



Nutzerbefragung zur Änderung der Verfahrensordnung der Beschwerdekammern durch Einfügung eines neuen Artikel 15a (Mündliche Verhandlung als Videokonferenz)

BARDEHLE PAGENBERG dankt für die Gelegenheit, zu der beabsichtigten Änderung der Verfahrensordnung (VOBK) Stellung nehmen zu können. Wir gehen zunächst kurz auf die pandemiebedingte Sondersituation ein (unter 1.), bevor wir unter einigen praktischen (unter 2.) und rechtlichen Gesichtspunkten (unter 3.) mündliche Verhandlungen als Videokonferenzen beleuchten. Sodann legen wir dar, dass „hybride Verhandlungen“ die Vorteile von Präsenz und VICO vereinen könnten (unter 4.), und regen darauf aufbauend Anpassungen an die derzeitige Fassung von Artikel 15a VOBK an (unter 5.).

1. Wir begrüßen alle Anstrengungen zur Begrenzung der Auswirkungen der Corona-Pandemie auf Ablauf und Erledigung der Verfahren vor den Beschwerdekammern. Die Durchführung von Videokonferenzen (VICOs) stellt dabei ein geeignetes und gebotenes Mittel dar, um die Durchführung von mündlichen Verhandlungen zu ermöglichen, die wegen der eingetretenen Beschränkungen an Ort und Stelle nicht angemessen durchgeführt werden können. Sowohl bei *inter partes* wie auch bei *ex parte* Beschwerdeverfahren besteht ein Interesse der Parteien, möglicher Wettbewerber und der Öffentlichkeit, dass die Klärung der Schutzrechtslage nicht über Gebühr verzögert wird. Aufgrund der nicht absehbaren weiteren Dauer der Pandemie erscheint es daher notwendig, dass mündliche Verhandlungen vor den Beschwerdekammern auch ohne das Einverständnis der Parteien als VICO durchgeführt werden, um insbesondere in Fällen mit bereits langer Verfahrenslaufzeit einen Stillstand der Rechtspflege zu vermeiden, aber auch in Fällen in denen eine Partei ein Interesse an einer Verzögerung der Sache hat.

**BARDEHLE
PAGENBERG**

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

BARDEHLE PAGENBERG
Partnerschaft mbB
Patentanwälte Rechtsanwälte
Amtsgericht München
Partnerschaftsregister 1152
ISO 9001 certified

In cooperation with:



YUSARN AUDREY

www.yusarn.com
Singapore

2. Besteht eine derartige Gefahr jedoch nicht (mehr), sprechen praktische Gesichtspunkte dagegen, reine VICOs als vollwertigen Ersatz für mündliche Verhandlungen an Ort und Stelle zu betrachten:
 - a. Zunächst gibt es bedeutende Argumente für die vermehrte Einbeziehung von VICO-Technologie bei mündlichen Verhandlungen, einschließlich solcher vor den Beschwerdekammern. VICOs reduzieren die Reisetätigkeit der Beteiligten und leisten damit, abgesehen von der zeitlichen Ersparnis, einen relevanten Beitrag zum Umweltschutz, insbesondere zur Reduzierung des CO₂-Ausstoßes. Auch wird außereuropäischen Anmeldern, wie auch innereuropäischen Anmeldern, die nicht vor Ort sitzen, vereinfachter Zugang zu den mündlichen Verhandlungen ermöglicht, vorausgesetzt, die Kammern zeigen sich bei der zeitlichen Terminierung offen (z. B. nachmittags für Anmelder aus USA, vormittags für Anmelder aus Asien). Dies erhöht weiter die Transparenz des Beschwerdekammersystems des EPA und trägt zu vertieftem Wissen über das europäische Patentsystem und erhöhter Akzeptanz der Entscheidungen bei internationalen Anmeldern – und damit letztendlich auch zu verbesserter Qualität von neuen Patentanmeldungen – bei.
 - b. Derartige Gesichtspunkte stoßen jedoch an ihre Grenzen, wenn es bei einer mündlichen Verhandlung um den Fall als solchen geht. Empirischer Beleg für diese Auffassung ist zu finden in einer Studie, die vom UK Civil Justice Council im Auftrag des Master of the Rolls erstellt wurde. In dieser breit angelegten Untersuchung über „remote hearings“ äußerte sich die ganz überwiegende Zahl der Teilnehmer positiv über den Verlauf des hearings. Gleichwohl war die Mehrheit der Befragten der Auffassung, dass das remote hearing schlechter und weniger effizient war als eine Verhandlung in Präsenz.¹ Markant ist insoweit die Äußerung eines Queen’s Counsel:

It’s quite important for people’s expectations that they feel they’ve had a proper and fair and complete hearing. If you’re simply one of a number of blinking figures in a video chat, the whole idea that the

¹ Civil Justice Council, The impact of Covid-19 measures on the civil justice system, May 2020, note 1.20. <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/06/CJC-Rapid-Review-Final-Report-f-1.pdf>

judge listened carefully to what everyone said, that the advocate gave their best, is diminished. ...

Empathy, in general, might also be lacking. The judge feels more responsible for their decision in a face-to-face hearing. If you have to look at someone in the eye and say 'you're going to lose your home' or 'your claim is dismissed', you take a degree of responsibility for it by being in the courtroom. ²

- c.** Wenngleich dies keine allgemeine Meinung sein mag, so gibt diese Äußerung doch einen verständlichen Eindruck wieder. Die Gründe hierfür können vielfältig sein. So sind etwa bei einer VICO die Möglichkeiten der Wahrnehmung der Reaktionen der Mitglieder des Gerichts auf den Vortrag der Parteien eingeschränkt, insbesondere was ihre Mimik, ihre Körpersprache und die Stimmfärbung angeht. Auch ist die Wahrnehmung am Bildschirm ermüdender als die Teilnahme in Präsenz. So muss befürchtet werden, dass gerade bei langen Verhandlungen die Aufnahmefähigkeit des Gerichts und auch die der Parteien leidet. Diskussion und Interaktion der Teilnehmer sind eher förmlich als spontan. Auch Befürworter von VICOs räumen ein, dass es im Rahmen von VICOs ungleich schwieriger ist, atmosphärische Vorgänge zu bemerken, zu deuten und zum Maßstab des eigenen Handelns zu machen als bei gleichzeitiger Anwesenheit in demselben Raum.³
- d.** Ferner führen Befürworter reiner VICOs häufig an, eine Veranschaulichung komplexer Sachverhalte sei in einer Videokonferenz einfacher als in Präsenz zu leisten, beispielsweise durch Teilen eines Whiteboards mit Zeichnungen, einer grafischen Animation oder Präsentation oder eines angefertigten Videos. In der Praxis zeigt sich jedoch bei Gerichten und Rechtssystemen, die sehr weitgehende virtuelle Abläufe erlauben, dass durch Ausnutzung aller digitalen Präsentationsmöglichkeiten bei strittigen Fragen möglicherweise die Stärke des rechtlichen oder technischen

² A.a.O. Fn 1, Annex F, Seite 25.

³ Mantz/Spoenle, Corona-Pandemie: Die Verhandlung per Videokonferenz nach § 128a ZPO als Alternative zur Präsenzverhandlung, MDR 2020, 637, Abschnitt III, 1. Absatz.

Arguments in den Hintergrund tritt. Werden in einer Präsenzverhandlung Verständnisschwierigkeiten erkennbar, so kann der technische Sachverhalt ohne weiteres an einem Modell, mit Hilfe einer Zeichnung auf einem Flipchart oder einer Erklärung „mit Händen und Füßen“ vor der Richterbank verdeutlicht werden. Einfache Mittel, die den Beteiligten hilft, einen Punkt zu erläutern, ohne aber den Fokus von den entscheidungswesentlichen Fragen zu sehr auf die digitale Präsentationstechnik zu lenken.

