
**Einheitspatent und Einheitspatentgericht auf der Zielgeraden gestoppt –
Nach den Neuwahlen in Großbritannien und der Suspendierung der
Unterzeichnung der Implementierungsgesetze in Deutschland:
Wie geht es weiter? Juni 2017**

Bericht von Dr. iur. Tilman Müller-Stoy

Die irgendwie unendliche Geschichte des Einheitspatentsystems wurde kürzlich um einige weitere überraschende Wendungen „bereichert“, die den Start des Systems, so wie es derzeit angedacht ist, entweder ganz verhindern oder zumindest deutlich verzögern werden. Doch von vorne:

Der Stand der Dinge vor dem Brexit

Vor dem Brexit-Referendum im Juni 2016 schien es, als ob ein Austritt des Vereinigten Königreichs (UK) aus der Europäischen Union die damals für Anfang 2017 geplante Realisierung des Einheitspatents unabsehbar verzögern würde.

Der Stand der Dinge nach dem Brexit

Nach dem Brexit-Referendum wurde das zuvor Undenkbare als rechtlich und politisch möglich dargestellt: Das Vereinigte Königreich sollte das Übereinkommen über das Einheitspatentgericht von 2013 (EPGÜ) noch vor seinem Austritt aus der EU ratifizieren. Und in der Tat kündigte UK an, dass es seine Verpflichtungen als Mitgliedsstaat der EU erfüllen werde, solange es Mitgliedsstaat sei. Dies wurde als Ankündigung der baldigen Ratifizierung gedeutet. Von Deutschland wurde ohnehin erwartet, dass es den Zeitpunkt der Hinterlegung seiner Ratifizierungsurkunde zum EPGÜ so steuern würde, dass das Einheitspatentsystem zu dem Zeitpunkt wirksam würde, in dem alle administrativen

Vorbereitungen abgeschlossen sein sollten. Der Zeitplan wurde geringfügig angepasst und das Einheitspatent sollte dann zum Dezember 2017 zur Verfügung stehen.

Zunächst lief auch alles nach Plan. Die Gesetzgebungsverfahren in UK und Deutschland nahmen ihren Fortgang. Das britische Parlament billigte ein Gesetz zur Änderung des Patents Act und das für die Ratifizierung des EPGÜ noch erforderliche Statutory Instrument. Ein solches Statutory Instrument ist auch für das Immunitätenprotokoll zugunsten des Einheitspatentgerichts erforderlich. In einem erläuternden Memorandum für das Parlament betonte der damalige und auch jetzt wieder für IP zuständige Minister im Vereinigten Königreich, Jo Johnson, beim EPG handle es sich um ein in Patentsachen spezialisiertes, auf internationalem Recht beruhendes Nicht-EU-Gericht. Die Einbeziehung des EPG in die Vorlagepflicht an den EuGH nach dem Vertrag über die Arbeitsweise der EU erwähnte er allerdings nicht.

In Deutschland billigte der Bundesrat Ende März das Gesetz zur Ratifikation des EPGÜ und ein Implementierungsgesetz hierzu. Am 2. Juni 2017 hat der Bundesrat auch dem Immunitätenprotokoll zugestimmt. Damit waren alle parlamentarischen Verfahren für die Gesetze zur Implementierung des Einheitspatentsystems abgeschlossen. Dem sollte wie üblich die alsbaldige Ausfertigung der Gesetze durch



*Tilman Müller-Stoy,
Dr. iur.
Rechtsanwalt,
Partner*

BARDEHLE PAGENBERG
Partnerschaft mbB
Patentanwälte Rechtsanwälte

Prinzregentenplatz 7
81675 Munich
T +49.(0)89.928 05-0
F +49.(0)89.928 05-444
info@bardehle.de
www.bardehle.com

ISO 9001 certified

den Bundespräsidenten, ihre Veröffentlichung und ihr Inkrafttreten folgen.

In UK wurde zwar die Hoffnung geäußert, die Regierung werde, solange sie noch im Amt sei, die Ratifikationsurkunde hinterlegen. Aber die britische Premierministerin Theresa May erklärte zunächst am 29. März 2017 die Absicht ihres Landes, aus der EU auszutreten und setzte damit die zweijährige Frist für die Austrittsverhandlungen in Lauf. Dies deutete schon darauf hin, dass es schwierig werden könnte, die Frage der Mitwirkung von UK am Einheitspatentsystem von den Austrittsverhandlungen zu trennen. Überdies entschied sich die britische Premierministerin im April 2017 dafür, Neuwahlen für den 8. Juni 2017 anzukündigen. In diesen verlor die Konservative Partei im Unterhaus die absolute Mehrheit und ist nunmehr auf eine Zusammenarbeit mit der nordirischen DUP angewiesen. Es liegt auf der Hand, dass dies den politischen Willensbildungsprozess erschwert. Überdies ist das Immunitätenprotokoll nicht solange wie erforderlich im Parlament ausgelegt worden, so dass die Auslegung wiederholt werden muss. Laut einem IPKat-Bericht vom 28. Juni 2017 (<http://ipkitten.blogspot.de/2017/06/uk-upc-ratification-timetable-to.html>) erfordert das britische Recht sogar noch weitere Schritte, deren Erfüllung nicht begonnen haben wird, wenn das neue britische Parlament am 5. September 2017 das nächste Mal zusammentritt.

