die gebotene Aufmerksamkeit gewidmet und ein verantwortungsvoller Umgang der Akteure hiermit ist nicht oder allenfalls schwer zu erkennen. Mit einem politischen Willen, der an diesem Problem und den darauf beruhenden tatsächlichen Gegebenheiten vorbei geht, ist niemandem gedient. Vor allem wird eine an sich begrüßenswerte Idee

möglicherweise unnötig belastet oder ihre Überzeugungskraft geschmälert. Das ist das Gefährdungspotenzial für einen jedenfalls teilweisen Zerfall.

Als Beleg ist auf den Austritt Großbritanniens aus der Europäischen Union zu verweisen, aber auch die schwere Euro-Krise hat in erheblichen Fehlleistungen der politischen Akteure bei Begründung und Fortentwicklung der Europäischen Union in Missachtung vorstehend erläuteter Überlegungen zum Eingehen von Staatenverbindungen ihre Ursache. Dies wird noch durch häufig zur Erklärung und Stützung des politischen Vorgehens bemühten Worthülsen und Allgemeinplätzen wie "Finalität Europas", "unumkehrbarer dynamischer Prozess" wie auch "alternativlos" verdeutlicht. Sie sind ein Hinweis auf Rat- und Hilflosigkeit.

- c. Was die in Betracht kommenden Mitgliedstaaten betrifft, ist darauf Bedacht zu nehmen, dass im Hinblick auf die schon bestehenden zahlreichen Staatenverbindungen Doppel- und Mehrfachmitgliedschaften entstehen. Insoweit stellt sich ein Koordinierungsproblem. Damit hat es allerdings nicht sein Bewenden. Vielmehr muss bei einer solchen Gegebenheit schon in der "Vorgründungsphase" sehr sorgfältig, verantwortungsbewusst und gewissenhaft überlegt werden, ob und unter welchen Voraussetzungen durch verschiedene Mitgliedschaften in schon bestehenden Staatenverbindungen in Richtung der beabsichtigten neuen Staatenverbindung Unebenheiten, Friktionen oder gar Unvereinbarkeiten angelegt sind und dann nach der Gründung aufbrechen können. Es hilft nicht, dass man in der vagen Hoffnung, es werde nicht auffallen oder nicht wirksam, schlicht eine solche Staatenverbindung auf einer solchen "bemakelten" Grundlage ins Werk setzt.

Als Beispiel mag die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten dienen. Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind auch Mitgliedstaaten der Konvention, darüber hinaus aber noch zahlreiche weitere Staaten. Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind völkerrechtlich gebunden und alle Mitgliedstaaten dieser Staatenverbindung können zu Recht erwarten, dass jeder Mitgliedstaat seinen Verpflichtungen aus der Konvention gerecht wird und diesen vorbehaltlos nachkommt. Es erschließt

sich deshalb nicht, welchen "Mehrwert" ein Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten haben sollte. Im Gegenteil: Es ergeben sich zwangsläufig Koordinierungs- und Harmonisierungsprobleme. Diese können nicht mehr in rechtsstaatlich überzeugender Weise bewältigt werden, weil die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union dieser gegenüber und der fortbestehenden gegenüber der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht mehr als jeweils selbstständig wirken können.

Folgerichtig müsste im Falle des Beitritts der Staatenverbindung Europäische Union zur Menschenrechtskonvention die Feststellung eines Verstoßes derselben durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zugleich zu einer Zurechnung zu allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union als deren "Träger" führen, solange man nicht von einem umfassenden europäischen Bundesstaat in Gestalt der Europäischen Union auszugehen hat. Das ist bisher wegen des zentralen Strukturprinzips der begrenzten Einzelermächtigung nicht der Fall. Ergänzend ist auf das Gutachten des Europäischen Gerichtshofs vom 18. Dezember 2014 (C-2/13) hinzuweisen.

2. Auf der Makroebene sind zwei äußerlich getrennte, allerdings durch wechselseitige Wirkungszusammenhänge eng verzahnte Bereiche zu unterscheiden. Diese folgen jeweils eigenständigen Regeln; diese müssen aber für die abschließende Beurteilung der Staatenverbindung EPO zusammengeführt und demgemäß rechtlich als Einheit betrachtet werden: Der regelmäßig im Mittelpunkt des Interesses der Beteiligten und der Öffentlichkeit stehende Bereich betrifft Zweck und Gegenstand der Staatenverbindung. Diese haben das Vorhaben letztlich ausgelöst. Bei der EPO ist dies das Verfahren zur Erteilung eines Patents. Diesem gilt jedenfalls große Aufmerksamkeit – nicht immer die gebotene – und andere durch das Eingehen der Staatenverbindung ebenfalls substantielle Bereiche werden in ihrer Tragweite unterschätzt, vernachlässigt oder geraten aus dem Blickfeld der verantwortlichen Akteure. Es handelt sich bei gewissenhafter und verantwortungsbewusster Betrachtung bei vielen Staatenverbindungen hierbei

sogar um deren "Herzstück". Das sind die Bediensteten der zu gründenden Staatenverbindung und die institutionelle und arbeitsrechtliche Ausgestaltung von deren Dienstverhältnissen.

- a. Hier liegt seit Jahrzehnten vieles im Argen. Beim Eingehen von Staatenverbindungen wird dieser Bereich – wie die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu EuroControl (hierzu Broß, VerwArch 97 (2006), S. 332 ff.) und – bisher allerdings ebenfalls erfolglose – Verfassungsbeschwerden gegen Entscheidungen der Beschwerdekammern und der Großen Beschwerdekammer des EPA zeigen, normativ und strukturell nur unzureichend ausgeprägt. Die Vertragsstaaten stellen sich schlicht aus ihrer Verantwortung zur Gewährleistung der Menschenrechte sowie deren effektiven Absicherung und diesbezüglicher justizieller Kontrolle.

Diese institutionelle Kontrolle muss innerhalb der künftigen Staatenverbindung eingerichtet werden. Dies wurde schon früher etwa bei der Gründung von EuroControl übersehen. Die Mitgliedstaaten einer solchen Staatenverbindung unterhalb der Weltrechtsebene der Vereinten Nationen unterliegen, was die Beachtung und Gewährleistung der Menschenrechte betrifft, vielfältigen völkerrechtlichen Bindungen. Zunächst ist die Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen zu nennen, die unabhängig von ihrer Geltungskraft und ihrem Geltungsumfang gerade von rechtsstaatlichen Demokratien mit ihrem Geltungsanspruch und der gegenüber anderen Staaten behaupteten Vorbildfunktion beim Eingehen solcher Staatenverbindungen nicht vernachlässigt werden darf. Auf europäischer Ebene tritt seit Jahrzehnten die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten hinzu. Für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist seit geraumer Zeit zudem die Europäische Grundrechtecharta verbindlich.