- 3.** Aus rechtlicher Sicht bestehen unseres Erachtens erhebliche Bedenken gegen die derzeit vorgeschlagene Fassung von Artikel 15a VOBK:
 - a.** Die vorgeschlagene Regelung enthält nichts über die Form der Teilnahme der Mitglieder der Kammer als Kollegialorgan. Die Absätze 2 und 3 beziehen sich wohl auf mündliche Verhandlungen in Präsenz, denen einzelne Teilnehmer oder Mitglieder der Kammer per Videokonferenz zugeschaltet werden. Der Entwurf scheint es jedenfalls nicht auszuschließen, dass die Mitglieder der Kammer nicht in einem Sitzungssaal mit Videotechnik zusammensitzen, sondern getrennt in ihren Büros oder gar im home office an der VICO teilnehmen. Dies scheint auch die übliche Praxis in der ersten Instanz zu sein.

Gegen eine solche Praxis haben wir erhebliche Bedenken, da sie einen gravierenden Eingriff in das in Art. 21 EPÜ verankerte Kollegialsystem befürchten lässt. Die Erfahrung mit VICO in erster Instanz zeigt, dass die Verhandlung sich häufig auf eine Diskussion mit dem Berichterstatter beschränkt, der sich am eingehendsten mit der Sache befasst hat.⁴ Während im administrativen Erteilungsverfahren eine gewisse Arbeitsteilung zwischen den verschiedenen Mitgliedern der Abteilung gerechtfertigt sein mag, ist im gerichtlichen Beschwerdeverfahren davon auszugehen, dass alle Mitglieder die gleiche Verantwortung für die zu treffende Entscheidung tragen. Dies setzt voraus, dass sie sich intensiv mit der Sache im

⁴ Siehe hierzu die Stellungnahme der Patentanwaltskammer vom 15. Juli 2020 zu VICO unter Punkt 1.c), zugänglich unter www.patentanwaltskammer.de.

Dialog miteinander und den Beteiligten befassen. Dies ist naturgemäß in der persönlichen Begegnung effektiver.

- b.** In der uneingeschränkten Möglichkeit, VICO nach dem Ermessen der Kammern anzuordnen, sehen wir eine Entwicklung, die den Gerichtscharakter der Beschwerdekammern beeinträchtigt. Das Recht auf eine öffentliche mündliche Verhandlung ist nicht nur in Art. 116 EPÜ, sondern auch in Art. 6 (1) EMRK⁵ gewährleistet. Wenngleich die Anordnung einer mündlichen Verhandlung im Wege einer VICO nicht als solche gegen Art. 6 (1) EMRK verstößt, so hat doch das Gericht im Einzelfall zu prüfen, ob die Anordnung ein berechtigtes Ziel verfolgt und den Grundsatz eines fairen Verfahrens beachtet.⁶ Nichts anderes gilt für die parallele Regelung in Art. 47 (2) Satz 1 der EU Grundrechtecharta. Damit ist es nicht vereinbar, wenn ein Gericht eine mündliche Verhandlung als Videokonferenz anordnet, ohne dass besondere Umstände des Einzelfalls dies rechtfertigen.
- c.** Nach traditionellem Verständnis ist eine mündliche Verhandlung eine Verhandlung am Gerichtsort. Sie stellt den Höhe- und Endpunkt eines Konflikts zwischen Parteien bzw. einer Partei und dem Amt dar, und ist deshalb für die Wahrnehmung der Parteien und der Öffentlichkeit herausgehoben. Traditionell wird dazu ein gewisser Rahmen gewählt, in einem „Justizpalast“, in einem Saal, mit Richtern und Anwälten in Roben, der die besondere Situation betont und Ihre Würde und Akzeptanz verleiht. Die physische Anwesenheit der Parteien und der Mitglieder des Gerichts setzen die entsprechenden Regelungen deshalb seit jeher als selbstverständlich voraus, wie das Schweizer Bundesgericht kürzlich in einem Urteil feststellte, mit dem es ein erstinstanzliches Urteil auf Grund der Durchführung der Verhandlung als VICO aufhob.⁷ Davon geht auch die deutsche Regelung über VICO in § 128a ZPO aus, der in Absatz 1, Satz 1 den Beteiligten gestattet, sich an einem anderen Ort aufzuhalten, während dem Gericht in

⁵ Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage 2017, Art. 6 Rdn. 99.