Zusätzliches Risiko durch eine Verfassungsbeschwerde in Deutschland

Noch überraschender verlief die weitere Entwicklung in Deutschland. Am 12. Juni 2017 berichtete die FAZ der Bundespräsident habe „auf Bitte des Bundesverfassungsgerichts

vom 3. April 2017 die Ausfertigungsprüfung des Zustimmungsgesetzes“ zum einheitlichen Patentgericht „ausgesetzt“ Die „Bitte“ sei zunächst mündlich, dann auch schriftlich übermittelt worden – ein seltenes Vorgehen zwischen den Verfassungsorganen.“

In der Folge wurde bekannt, dass am 31. März 2017 eine Einzelperson eine Verfassungsbeschwerde gegen die Ratifikation des EPGÜ eingelegt hat, verbunden mit einem Eilantrag, den beteiligten Institutionen den Abschluss des Ratifikationsverfahrens mittels einstweiliger Anordnung zu untersagen, bis im Verfassungsbeschwerdeverfahren in der Hauptsache entschieden worden ist. Das BVerfG hielt die Verfassungsbeschwerde nach Angaben des Bundespräsidialamts „nicht von vornherein für aussichtslos“. Der Bundespräsident ist der Bitte umgehend nachgekommen. Damit liegt das weitere Verfahren zur Ratifizierung in Deutschland zunächst einmal auf Eis.

Was dies praktisch bedeutet, ist in seiner Tragweite noch nicht abzuschätzen. Zunächst ist anzumerken, dass das Fehlen der Unterschrift des Bundespräsidenten keine Rückwirkungen auf das Zustandekommen des Gesetzes hat. Es führt nicht dazu, dass das bisherige parlamentarische Gesetzgebungsverfahren gegenstandslos wird. Zwar müssen nach dem Grundsatz der Diskontinuität des Parlaments für Gesetze, die bei Abschluss der Wahlperiode nicht zustande gekommen sind, in der nächsten Wahlperiode neue Entwürfe eingebracht werden. Im vorliegenden Fall sind die Gesetzgebungsverfahren des derzeitigen Parlaments aber bereits abgeschlossen und das Amt des Bundespräsidenten, der Gesetze auszufertigen hat, ist nicht an die Wahlperiode des Parlaments gebunden und die Unterzeichnung kann

demgemäß auch später erfolgen. So ist es durchaus üblich, dass in den letzten Tagen einer Wahlperiode eine ganze Reihe von Gesetzgebungsverfahren noch abgeschlossen wird mit der Folge, dass die Gesetze erst nach Abschluss der Wahlperiode unterzeichnet werden können.

Was das Verfahren vor dem BVerfG angeht, so dürfte sich die Suspendierung der Unterzeichnung der Gesetze zunächst auf den Eilantrag beziehen, über den das Gericht vorab entscheiden wird unter Abwägung der Nachteile, die sich einerseits ergeben, wenn die Anordnung ergeht und sich die Verfassungsbeschwerde als unbegründet erweist und die andererseits entstehen, wenn die Anordnung abgelehnt wird und der Verfassungsbeschwerde später stattgegeben wird. Die Frage der Unterzeichnung muss also nicht in der Schwebe bleiben, bis schließlich über die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache entschieden wird. Schon aus der kurzen Zeitspanne zwischen Eingang der Verfassungsbeschwerde und dem Herantreten an den Bundespräsidenten lässt sich ablesen, dass der Bitte des Gerichts noch keine eingehende Sachprüfung vorangegangen sein kann.

Gegenstand der verfassungsrechtlichen Frage(n) in Deutschland?

Was die verfassungsrechtlichen Fragen angeht, so ist bisher nichts darüber bekannt geworden, welche Verfassungsverstöße der Beschwerdeführer rügt. Das können zum einen Gründe sein, die mit dem Zustandekommen der Gesetze zu tun haben, also Kompetenz- oder Abstimmungsfragen. Solche Mängel im Gesetzgebungsverfahren würden vermutlich einen neuen Start im neuen Parlament nach der Bundestagswahl im September 2017

erfordern. Da das Vorhaben aber bisher unter den politischen Parteien nicht kontrovers behandelt worden war, sollte dies keine allzu großen Probleme aufwerfen.