Schon diese Bindungen auf der Völkerrechtsebene müssten die Staaten, die sich zur gemeinsamen Erledigung einer staatlichen Aufgabe wegen deren internationalen Auswirkungen zu einem Verbund zusammenschließen, sensibel dafür machen, dass dieses Vorhaben nicht zur Entbindung von der Beachtung und der Gewährleistung von weltweit geltenden

Menschenrechtsstandards für die in die Dienste dieser Organisation tretenden Menschen führen kann. Die genannten Regelwerke verpflichten vielmehr wegen der jeweils individuellen völkerrechtlichen Verantwortlichkeit eines jeden Mitgliedstaates diese dazu, innerhalb der neuen Staatenverbindung arbeitsrechtlich, sozial und hinsichtlich eines effektiven Rechtsschutzes entsprechende Institutionen einzurichten und diese auch rechtsstaatlich-demokratisch wirksam zu überwachen. Dazu sind sie auch aufgrund der jeweiligen nationalen Verfassung verpflichtet. Diese Bindungen sind nicht disponibel, wie etwa für die Bundesrepublik Deutschland Art. 1 Abs. 3 mit der Verpflichtung zum uneingeschränkten Schutz der Menschenwürde, Art. 20 Abs. 1 und 3 mit dem Rechts- und Sozialstaatsprinzip wie auch Art. 79 Abs. 3 GG mit deren Unabänderbarkeit unmissverständlich ins Gedächtnis rufen.

- b. Es liegt auf der Hand, dass es mit Rücksicht auf diese Ausgangslage unvereinbar ist, die Gewährleistung und den Rechtsschutz der Bediensteten einer solchen Staatenverbindung auf eine außerhalb stehende weitere Staatenverbindung zu übertragen, die ihrerseits gerade nicht unter Aufsicht und Überwachung der übertragenden Staatenverbindung steht. Auf diese Weise werden die Stellung der Bediensteten der Staatenverbindung und die Gewährleistung ihrer menschenrechtlichen Positionen disponibel. Die Beachtung der Menschenrechte steht aber nicht im Belieben eines Staates. Er kann sich seinen diesbezüglichen Bindungen nicht durch Beteiligung an einer Staatenverbindung und einer entsprechenden Ausgestaltung der Organisationsstruktur "entwinden".

Ein Beispiel mag die Problematik verdeutlichen. Seit vielen Jahren wird gerade von der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten die Beachtung und Gewährleistung der Menschenrechte in vielen Staaten rund um den Globus angemahnt oder aber – wenn wirtschaftlich nicht für opportun erachtet – allenfalls am Rande erwähnt oder gänzlich "ausgeklammert". In jüngster Zeit wurde wegen schlimmster Katastrophen mit Hunderten von Toten infolge unmenschlicher Arbeitsbedingungen in fernen Ländern bei Arbeiten für Unternehmen aus der westlichen Welt die Frage aufgeworfen, ob und in welchem Umfang transnational tätige Wirtschaftsunternehmen für die

Beachtung und Einhaltung der Menschenrechte der dort für sie tätigen Menschen verantwortlich seien. Im Hinblick darauf kann jedenfalls aktuell der Systemwiderspruch des Verhaltens und des eigenen Agierens von Staaten in Europa, die den genannten zahlreichen völkerrechtlichen und nationalen nicht disponiblen Bindungen unterliegen, nicht weiter übergangen oder gar wegdiskutiert werden.

- c. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist insoweit wenig hilfreich. Das habe ich in größerem Zusammenhang in VerwArch 92 (2001), S. 425 ff. und VerwArch 97 (2006), S. 332 ff. und FS Krüger, S. 29 ff. nachgewiesen. Im Hinblick auf in diesem Zusammenhang anhängige Verfahren der Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht ist auf folgendes hinzuweisen:

Auszugehen ist zunächst vom Urteil des Zweiten Senats vom 13. Oktober 2016 in dem Verfahren wegen der Verfassungsmäßigkeit des Zustimmungsgesetzes zum Freihandelsabkommen der Europäischen Union und Kanada (BVerfGE 143, 65). Hierbei handelt es sich um das Verfahren wegen Erlass einer einstweiligen Anordnung. Für den vorliegenden Zusammenhang verdient zunächst eine Passage Aufmerksamkeit, die die Abwägung für oder gegen den Erlass einer einstweiligen Anordnung betrifft.

Das Bundesverfassungsgericht führt hierzu einleitend aus, würde der Bundesregierung die Zustimmung zur vorläufigen Anwendung dieses Abkommens untersagt, würde in erheblichem Maße in die – grundsätzlich weite – Gestaltungsfreiheit der Bundesregierung im Rahmen der Europa-, Außen- und Außenwirtschaftspolitik eingegriffen (BVerfGE 143, 65, S.91).

Zunächst ist der Hinweis geboten, dass es hier erkennbar um das Problem geht, wie die Völkerrechts-, Europa- und nationale Ebene der Vertragsstaaten mit einander verwoben sind, wobei es auf das aktuelle Stadium der Vertragsverhandlungen ankommt. Es ist vor allem fehlsam (vgl. die angezogene Entscheidung in BVerfGE 80, 74, S. 79 f.), für die innerstaatlichen Beziehungen auf der europäischen Ebene völkerrechtliche Grundsätze zur Geltung bringen zu wollen.

Das wird gerade an den Freihandelsabkommen deutlich. Die Mitgliedstaaten haben zum einen das Verhandlungsmandat für die EU-Kommission nicht zweifelsfrei und genau umschrieben gefasst und deren Vorgehen und Tätigkeit nicht mit der rechtsstaatlich-demokratisch gebotenen Aufmerksamkeit begleitet. Das auch vor der parlamentarischen Öffentlichkeit verborgene Agieren spricht für sich und kann nicht zur Verhinderung eines möglicherweise völkerrechtlich wenig komfortablen Zustandes dienen. Die Beteiligung international – also auch auf der EU-Ebene – ist keine Legitimation für die Vernachlässigung rechtsstaatlich-demokratischer Grundsätze, Aushöhlung des demokratischen Prinzips und letztlich Missachtung der Menschenrechte.

Des weiteren sind Ausführungen des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts aufschlussreich, wenn auch nicht zufriedenstellend. Im Zusammenhang mit den Erwägungen, ob eine einstweilige Anordnung gegen die weitere Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an der Förderung des Freihandelsabkommens mit Kanada erlassen werden kann, bedürfen die nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts hiergegen sprechenden Gründe näherer Betrachtung. Das Bundesverfassungsgericht führt hierzu aus:

"Die Weite des Ermessens im auswärtigen Bereich hat ihren Grund darin, dass die Gestaltung auswärtiger Verhältnisse und Geschehensabläufe nicht allein vom Willen der Bundesrepublik Deutschland bestimmt werden kann, sondern vielfach von Umständen abhängig ist, die sich ihrer Bestimmung entziehen. Um es zu ermöglichen, die jeweiligen politischen Ziele der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen des völkerrechtlich und verfassungsrechtlich Zulässigen durchzusetzen, gewährt das Grundgesetz den Organen der auswärtigen Gewalt daher einen weiten Spielraum bei der Einschätzung außenpolitisch erheblicher Sachverhalte wie der Zweckmäßigkeit möglichen Verhaltens..... Dieser Einschätzungs- und Prognosespielraum der Bundesregierung im Hinblick auf die etwaigen Folgen eines Handelsabkommens der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten mit Kanada auf der Grundlage des ausgehandelten Entwurfs zu CETA im

Vergleich zu alternativen Szenarien, die das Verhalten Kanadas im Falle eines Scheiterns von CETA prognostizieren, unterliegt einer nur eingeschränkten verfassungsgerichtlichen Kontrolle." (BVerfGE 143,65 <91>).