⁶ EGMR vom 5.10.2006, 45106/04, Viola/Italien, Rdn. 67.

⁷ Schweizer Bundesgericht, Urteil vom 6. Juli 2020, 4A_180/2020, Gründe B.3.2, m. weit. Nachw.

Satz 2 der Sitzungsraum zugewiesen ist.⁸ Diese Regelung ermöglicht es den Parteien, trotz der Anordnung einer Videokonferenz im Gerichtssaal zu erscheinen.⁹ Damit ist die Durchführung der mündlichen Verhandlung als VICO nicht erzwingbar. Soweit es in UK erlaubt ist, dass die Richter bei einer VICO nicht im Gericht anwesend sind, beruht dies auf der auf COVID-19 zugeschnittenen und zeitlich befristeten Regelung im Corona Act 2020.

- d.** Der Gerichtsort der Beschwerdekammern hat einen Anknüpfungspunkt im EPÜ. Die Strukturreform für die Beschwerdekammern hat nichts daran geändert, dass diese organisatorisch ein Teil des EPA sind. Demnach ist ihr Sitz nach Art. 6 (2) EPÜ in München und sie entfalten ihre Tätigkeit demgemäß auch in München. In G 2/19¹⁰ hat die Große Beschwerdekammer (GBK) den Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht als verletzt angesehen, wenn mündliche Verhandlungen nicht im Stadtgebiet von München, sondern in Haar im Landkreis München stattfinden. Allerdings hat die GBK einen möglichen Zusammenhang zwischen der Gewährung bzw. Verletzung des rechtlichen Gehörs und dem räumlich-zeitlichen Rahmen für eine anberaumte mündliche Gerichtsverhandlung anerkannt. Daraus wird man schließen können, dass die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung als VICO den Grundsatz des rechtlichen Gehörs berührt, wenn ein Beteiligter substantiiert dargelegt hat, dass eine räumliche Präsenz im Dienstgebäude in Haar anstelle einer VICO geboten erscheint. Eine Ausnahme hiervon wäre unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs nur gerechtfertigt, um, wie unter Ziffer 1. dargelegt, eine ansonsten in vertretbarem zeitlichen Rahmen nicht durchführbare mündliche Verhandlung zu ermöglichen. Dies sollte jedoch außerhalb von Pandemiezeiten oder Naturkatastrophen nicht der Fall sein.
- e.** Eine Abweichung von den o.g. Grundsätzen der EMRK, der EU Grundrechtecharta, des deutschen Zivilprozessrechts oder der temporären

⁸ Siehe Musielak/Voith, ZPO, 17. Aufl. 2020, Rdn. 2 m. weit. Nachw.

⁹ Mantz/Spoenle, a.a.O., Abschnitt II,2, 1. Absatz.

¹⁰ G 2/19, ABl. 2020, A87 - *Rechtliches Gehör und richtiger Verhandlungsort*, Abschnitt IV.1.