Andererseits kann es sich aber auch um Fragen des rechtsstaatlichen Verfahrens im Einheitspatentsystem handeln, also insbesondere um die Frage, ob dem Bürger in diesem System ein Zugang zur gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen zur Verfügung steht, der verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. In diese Richtung ist darauf hingewiesen worden, dass beim BVerfG vier Verfassungsbeschwerden anhängig sind, die gegen Entscheidungen des Europäischen Patentamts gerichtet sind. Zumindest in einem dieser Fälle ist substantiiert die fehlende Unabhängigkeit der Beschwerdekammern des EPA im Sinne des Grundsatzes der Gewaltenteilung gerügt worden. Nun ist zwar für Einheitspatente mit dem EPG ein neues Gericht geschaffen worden. Das ändert aber nichts daran, dass die Beschwerdekammern weiterhin für Entscheidungen im Erteilungs- und Einspruchsverfahren zuständig sind.

In diese Richtung hatte auch Spanien in seiner Klage gegen die Verordnungen zum Einheitspatent gerügt, dass das Verfahren vor dem EPA nicht dem Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes genüge, weil es eine korrekte und einheitliche Anwendung des Unionsrechts und den Schutz der Grundrechte nicht gewährleisten könne. Der EuGH hat in dieser Hinsicht in seiner Entscheidung C-146/13 darauf abgestellt, dass der einheitliche Schutz streng akzessorischer Art sei, indem europäischen Patenten nach Erteilung einheitliche Wirkung gewährt wird. Diese Beurteilung mag man für die Entstehung des Einheitspatents noch für ein-

leuchtend halten, sie berücksichtigt jedoch nur das Erteilungsverfahren, nicht aber das Einspruchsverfahren, in dem das EPA das durch EU-Recht begründete Einheitspatent als Teil des europäischen Patentrechts widerufen kann. Der EuGH setzte sich bislang nicht mit der Frage auseinander, ob ein Rechtstitel des EU-Rechts vernichtet werden kann, ohne dass geprüft werden muss, ob die rechtsstaatlichen Garantien des EU-Rechts erfüllt sind.

Nun hat sich die Sachlage seither durch die Strukturreform der Beschwerdekammern etwas geändert. Die Strukturreform hat sich zum Ziel gesetzt, die Effizienz der Kammern und gleichzeitig die Wahrnehmung ihrer Unabhängigkeit zu erhöhen. Doch es scheint wohl, als seien diese Ziele nicht ausreichend erfüllt und ausgewogen, wie aus einigen Stellungnahmen zu den Reformbemühungen deutlich wurde. Vorgaben hinsichtlich der Effizienz, insbesondere was die Erledigungszahlen angeht, drohen in Konflikt mit der Unabhängigkeit zu geraten (Leistungsbeurteilung, leistungsbezogene Bezahlung und Wiederernennung auf Grundlage der Beurteilung). Hinzu kommt, dass der Präsident des Amtes ein Mit-Vorschlagsrecht für den neu geschaffenen Posten des Präsidenten der Beschwerdekammern hat, so dass der Präsident der Kammern auf das Wohlwollen des Präsidenten des Amtes angewiesen ist. Schließlich bleiben die Kammern trotz

ihrer räumlichen Trennung in die allgemeine Verwaltung des Amtes eingegliedert. Dazu gehören insbesondere EDV-Systeme, Organisation und Personalverwaltung. All diese Punkte wurden im Gesetzgebungsverfahren von den interessierten Kreisen und vom Präsidium der Beschwerdekammern angesprochen, blieben aber im Gesetzgebungsverfahren unberücksichtigt. Demgemäß lautet das Resümee aus berufenem Mund: *„Die Reform erscheint von wenig Verständnis für die Funktionsweise der Justiz geprägt. ... Ob das angestrebte Ziel erreicht worden ist, die Unabhängigkeit der Justiz und deren Angehörigen im Interesse eines rechtsstaatlichen und qualitativ hochstehenden Rechtsschutzes im Patentwesen zu stärken, erscheint fraglich“* (Kathrin Klett, Neuorganisation der Beschwerdekammern in der Europäischen Patentorganisation, *sic!* 3/2017,119, S. 9 - 10).