Auch die anschließenden Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts sind nicht geeignet, grundlegende Bedenken gegen seine Beurteilung zu beheben, wenn es fortfährt:

"Dies gilt in vergleichbarer Weise auch für die Europäische Union. Ein – auch nur vorläufiges – Scheitern von CETA – dürfte über eine Beeinträchtigung der Außenhandelsbeziehungen zwischen der Europäischen Union und Kanada hinaus weit reichende Auswirkungen auf die Verhandlung und den Abschluss künftiger Außenhandelsabkommen haben. Insofern erscheint es nahe liegend, dass sich der Erlass einer einstweiligen Anordnung negativ auf die europäische Außenhandelspolitik und die internationale Stellung der Europäischen Union insgesamt auswirken würde. Dies betrifft insbesondere das politische Bemühen der Union und ihrer Mitgliedstaaten, auf die Gestaltung der globalen Handelsbeziehungen maßstabbildenden Einfluss zu nehmen, um die internationale Wirksamkeit der in der Unionsrechtsordnung verankerten Werte zu stärken. Die Verhandlungsposition der Europäischen Union gegenüber Kanada, aber auch gegenüber anderen Staaten als möglichen Vertragspartnern, sowie die Durchsetzungskraft der Union in anderen außenwirtschaftlichen Zusammenhängen würden erheblich geschwächt, wenn eine – völkerrechtlichen Usancen entsprechende und von der Europäischen Union bereits vielfach praktizierte – vorläufige Anwendung als Folge einer einstweiligen Anordnung durch das Bundesverfassungsgericht scheitern würde." (BVerfGE 143, 65 <91 f.>).

Diese Ausführungen lassen die Missverständnisse bei dem Eingehen von Staatenverbindungen deutlich erkennen. Es ist ersichtlich schwierig, die Wirkmechanismen und Verbindungen und fernere Wirkungen verschiedener Ebenen im Völkerrechtsverkehr zu identifizieren und entsprechend ihrer Bedeutung und ihrem Gehalt einmal für die Staatenwelt im übrigen, aber auch für die Menschen im besonderen und für den Schutz der ihnen originär

zustehenden Menschenrechte zu bestimmen, ihnen die gebotene Achtung zu erweisen und folgerichtig die Menschen zu schützen.

- d. Das gilt für die von der Europäischen Union geplanten Freihandelsabkommen wie für das EPÜ und das EPGÜ gleichermaßen. Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts treffen nicht umfassend, sondern nur in Teilen für die Beteiligung der Europäischen Union und davon abgeleitet oder auch – wenn auch fortwährend in lediglich geringerem Umfang – für die Bundesrepublik Deutschland zu. Was die Vorhaben der Europäischen Union betrifft, ist zu bedenken, dass diese nicht autonom im Völkerrechtsverkehr bei der Verhandlung von Freihandelsabkommen teilnimmt. Sie ist an das Verhandlungsmandat der Mitgliedstaaten gebunden und dieses ist gegenständlich beschränkt auf Handels- und Wirtschaftsbeziehungen (Art. 207 AEUV). Keinesfalls aber ist hiermit alles und jedes umfasst, was die Kommission sich bei den Verhandlungen zu eigen macht, so den Investorschutz, die Schiedsgerichtsbarkeit und die regulatorische Zusammenarbeit. Diese Verhandlungsgegenstände haben ersichtlich nichts mit der der Europäischen Union nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung übertragenen Zuständigkeit zu tun. Es handelt sich vielmehr um die Unterwanderung und Aushöhlung des demokratischen Prinzips und des Rechtsstaats gerichtet auf einen Teilbundesstaat gesteuert von intransparenten Wirtschaftslobbyisten und nicht staatlichen Schiedsgerichten. Damit werden die Mitgliedstaaten der Europäischen Union eines nicht geringen Teils ihrer Souveränität und nicht übertragenen Staatlichkeit beraubt und auch der Europäischen Union kommt insoweit keine rechtsstaatlich-demokratische Äquivalenz zu, weil auch sie sich jeglicher effektiver Kontroll- und Korrekturbefugnis begeben hat. Das steht z.B. der Funktion des EuGH als Hüter der Verträge und Verfassungsgericht der EU entgegen.

Diese Fehlvorstellungen liegen auch dem EPÜ zu Grunde, wenn die Mitgliedstaaten sich mit weiteren Staaten zur Erledigung einer sicher wichtigen und wirtschaftlich bedeutenden staatlichen Aufgabe zu einer Staatenverbindung zusammenschließen. Es handelt sich allerdings gerade

nicht um etwaige politische Zwänge im Völkerrechtsverkehr aufgrund der Weltlage, kriegerischen Auseinandersetzungen und bedrückenden Notlagen für die Menschen, sondern im Gegenteil um von den Mitgliedstaaten der Europäischen Union erst "in die Welt getragene" Probleme. Es liegt auf der Hand, dass auf diese Weise nicht – wie bei den Freihandelsabkommen – eine Problemlage geschaffen werden darf, die die Handhabe für substantielle Abstriche bei den Menschenrechten und rechtsstaatlich-demokratischen Grundlagen bieten könnte.

Insoweit ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu korrigieren, wenn es nicht um die umfassende Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland und der EU im Völkerrechtsverkehr zur Lösung von Problemen und Krisen der Weltgemeinschaft oder Teilen der Staatengemeinschaft geht, sondern um die gemeinsame Bewältigung von Verwaltungsabläufen, Wirtschaftspositionen und den allgemeinen internationalen Rechtsverkehr. Solche Vorhaben, auch wenn sie nicht in die Bildung einer Staatenverbindung einmünden sollen, legitimieren keinesfalls auch bei noch so geschickter Formenwahl die Vernachlässigung oder gar Missachtung der Menschenrechte und der allgemein anerkannten rechtsstaatlich-demokratischen Grundsätze. Die Europäische Union hat hierfür genügend Vorbilder, an denen sie sich nicht orientiert, aber die sie des Öfteren mahnend bemüht: Polen, Ungarn und die Türkei (nur auswahlweise). Befremdend genug ist, dass sie die vergleichbaren Probleme und Verstöße im eigenen Haus nicht sehen mag. Sie kann deshalb insoweit nur bedingt Glaubwürdigkeit und Überzeugungskraft für sich in Anspruch nehmen.

- e. Was nun die Ausgestaltung der Dienstverhältnisse der Bediensteten der EPO einschließlich des nach den eingangs erwähnten Regelwerken unabdingbar zu gewährenden effektiven Rechtsschutzes betrifft, ist folgendes festzuhalten. Die Gewährleistung der Menschenrechte und die Sicherstellung eines effektiven Rechtsschutzes für die Bediensteten der Staatenverbindung ist eine originäre und substantielle Verpflichtung als Mitgliedstaat dieser neuen Staatenverbindung. Damit ist verbunden, dass die Mitgliedstaaten wegen der Formung einer Staatenverbindung mit eigener Rechtspersönlichkeit und

gekrönt mit Immunität sich nicht aus ihrer jeweils einzeln bestehenden Verpflichtung zur Gewährleistung und Sicherstellung eines effektiven Menschenrechtsschutzes zu Gunsten der Bediensteten "stehlen" können. Die Übertragung von Rechtsstreitigkeiten zwischen der Staatenverbindung und ihren Bediensteten auf die ILO ist nicht in Einklang mit der Europäischen Grundrechtecharta, der Europäischen Menschenrechtskonvention und den nationalen Grundrechtskatalogen wie auch der Stellung jedes einzelnen Mitgliedstaates als "Herr des Vertrages".