Lösung im Vereinigten Königreich wird nicht durch Besonderheiten des Verfahrens vor den Beschwerdekammern gerechtfertigt. Das Verfahren vor dem EPA ist zwar im Wesentlichen schriftlich.¹¹ Dies wird aus dem Ziel des Erteilungsverfahrens abgeleitet, ein schriftliches Dokument auszustellen, das den Schutz im Einzelnen festlegt, der dem Anmelder zuerkannt wird.¹² Dieser Gedanke gilt freilich schon nicht für das Einspruchsverfahren, das in seinem Charakter wesentliche Gemeinsamkeiten mit einem nationalen Nichtigkeitsverfahren aufweist.¹³ Jedenfalls ist die obligatorische mündliche Verhandlung als eine wesentliche Ergänzung zum schriftlichen Verfahren konzipiert, das eine besondere Ausprägung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs ist und dessen Bedeutung von den Beschwerdekammern immer wieder hervorgehoben worden ist.¹⁴ Sie gibt den Parteien eine bessere Möglichkeit als das schriftliche Verfahren, ihren Standpunkt darzulegen, sich auf die Punkte zu konzentrieren, die sich als wesentlich herausstellen und zur Klärung streitiger Punkte beizutragen.¹⁵

- f.** Folglich erscheint das den Beschwerdekammern nach Art. 15a (1) des Entwurfs eingeräumte Ermessen einen Verstoß gegen Art. 116 (1), 113 (1) EPÜ darzustellen. Eine Beschwerdekammer mag eine VICO schon als „appropriate“ ansehen, wenn sie aus ihrer Sicht effizient ist. Sodann ist die Ausübung des Ermessens auch nicht überprüfbar, weil die Kammer als letzte Instanz entscheidet. Das Schweizer Beispiel zeigt, dass in nationalen Verfahren Rechtsschutz gegen eine fehlerhaft angeordnete VICO gegeben ist. Im Verfahren vor den Beschwerdekammern ist dies nicht der Fall. Vom Überprüfungsverfahren nach Art. 112a EPÜ ist eine Korrektur der Ermessensentscheidung nicht zu erwarten.¹⁶ Die Erfolgsquote in diesen

¹¹ G 4/95, ABl. EPA 1996, 412 - *Vertretung/BOGASKY*, Gründe Nr. 4c

¹² *Bühler in Singer/Stauder*, 8. Aufl. 2019, Art. 116 EPÜ, Rdn. 1

¹³ G 9/91, ABl. 1993, 408 - *Prüfungsbefugnis/ROHM AND HAAS*, Gründe Nr. 2.

¹⁴ Rechtsprechung der Beschwerdekammern, 9. Aufl. 2019, III.C.2.1.

¹⁵ *Waage*, Principles of Procedure in European Patent Law, EPO, 2002, Rdn. 2-93.

¹⁶ R 10/09 vom 22. Juni 2010, Gründe Nr. 2.3.

Verfahren bei Rügen wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs ist äußerst gering. Zudem geht eine verbreitete, wenn auch nicht einhellige Rechtsprechung dahin, dass ein Gehörsverstoß dann nicht vorliegt, wenn ein das rechtliche Gehör betreffender Antrag mit der Partei erörtert wurde.¹⁷

4. Im Ergebnis halten wir die Anordnung von mündlichen Verhandlungen in Form einer VICO nur mit Zustimmung der Parteien für geboten. Eine Anordnung als VICO ohne Zustimmung der Parteien dagegen nur als *ultima ratio* für gerechtfertigt, solange die Teilnahme an Präsenzverhandlungen durch die gegenwärtige (oder auch eine zukünftige) Pandemie nicht möglich ist.

Für Zeiten außerhalb einer Pandemie stehen andere Mittel zur Verfügung, um wesentliche Vorteile der VICO-Technologie im Rahmen der mündlichen Verhandlungen zu nutzen, ohne dass der Kern der mündlichen Verhandlung – als Ort für den Austausch mündlicher Argumente und der Klärung offener Fragen – aufgegeben wird. Vorbild für eine derartige Regelung könnte die derzeitige Praxis des Bundesgerichtshofs sein. Die Richterinnen und Richter befinden sich gemeinsam im Saal, und es wird, gewissermaßen in „hybrider Form“, ein begrenzter Kreis an Teilnehmer vor Ort, üblicherweise der bzw. die maßgeblich führenden Vertreter, erlaubt, während weitere Teilnehmer, z. B. Vertreter, die über tiefgründiges Wissen zu einzelnen Punkten verfügen, oder In-house-Vertreter der Parteien, auch aus Übersee, sich per VICO zuschalten. Damit bleibt der wesentliche Charakter der mündlichen Verhandlung erhalten, unter gleichzeitiger Ausnutzung der essentiellen Vorteile der VICO-Technologie.