Es wird deshalb interessant sein, ob das BVerfG Anlass sieht, sich mit den Strukturproblemen der Beschwerdekammern zu befassen und welchen Maßstab es bei seiner Prüfung anlegt. Der früheste Zeitpunkt für eine Aufhebung der Suspendierung wird wohl der Zeitpunkt der Entscheidung über den Eilantrag sein. Bis dahin werden einige Monate ins Land gehen. Sollte der Eilantrag Erfolg haben, ist insoweit kaum noch mit einem baldigen Verfahrensabschluss zu rechnen.

Ausblick

Der Blick auf das Vereinigte Königreich stimmt kaum hoffnungsvoller. Es ist natürlich denkbar, dass die Regierung May vor der

Wahlankündigung beabsichtigt hatte, die Ratifizierungsurkunde zum EPGÜ unterhalb der Wahrnehmungsschwelle einer breiteren

Öffentlichkeit sobald wie möglich zu hinterlegen, das heißt nach Ablauf der Frist für die Auslegung des Immunitätenprotokolls im Parlament. Genauso ist es aber denkbar, dass das Einheitspatentsystem zur Verhandlungsmasse über den Austritt gehören sollte. Keine von beiden Alternativen steht in Widerspruch zu den von Regierungsmitgliedern abgegebenen Erklärungen.

Jedenfalls würde eine rasche Ratifizierung keines der mit dem Brexit verbundenen Probleme lösen. Da ist vor allem die wiederholte und eindeutige Absage von Theresa May an die Gerichtsbarkeit des EuGH zu nennen (sogar nach dem Ergebnis der Wahl, z.B. in einer öffentlichen Stellungnahme von Theresa May am 26. Juni 2017), die in Widerspruch zur Vorlagepflicht des Einheitspatentgerichts und dessen Bindung an das vom EuGH ausgelegte Unionsrecht steht. Hinzu kommt die Frage der Mitwirkung von UK am Einheitspatentsystem nach dem Brexit, die verbunden ist mit der Trägerschaft am Einheitspatentgericht. Man stelle sich nur die Schwierigkeiten vor, die entstehen könnten, wenn unterlegene Parteien Verfassungsbeschwerden gegen Entscheidungen (einschließlich Unterlassungsanordnungen) der UK-Abteilungen des EPG einlegen, nachdem das Vereinigte Königreich tatsächlich die EU verlassen hat.

Aufgrund von Ungeduld oder politischem Kalkül gibt es daher immer mehr Stimmen in den anderen Mitgliedsstaaten, die meinen, es sei wenig sinnvoll, ein Gerichtssystem unter Mitwirkung des UK aufzubauen, aus dem es alsbald wieder ausscheiden wird. Man sagt, der Versuch, den UK auch nach seinem Ausscheiden aus der EU in das System des Einheitspatentgerichts einzubinden, werde möglicherweise von dem Verdikt des

Verstoßes gegen EU-Recht bedroht. Solche Wege einzuschlagen, könnte allenfalls auf dem Prinzip Hoffnung beruhen: Zum einen, man wird sich schon irgendwie einigen können, zum anderen, es werden schon alle mitspielen, einschließlich der zur Überprüfung problematischer rechtlicher Konstruktionen zuständigen Gerichte. Die Bitte des BVerfG an den Bundespräsidenten könnte ein Warnruf sein.

Nichtsdestotrotz hat der Vorsitzende des für die vorbereitenden Arbeiten zur Aufnahme der Tätigkeit des Einheitspatentgerichts zuständige Preparatory Committee am 27. Juni 2017 versucht, mit folgender Aussage Optimismus zu verbreiten: *„Ich wage zu hoffen, dass die Phase der vorläufigen Anwendung im Herbst 2017 anlaufen kann, was hieße, dass das Opt-Out-Verfahren ab Anfang 2018 beginnen würde, und in der Folge dann das EPGÜ in Kraft treten und das EPG die Arbeit aufnehmen würde.“*

Hierbei scheint es sich jedoch eher um (wenn auch aus Sicht des Preparatory Committee verständliches) Wunschdenken zu handeln. Managing IP's letzte Nutzerumfrage auf Twitter hat gezeigt, dass nur 17 % der Teilnehmer glauben, dass das EPG 2018 starten wird, wobei 38 % von „2020 oder später“ ausgehen und 35 % meinen, dass das System überhaupt nicht in Kraft treten wird.

Uns bleibt nur zu hoffen, dass es Politik und Gerichten in nicht allzu ferner Zukunft gelingen wird ein überzeugendes und rechtlich wasserdichtes System zu etablieren, ohne zu viel an Schwung zu verlieren. Ein System, dass sich viele Nutzer zurecht weiterhin wünschen – oder mit anderen Worten: selig sind die nicht sehen und doch glauben (Johannes 20:29) ...