Die Einsicht mag schwer fallen, dass man als Staat oder Staatenverbindung den Schutz der Menschenrechte nicht auslagern und auf diese Weise gleichsam privatisieren darf. Die hier abgelehnte Sichtweise und bisherige Konstruktion lädt geradezu ein, Menschenrechte der Bediensteten zu vernachlässigen und sie willkürlicher Behandlung auszusetzen. Auf diese Weise hätte es jeder Staat nach seinem Belieben in der Hand, sich über Staatenverbindungen – hier der EU und der EPO – elementaren Bindungen zum Schutz der Menschen zu entziehen. Daraus folgt auch, dass die genannten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts für Staatenverbindungen unterhalb der Völkerrechtsebene der Vereinten Nationen je nach Gegenstand sorgfältiger Überprüfung bedürfen. Wenn es sich um Gegenstände des Handels- und Wirtschaftsverkehrs handelt, sind sie neu zu formulieren, weil insoweit der Völkerrechtsverkehr nicht neutral und vor allem nicht rechtsstaatlich-demokratisch ausgeprägt ist. Intransparenten Einflussnahmen und Strömungen werden hier rechtsstaatlich-demokratisch nicht mehr beherrschbar Tür und Tor geöffnet.

3. Es ist zunächst nahe liegend, dass sich die Erwägungen zu dem beabsichtigten Vorhaben, ein Patentgericht auf Ebene der Europäischen Union einzurichten, unmittelbar nur mit diesem zentralen Vertragsgegenstand beschäftigen. Allerdings ist es mit Rücksicht auf die Werteordnung der EU weniger verständlich, letztlich aber nicht hinnehmbar, dass sie sich ein Produkt – das vom EPA erteilte Patent – zu eigen macht, ohne sich darüber Gedanken zu machen, in welchem "Produktionsprozess" dieses geschaffen wurde.

Insoweit stellt sich die Frage nach der Verantwortung der Mitgliedstaaten der EU als Mitgliedstaaten der EPO.

Wenn man der Verpflichtung der Grundrechtecharta der Europäischen Union wie auch der nationalen Verfassungen zur Achtung und Gewährleistung der Unantastbarkeit der Würde des Menschen, von Bediensteten im Arbeitsleben darüber hinaus deren Recht und Anspruch auf kollektive Zusammenschlüsse wie auch der unmittelbaren privaten Sphäre im Arbeitsleben als Ausprägung der Unantastbarkeit der Würde des Menschen ernst nimmt und nicht nur als „gut klingende Verlautbarung“, hätten den Vertretern der Regierungen der Mitgliedstaaten der EU über den Verwaltungsrat der EPO Mißhelligkeiten und Fehlentwicklungen auffallen müssen. So etwa, daß die Struktur in Bezug auf die Organisation der EPO im Inneren bezüglich der Ausgestaltung der dienstrechtlichen Beziehungen äußerst defizitär ist und deshalb das Produkt des Arbeitsprozesses innerhalb des EPA wegen nicht zu behebender Widersprüche zur Werteordnung der EU insgesamt, im besonderen aber auf der Grundrechtecharta beruhend, nicht der neuen Staatenverbindung innerhalb der EU zu Grunde gelegt werden darf.

Diese Sicht verdeutlicht und allgemein verständlich auch für den Laien die Diskussion um die Beachtung der Menschenrechte in anderen Staaten und damit im Zusammenhang stehend, ob weltweit agierende Unternehmen, die – nicht nur - in fernen Ländern (vgl. Entsendungsrichtlinie der EU und dergleichen) – produzieren lassen, dafür verantwortlich sind, dass im Arbeitsprozess Menschenrechte und zuvörderst die Würde der beschäftigten Menschen geachtet und sichergestellt sind. Vor diesem Hintergrund ist es ein Ausdruck von Hilflosigkeit, wenn im Zusammenhang mit Staatenverbindungen – wie zunehmend und weit gehend gedankenlos – auf Zwänge aufgrund der Globalisierung der Staaten- und Wirtschaftsbeziehungen wie auch auf die Gegenkräfte der anderen Vertragspartner verwiesen wird.

Die Menschenrechte und vor allem die Unantastbarkeit der Würde des Menschen ist nicht disponibel und steht nicht unter Wirtschaftsvorbehalt. Viele der insoweit argumentativ bemühten Zwänge gelten z.B. gerade im hier

einschlägigen Bereich nicht. Das internationale Patentwesen erfüllt seine Funktion störungsfrei und es ist keine Notwendigkeit ersichtlich, irgendwelche Abstriche am Wertesystem der EU und den Verfassungsgrundlagen der beteiligten Vertragsstaaten vorzunehmen. Keinesfalls ist es legitim, mit Verwaltungskosten zulasten der in einer Staatenverbindung tätigen Bediensteten als Rechtfertigungsgrund zu argumentieren und diesbezügliche defizitäre Strukturen des inneren Dienstbetriebs zu "verbrämen".

- II. Wendet man sich nunmehr dem EPG des Näheren zu, sind die nachfolgend im Einzelnen erläuterten Problembereiche in den Blick zu nehmen. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das geplante Abkommen über das Einheitliche Patentgericht innerhalb der EU von vornherein nicht gelingen kann, weil ihm ganz grundlegende Fehlvorstellungen vorausgehen. Dieses Abkommen umfasst nicht das Recht der Patente als solches und umfassend, sondern das nach dem EPÜ erteilte Patent. Auf den ersten Blick mag hiergegen nichts zu erinnern sein. Betrachtet man aber die Konstellation distanziert und fach- wie auch sachgerecht, fällt auf, dass nunmehr mit dem Abkommen innerhalb der EU ein Gerichtsschutz nur für den Fall eröffnet werden soll, dass eine Patentanmeldung nach dem EPÜ erfolgreich war. Für den im Verfahren vor dem EPA gescheiterten Anmelder ist hingegen kein Zugang zum EPG der EU vorgesehen. Diese Feststellung wirft in verschiedener Hinsicht Fragen auf und rückt das gesamte Vorhaben ins rechtsstaatlich-demokratische Zwielficht.
 1. Zunächst ist für die Missachtung des Anmelders aus einem EU-Mitgliedstaat, ihn von den "Segnungen" eines effektiven Gerichtsschutzes durch das geplante EPG auszuschließen, kein sachlicher Grund ersichtlich. Vielmehr ist die Annahme von Willkür nahe liegend. Allein durch diese Struktur des geplanten Abkommens werden Eingangserwägungen konterkariert und als "Sprechblasen" entlarvt. Wie Überzeugungskraft und nachfolgend Akzeptanz durch solch eine Ausgestaltung des Patentsystems erreicht werden soll, erschließt sich nicht. Es wird vollkommen übersehen, dass das Essenziale des Patentverfahrens nicht die Ablehnung einer Patentanmeldung, sondern deren Erfolg ist. Wenn es also darum geht, wie eine Erwägung hervorhebt, die

Innovation, vor allem im Falle kleiner und mittlerer Unternehmen zu stärken, ist allein sachgerecht, das Erteilungsverfahren transparent, effektiv und niveauvoll durch entsprechendes Personal auszugestalten. Hierfür wurden im Teil I schon einschlägige Hinweise gegeben.

Bei der jetzt geplanten Struktur des EPG ergibt sich allerdings ein schwerwiegender Missgriff: Die Mitgliedstaaten der EU bei der EPO machen sich hinsichtlich eines zentralen Teils ihrer Wirtschaftspolitik, dem Schutz des geistigen Eigentums und der internationalen Wettbewerbsfähigkeit, von einer außerhalb der EU stehenden Staatenverbindung, deren Organisationsstruktur und rechtsstaatlich-demokratischen Leistungsfähigkeit abhängig. Es handelt sich hierbei um eine grundlegende, aber nicht unbekannte, Fehlleistung im Rahmen der Staatenverbindung EU. Vergleichbar hat man bei Einführung des Euro vitale und zentrale Souveränitätsinteressen und deren Definition an intransparente außerhalb der Staatenverbindung Eurozone angesiedelte Ratingagenturen "ausgelagert". Man kann diese Feststellungen nicht leichter Hand damit abtun, es handele sich um antiquierte nationale Vorstellungen. Vielmehr geht es darum, dass substantiell und zentral rechtsstaatlich-demokratische Elemente der EU und ihrer Mitgliedstaaten ausgehöhlt und einem Erosionsprozess überantwortet werden, zu dem auch die leichtfertige Vorgehensweise bei dem Aushandeln der aktuellen Freihandelsabkommen zu rechnen ist.

2. Die gewählte Konstruktion für das EPG führt aber noch zu einem weiteren grundlegenden rechtsstaatlichen Problem. Diese Konstruktion, den Gerichtsschutz an das nach dem EPÜ erteilte Patent anzuknüpfen, verletzt den elementaren rechtsstaatlichen Grundsatz der "Einheit der Rechtsordnung". Das ergibt sich aus folgendem:

Das Anmeldeverfahren für ein Patent folgt den Regeln des EPÜ. Das hierfür zuständige EPA ist an die Rechtsordnung des EPÜ gebunden. Es handelt sich um eine autonome Rechtsordnung mit 38 Mitgliedstaaten, von denen – künftig – 27 der EU angehören. Es besteht insoweit also keine Identität der Mitgliedstaaten und damit ist das Verfahren vor dem EPA wegen Erteilung

eines Patents außerhalb der Rechtsordnung der EU nicht Teil einer einheitlichen Rechtsordnung für die Mitgliedstaaten der EU. Das zeitigt weitere Probleme, die rechtsstaatlich-demokratisch außerhalb des parlamentarischen-demokratischen Legitimationsprozesses nicht gelöst werden können.

- a. Zunächst ist in die Überlegungen einzubeziehen, dass das EPA weder an die EUV noch das Sekundärrecht der EU oder die (für die Mitgliedstaaten der EU verbindliche) Rechtsprechung des EuGH gebunden ist. Auch hier werden grundlegende Missverständnisse im Mehrebenensystem und von Staatenverbindungen sichtbar, wie bei der Vereinbarung internationaler Schiedsgerichte im Rahmen von Freihandelsabkommen und anderen internationalen wie auch nationalen Verträgen. Rechtssicherheit in einer rechtsstaatlichen Ordnung und Vertrauensschutz als wesentliche Grundlage für wirtschaftliche Tätigkeit werden des Weiteren dadurch verhindert, dass das EPG ein einmal erteiltes Patent unter anderen Gesichtspunkten prüft und würdigt, als es das EPA innerhalb der für ihn maßgeblichen Rechtsordnung getan hat.

- b. Die Struktur des EPGÜ führt noch zu einem anderen grundlegenden rechtsstaatlichen Problem. Hierbei mag es sich für viele Beobachter und Begleiter des Abkommens um eine ausgesprochene "juristische Delikatesse" handeln. Die EU knüpft mit dem Abkommen an das nach den Regeln des EPÜ erteilte Patent an. Es stellt sich deshalb das in anderem Zusammenhang bei der Verweisung oder Anknüpfung auf außerhalb der eigenen Regelungskompetenz liegende Normengeflechte bekannte Problem der statischen oder dynamischen Verweisung. Beispiel hierfür ist im akademischen Unterricht der Art. 140 des Grundgesetzes, der die Kirchenartikel der Weimarer Reichsverfassung in der vormals geltenden Fassung zu Grunde legt. Mit dem Untergang des seinerzeitigen Verfassungsgebers kann eine Änderung nicht mehr vorgenommen werden; sonach liegt eine statische Verweisung vor. Sie ist transparent und in den Willen des gegenwärtigen Verfassungsgebers so aufgenommen. Es könnte sich allenfalls ein Urheberrechtsproblem stellen.

Anders verhält es sich mit der Einbeziehung von Normengeflechten, die in der Zukunft nicht festliegen und für Veränderungen offen sind. So verhält es sich mit dem EPÜ und den Dispositionsmöglichkeiten für die Organe der EPO. Insoweit schlägt es nichts, dass – künftig - 27 Staaten der EU auch Mitglied der EPO sind; denn diese besitzt ausdrücklich eine eigene Staatlichkeit und genießt überdies mit ihrem Handeln und Gutdünken Immunität. Das vom Abkommen über das EPG "ausgelagerte" Verwaltungsverfahren in Bezug auf eine Patentanmeldung folgt deshalb keinen in der Zukunft unveränderlich feststehenden Regeln. Mangels Identität der Mitgliedstaaten der EU mit der Gesamtheit der Mitgliedstaaten der EPO ist diese als dynamische Verweisung zu qualifizieren. Mit dieser unzulässigen Anknüpfung an das Verfahren der EPO beim EPA ergibt sich ein weiterer nicht behebbarer Strukturmangel, der das Vorhaben in sich zusammenfallen lässt.

- III. Betrachtet man auf der Makroebene das geplante Abkommen über ein Einheitliches Patentgericht, erschließt sich ohne großen gedanklichen Aufwand, dass kein "Mehrwert" gegenüber dem bestehenden EPÜ und der nationalen Struktur des Patentrechtsschutzes durch die staatlichen Gerichte der Mitgliedstaaten gegeben ist. Das kann von vornherein auch nicht erwartet werden, weil keine allgemeinen rechtsstaatlich-demokratischen Erfordernissen entsprechende Verbindung zwischen dem EPÜ und dem EPGÜ hergestellt ist. Dieser Umstand wiegt umso schwerer, als die Struktur des EPÜ sowohl im Bereich des Patenterteilungsverfahrens als auch hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Organisationsstruktur größte Defizite in Bezug auf die Menschenrechte und Rechtsstaats- wie auch Demokratieprinzip aufweist. Die Überlegungen, dass EPÜ sei seit rund 40 Jahren gleichsam unbeanstandet in Kraft und deshalb könnten etwaige Mängel nicht so gravierend sein, gehen fehl und greifen sehr kurz.

Es gab schon seit mehreren Jahren immer wieder Beschwerden zum EGMR und nationalen Verfassungsgerichten, vor allem auch Verfassungsbeschwerden zum Bundesverfassungsgericht. Mit der Ablehnung dieser Beschwerden war keineswegs ein "Gütesiegel" für das EPÜ verbunden.

Vielmehr scheiterte die Mehrzahl der Beschwerden an einem unsubstantiierten Vortrag, der die Mängel des EPÜ auf der Makro- und der nachfolgend zu erörternden Mikroebene nicht in der verfahrensrechtlich gebotenen Form und Tiefe kennzeichnete. Entsprechend enthält die Begründung zu einem Kammerbeschluss des II. Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 27. April 2010 (2 BvR 1848/07), an dem ich beteiligt war, dahingehende Hinweise. Nunmehr ist allerdings die gesamte Problematik ausgeleuchtet und sind die Strukturmängel des EPÜ auf der Makro- und Mikroebene in beiden Bereichen ohne weiteren Aufklärungsbedarf zu identifizieren.

Ein weiterer Gesichtspunkt tritt hinzu. Im Zusammenhang mit seinem Urteil vom 13. Oktober 2016 im Verfahren über die einstweilige Anordnung gegen das Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (BVerfGE 143,65) hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts einen Gedanken ausgeführt, der den hier formulierten Angriffen gegen das EPÜ und das EPGÜ entspricht. Er hat darauf hingewiesen, dass das politische Bemühen der Union und ihrer Mitgliedstaaten, auf die Gestaltung der globalen Handelsbeziehungen maßstabbildenden Einfluss zu nehmen, um die internationale Wirksamkeit der in der Unionsrechtsordnung verankerten Werte zu stärken, nicht beeinträchtigt werden dürfe (BVerfGE 143,92). Es ist überraschend und befremdend zugleich, dass auf europäischer Ebene, auf der keine "völkerrechtlichen Rücksichtnahmen" überlegt werden müssen, keinerlei Anstrengungen zu erkennen sind, die angesprochenen schweren Mängel der europäischen Patentrechtsstruktur zu beseitigen.

C. Mikroebene

Auf der Mikroebene sind wiederum die beiden Bereiche des Patenterteilungsverfahrens und der "Arbeitswelt" innerhalb des EPA je gesondert zu betrachten. Letztere ist seit vielen Jahren von den Vertragsstaaten des EPÜ und dem von ihnen gebildeten Verwaltungsrat

sträflich vernachlässigt worden. Gravierende Fehlentwicklungen – vor allem während der letzten Jahre – wurden nicht zum Anlass genommen, die rechtsstaatlich-demokratische Aufsicht des Verwaltungsrats und ferner der Regierungen und Parlamente der Mitgliedstaaten wirksam im Interesse der Bediensteten der EPO und des Ansehens der von ihnen geschaffenen Staatenverbindung wahrzunehmen. Im Hinblick darauf widme ich mich im folgenden Abschnitt zunächst der "Arbeitswelt" innerhalb der EPO.

- I. Bei dem Eingehen von Staatenverbindungen sind hinsichtlich der Ausgestaltung der Dienstverhältnisse nach meiner Beobachtung seit jeher Fehlvorstellungen zum Tragen gekommen, die im Widerspruch zu den eingangs erläuterten Grundlagen von Staatenverbindungen stehen. Schließen sich Staaten zu Verbindungen zusammen zur Bewältigung gemeinsamer Probleme oder zur effektiveren Wahrnehmung grenzüberschreitender staatlicher Aufgaben – wie etwa bei EuroControl –, aber auch dem EPÜ wegen der Internationalität der wirtschaftlichen Betätigung mit Patentschutz, müssen sich die Mitgliedstaaten über verschiedene "Eckpunkte" des Vorhabens nahe liegende Gedanken machen und demgemäß sachgerechte Lösungen wählen.
1. Mit einer Staatenverbindung wie der EPO mit absehbar Tausenden von Bediensteten und sehr differenzierten inneren Strukturen bezüglich des Arbeitsablaufs, stellt sich von vornherein die Frage, wie die Arbeitswelt symmetrisch geregelt und ausgestaltet werden muss. Schon allein wegen der großen Zahl von Arbeitnehmern liegt fern, Institutionen außerhalb der Staatenverbindung mit Aufgaben in diesem Bereich zu betrauen. Die Staatenverbindung, die mit eigener Rechtspersönlichkeit und damit Dienstherrenfähigkeit ausgestattet ist, begibt sich nicht losgelöst von den Mitgliedstaaten gleichsam auf eine "Insel". Es ist deshalb die ureigene Verantwortung der Mitgliedstaaten, innerhalb der von ihnen geschaffenen Institution zur Erledigung von jeweils ihnen einzeln obliegenden staatlichen Aufgaben, deren Innenleben rechtsstaatlich-demokratisch und den Menschenrechten gerecht werdend zu gestalten. Nur so können sie die Werte der EU und die Menschenrechte durchsetzen und die Maßstäbe der EU

wirksam werden lassen. Dies ist unabdingbare Voraussetzung dafür, daß das kulturelle Niveau der EU im Arbeitsbereich gewahrt wird.

Das setzt voraus, dass die Verantwortung eines jeden Mitgliedstaates der Staatenverbindung gegenüber seinen Staatsangehörigen, die sich in den Dienst dieser Institution begeben, und darüber hinaus für alle Bediensteten fortbesteht und sich kein Mitgliedstaat hiervon durch Wahl von irgendwelchen alternativen Konstruktionen befreien kann und darf. Die Lösung innerhalb der EPO mit der Verweisung von Rechtsstreitigkeiten zwischen Bediensteten und der Institution an die ILO, wird dem nicht gerecht. Die Mitgliedstaaten des EPÜ können sich weder nach ihrem nationalen Verfassungsrecht noch der Grundrechtecharta der EU wie auch der EMRK mit der "Beleihung" einer außerhalb stehenden anderen Staatenverbindung ihrer Verantwortung zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten entledigen. Folgerichtig zu Ende gedacht bedeutet dies für jeden Mitgliedstaat, der Sitzstaat einer Organisationseinheit ist, eine zusätzliche Verpflichtung, die subsidiär eingreift, wenn etwa der Heimatstaat eines Bediensteten der EPO versagt und seiner Verantwortung nicht gerecht wird. Die Tragweite und Substanz dieser Sicht erschließt sich daraus, dass andernfalls innerhalb der Europäischen Union und innerhalb der Bundesrepublik Deutschland sich Entwicklungen wie in Guantanamo unbehelligt Bahn brechen könnten.

2. Des Weiteren ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Zuerkennung von Immunität an eine solche Staatenverbindung nicht zu legitimieren ist. Eine solche ist nicht erforderlich, damit die gemeinschaftliche Aufgabe sachgerecht erledigt werden kann. Vielmehr birgt die Zuerkennung von Immunität bei einer solchen Staatenverbindung die Gefahr in sich, dass eine von rechtsstaatlich-demokratischen Grundsätzen und den Menschenrechten nicht nur der Bediensteten, sondern auch der Adressaten der öffentlichen Aufgabe "befreite" Parallelwelt entsteht.
3. Der aktuelle Vertragsstand des EPÜ wird weder der Grundrechtecharta der EU noch der EMRK oder jedenfalls der Mehrzahl der Verfassungen der

Mitgliedstaaten noch dem Sozialpakt der Vereinten Nationen in arbeitsrechtlicher Hinsicht gerecht. Allerdings stört in neuerer Zeit häufig nicht der Sachverhalt, sondern der, der ihn aufdeckt. Im Hinblick darauf ist auch nicht wenig überraschend, daß trotz der Eingangserwägungen zum EPGÜ und dem Anspruch der EU, international möglichst umfassend ihre Werteordnung durchzusetzen, keinerlei Anstrengungen zu erkennen sind, dies in dem überschaubaren Bereich des europäischen Patentrechtssystems zu verwirklichen.

- II. Was das Patenterteilungsverfahren im besonderen betrifft, wird nun schon seit Jahren umfassend Kritik an der Binnenorganisation der Spruchkörper des EPA geübt. Es wäre müßig, diesen Meinungsstreit noch einmal nachzuzeichnen und vielleicht noch die eine oder andere kleine Facette hinzuzufügen. Dazu habe ich selbst schon des Öfteren Stellung genommen. Gleichwohl sind noch einige ergänzende Bemerkungen angezeigt.
 1. Die Ratlosigkeit der Mitgliedstaaten der EPO und des zunächst für die Kontrolle und Überwachung des EPA berufenen Verwaltungsrats wird in verschiedener Hinsicht offenkundig. So ist z.B. die räumliche Trennung der Beschwerdekammern und der Großen Beschwerdekammer vom "übrigen" EPA eher nicht zu qualifizieren; denn es ist ein bemerkenswertes Beispiel von Niveaulosigkeit einer internationalen Staatenverbindung und entbehrt im Hinblick auf die von der EU stets bemühte Werteordnung innerhalb und im Völkerrechtsverkehr der Seriosität. Eine solche Maßnahme steht auch nicht im Einklang mit den Eingangserwägungen zum EPGÜ. Dabei mag es für diesen Punkt sein Bewenden haben.
 2. Wendet man sich nun dem "Mehrwert", der von den Eingangserwägungen umschrieben ist, zu, sollen nur zwei Gesichtspunkte herausgegriffen werden. Die Verteidigung eines erteilten Patents soll durch das Einheitliche Patentgericht erleichtert und kostengünstiger möglich sein. Der letztere Gesichtspunkt läßt wiederum erkennen, dass mit der geplanten Staatenverbindung Fehlvorstellungen verbunden sind. Solche Vorhaben nimmt

man nicht – so man verantwortungsbewusst vorgeht – unter Kostengesichtspunkten in Angriff, sondern die optimale Lösung für ein sachliches Problem ist gefragt und muss im Mittelpunkt stehen. Die Kosten sind disponibel und können entsprechend gestaltet werden. Es ist geradezu systemwidrig, von den selbst gebildeten Kosten her eine neue Organisation für ein Sachproblem zu gründen. Für teilweise zu hohe Kosten, die eine legitime Rechtsverfolgung behinderten und dem Gleichbehandlungsgrundsatz widersprachen, gab es schon in vergangenen Zeiten "Armenrecht", Prozesskostenhilfe und Minderung von Gerichtsgebühren wegen allgemeiner Bedeutung einer Streitsache und dgl. mehr.

- a. Die Verwerfungen im innerdienstlichen Betrieb des EPA haben – zurückhaltend ausgedrückt – nahe liegend die Leistungsfähigkeit und eine möglichst optimale Erledigung der Dienstgeschäfte nicht gefördert. Reibungsverluste in beträchtlichem Umfang waren unausweichlich. Nach allgemeinen Erfahrungsgrundsätzen der Organisationslehre und Personalführung hängt das Arbeitsergebnis maßgeblich von der Arbeitszufriedenheit und der innerdienstlichen Atmosphäre ab. Vor allem kann man nicht erwarten, dass eine nachhaltig in öffentliche Auseinandersetzungen verwickelte Institution qualifizierten und leistungsbereiten Nachwuchs zu gewinnen vermag.

Die EU hat solche Bedingungen bei der Gestaltung des EPGÜ vernachlässigt, was sich – sollte es wider Erwarten in Kraft treten – rächen wird.

- b. Nach einer zentralen Erwägung sollen durch das angestrebte Abkommen und die Einrichtung des Einheitlichen Patentgerichts kleine und mittlere Unternehmen gestärkt werden, wenn sie Partei einer Patentrechtsstreitigkeit werden. Bei der schon erwähnten Veranstaltung im MPI am 13. Oktober 2017 hat sich ein "Mittelständler" zu Wort gemeldet und seiner Sorge Ausdruck verliehen, dass im EPA für Weltunternehmen besondere Prüfgruppen (vielleicht besser bezeichnet als "Betreuungsgruppen") eingerichtet werden sollen für eine beschleunigte Sachbearbeitung und wo dann der viel zitierte Mittelstand bleibe.

Zu denken gibt in diesem Zusammenhang auch ein Beitrag von Hoops (NVwZ 2017,1496) zu einer Kammerentscheidung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts im Zusammenhang mit der Enteignung zu Gunsten Privater. Er warnt abschließend davor, dass bei bestimmten Konstellationen sich eine Vorzugsbehandlung privater Unternehmen mit guten politischen Kontakten zulasten Dritter ergeben könne.

Auffallend ist bei der Entwicklung der letzten Jahre innerhalb des EPA eine bemerkenswerte Zurückhaltung der "großen Patentanmelder". Leiden sie unter Leistungsschwäche des EPA und seiner Spruchkörper, ist allerdings die negative Auswirkung auf ihre Geschäftstätigkeit erfahrungsgemäß als geringer einzuschätzen als bei einem Mittelständler, für den ein Patent schon über die Existenz entscheiden kann.

3. Abschließend ist noch eine nähere Betrachtung der Eingangserwägung mit dem Hinweis auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem Gericht und das Recht, von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht in einem fairen Verfahren öffentlich und innerhalb angemessener Frist gehört zu werden, geboten. Es handelt sich hierbei um eine Problematik, deren rechtsstaatlicher Lösung bei Gründung der EPO ausgewichen wurde. Über die Jahre wurde sie mehr oder weniger unterdrückt und die Kritiker unsachlich ausgegrenzt. Die Regierungen der Mitgliedstaaten des EPÜ und vor allem die, die zugleich Mitgliedstaaten der EU sind, haben verbindliche Regelwerke wie die EMRK und die Europäische Grundrechtecharta missachtet. Folgende Gesichtspunkte sind insoweit einschlägig:
 - a. Wenn man zunächst die genannten Regelwerke und die nationalen Verfassungen der Mitgliedstaaten außer acht lässt, darf man doch irritiert sein, wenn man von der Eingangserwägung des EPGÜ ausgeht. Dieses knüpft an das EPÜ mit dem Erteilungsverfahren beim EPA an. Sonach ist das interne Rechtsbehelfsverfahren beim EPA maßgeblich und darauf zu untersuchen, ob die Beschwerdekammern und die Große Beschwerdekammer die von der EU

formulierten Voraussetzungen für ein unabhängiges und unparteiisches Gericht erfüllen. Das ist ersichtlich nicht der Fall.

Die Verwaltungsspitze des EPA ist zugleich auch die Spitze der Teilorganisation innerhalb des EPA für die Spruchkörper. Der Präsident ist letztlich auch der maßgebliche "Aufseher" über die Spruchkörper und ihre Mitglieder. Daran ändern die in jüngster Vergangenheit vorgenommenen organisatorischen Änderungen nichts. Es fehlt an einer institutionellen Verselbständigung der Spruchkörper mit eigenem Haushalt, eigener Rechtspersönlichkeit und einer von der Leitung des EPA unabhängigen eigenständigen Leitung. Dabei mag dahinstehen, ob die vom Präsidenten des EPA mit Billigung des Verwaltungsrats vorgenommenen organisatorischen Änderungen der erforderlichen demokratischen Legitimation entsprechend den Regeln der EU gerecht werden (vgl. hierzu nur die Entfaltung allgemein gültiger Grundlagen in BVerfGE 107,59 durch das Bundesverfassungsgericht). Die Mitgliedstaaten der EU wären hier zur Ablehnung der Maßnahmen des Präsidenten im Verwaltungsrat verpflichtet gewesen.

- b. Es handelt sich nicht um Nebensächlichkeiten oder deutsche Befindlichkeiten. Schon bei der Münchener diplomatischen Konferenz über die Einführung eines europäischen Patenterteilungsverfahrens im Jahr 1973 hat die deutsche Delegation nachdrücklich darauf hingewiesen, dass die Einleitung eines nationalen Verfahrens nicht nur in Fällen möglich sein sollte, in denen der Anmelder einen Rechtsverlust infolge Versäumung einer Handlung erleidet, sondern auch nach negativer Entscheidung durch das EPA. Gerade für diese Fälle aber stelle sich in der Bundesrepublik Deutschland ein verfassungsrechtliches Problem. Nach dem Grundgesetz müsse nämlich jeder Verwaltungsakt von einem Gericht nachgeprüft werden können. Die Beschwerdekammern des EPA seien aber – trotz gerichtsähnlicher Ausgestaltung – keine Gerichte, so dass der Rechtsweg vor einem deutschen Gericht offen bleiben müsse.

Hier stehen allgemeine rechtsstaatlich-demokratische Grundsätze inmitten. Fehlt es an der institutionellen Trennung von Exekutive und Judikative gerät

der Rechtsstaat zur Farce und die Menschenrechte werden ihrer Schutzfunktion entkleidet.

Das Bundesverfassungsgericht hat schon sehr früh in seiner Rechtsprechung in BVerfGE 4, 331 diesen gleichsam universal anerkannten Grundsatz festgehalten und ausdrücklich festgestellt, dass es hergebrachten rechtsstaatlichen Grundsätzen widerspräche, wenn die Institution, deren Entscheidungen kontrolliert werden sollen, letztlich allein den Ausschlag für die Besetzung des Kontrollorgans gebe. Aus diesen Gründen wurden in Deutschland Einspruch- und Widerspruchsausschüsse bei Fachbehörden, so etwa im Bereich der Sozialversicherung oder der Finanzverwaltung, in interne Kontrollorgane umgewandelt. Es darf auch nicht in Vergessenheit geraten, dass die Einrichtung des deutschen Bundespatentgerichts (nach einer Änderung des Grundgesetzes zur Schaffung der Zuständigkeit des Bundes hierfür) gerade wegen der Verzahnung von Verwaltungs- und Spruchstätigkeit in ein und derselben Behörde mit der Spitze im Präsidenten darin begründet war. Das Bundesverwaltungsgericht hat dazu in einer auch heute noch lesenswerten Entscheidung umfangreiche Ausführungen entfaltet (BVerwGE 8, 350).

- c. Die Zeit ist nicht stehen geblieben und die weitere normative Entwicklung aufgrund des Eingehens von Staatenverbindungen ist entsprechend den schon vor Jahrzehnten von der deutschen Rechtsprechung festgehaltenen rechtsstaatlich-demokratischen Grundlagen für unabhängige und unparteiische Gerichte noch prägnanter geworden.

So führt das Bundesverfassungsgericht in seinem Lissabon-Urteil im Jahr 2009 (BVerfGE 123,267) unter anderem aus (aaO., S. 415/416), die Mitgliedstaaten seien aus dem **Gemeinschaftsrecht** verpflichtet, einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz zu gewähren, der durch nationale Rechtsvorschriften nicht beeinträchtigt werden dürfe. Der Zugang des Bürgers zu einem Gericht könne grundsätzlich nicht durch das Primär- und Sekundärrecht eingeschränkt oder durch die Einführung von nichtjustiziellen Vorverfahren erschwert werden.

Es ist hoch an der Zeit, dass die Mitgliedstaaten der EU, wenn sie ein EU-Patentsystem einrichten wollen, wogegen nichts zu erinnern ist, sich ihrer

Verpflichtungen schon allein nach der Grundrechtecharta und den Grundregeln der EUV wie auch ihrer nationalen Verfassungen, so die Bundesrepublik Deutschland ihren Verpflichtungen aus dem Grundgesetz, bewusst werden. Mit der Einrichtung eines Einheitlichen Patentgerichts auf der EU-Ebene könnte der Zeitpunkt hierfür nicht geeigneter sein. Allerdings bedarf es grundlegender Änderungen der Struktur des Abkommens.

D. Ausblick im übrigen

Was die Organisation und die Struktur der "Arbeitswelt" der EPO betrifft, ist auf einen Gesichtspunkt aufmerksam zu machen, der bisher außerhalb der aktuellen Diskussion steht. Das Bundesverfassungsgericht hat in dem Lissabon-Urteil des Öfteren auf die Identitätsbereiche hingewiesen, die der "Vergemeinschaftung" entzogen sind. Hierbei handelt es sich um die Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 GG, also die Demokratie, die Rechts- und Sozialstaatlichkeit, die Republik, den Bundesstaat sowie die für die Achtung der Menschenwürde unentbehrliche Substanz elementarer Grundrechte. Sie sind in ihrer prinzipiellen Qualität jeder Änderung entzogen und nehmen an der Verfassungsidentität des Art. 79 Abs. 3 GG teil (BVerfGE 123, S. 343/344). Man muss vor diesem Hintergrund, der auch nach mehreren weiteren Stellungnahmen in diesem Urteil die "Arbeitswelt" und den Schutz der Arbeitnehmer betrifft (z.B. S. 429, 430 – einschließlich der Zuerkennung des Streikrechts), überlegen, dass dieser "Standard" auf der EU-Ebene nicht unterschritten werden darf und widrigenfalls sich die Bundesrepublik Deutschland insoweit einer Integration versagen müsste.

Eine Relativierung oder Verletzung dieser Standards über das Eingehen einer weiteren Staatenverbindung – sei es direkt, sei es indirekt über die EU – würde eine Umgehung bedeuten, die von vorn herein in Widerspruch zu dem allgemeinen rechtsstaatlich-demokratischen Standard steht, aber auch und unmissverständlich zu dem der EU, wie er größtenteils in den

Eingangserwägungen formuliert ist. Für die Behandlung und Organisation der "Arbeitswelt und der Rechte der Bediensteten der EPO verbietet sich deren Verweisung auf den Rechtsweg zur ILO – ungeachtet der Ausgestaltung von deren Organisation im einzelnen und der nicht gegebenen Effektivität des Rechtsschutzes – schon deshalb, weil die EU und ihre Mitgliedstaaten für eine von ihnen gebildeten neuen Teilstaatenverbindung (einschließlich der über das Erteilungsverfahren inkorporierten EPO) die uneingeschränkte Verantwortung für die Gewährleistung der Menschenrechte innerhalb der von ihnen getragenen Staatenverbindung haben. Dazu gehört untrennbar ein effektiver Rechtsschutz durch unabhängige und unparteiische Gerichte. Dem kann nur durch eine institutionsinterne Gerichtsbarkeit Rechnung getragen werden.