¹⁷ Vgl. beispielsweise R 1/13 vom 17. Juni 2013, Gründe Nr. 13.5 zu einem Fall, bei dem der Patentinhaber auf einen späten Einwand mit einem geänderten Antrag reagieren wollte, der nicht zugelassen wurde. Hier hat die GBK eine Verletzung des rechtlichen Gehörs mit der Begründung verneint, der Patentinhaber sei zur Zulassung des Antrags gehört worden. Siehe auch R 10/09, a.a.O., Fn 17.

5. Gesetzestechnisch regen wir daher folgenden Ergänzungsbedarf an:
- a. Der Systematik anderer Vorschriften der VOBK folgend, wäre zu begrüßen, dass eine Durchführung in Präsenz, bei Bedarf oder Interesse in „hybrider Form“, als Normalfall vorangestellt wird, in etwa

„For oral proceedings scheduled to be held in person, the Chair may allow a party, representative or accompanying person to attend by videoconference.“

- b. Ungeachtet dessen sollte der derzeitige Artikel 15a (1) – der nach unserem Vorschlag den Artikel 15a (2) bilden sollte – das Ermessen der Kammer für die Entscheidung einer reinen VICO näher ausgestalten. Dies vor allem auch vor dem Hintergrund, dass die Ermessensentscheidungen der Kammer bei den verfahrensrechtlichen Zulassungsfragen wesentlich deutlicher bestimmt sind, vgl. z. B. die in Artikel 12 (4) oder Artikel 13(1) VOBK hinterlegten Kriterien, oder auch die detaillierten in Artikel 15 (2) (b) VOBK vorgesehenen Kriterien für eine Verlegung. Dabei erscheinen die Geeignetheit des Falls, insbesondere die Komplexität und die Möglichkeit der Parteien zur Teilnahme (wie in Ziff. 8 der „*Explanatory remarks*“ vorgesehen) von wesentlicher Bedeutung, weniger entscheidend dagegen, jedenfalls bei *inter partes* Verfahren, die bloße subjektive Bereitschaft.
- c. Zusätzlich sollte die geplante Vorschrift eingangs definieren, wie eine VICO im Normalfall durchgeführt wird, bevor dann die Ausnahmen von diesem Normalfall geregelt werden. Als Normalfall einer VICO in diesem Sinn ist unserer Auffassung nach anzusehen, dass die Beschwerdekammer als Kollegialorgan in einem Sitzungssaal in Haar tagt, während die Beteiligten dort anwesend sind, wo ihre VICO-Ausstattung verfügbar ist. Dabei gehen wir davon aus, dass Vertreter und Partei an verschiedenen Orten verbunden sein können (letztere z. B. in Übersee).
- d. Was die Mitglieder der Kammer angeht, so sollte eine Ausnahme von der Anwesenheit im Kollegium nur dann gerechtfertigt sein, wenn das Mitglied bei der VICO nicht anwesend sein kann, etwa weil es einer angeordneten Quarantäne unterliegt oder aus sonstigen gesundheitlichen Gründen.

Dagegen sollte es kein Grund für die Abwesenheit eines Mitglieds sein, dass es Reisebeschränkungen unterliegt, die sich etwa daraus ergeben, dass es im home office im Heimatland arbeitet. Dies sollte in den Vorschriften entsprechend niedergelegt werden.

- e. Was die Benutzung von Zoom als Plattform angeht, so ist Datensicherheit für die Server der externen Teilnehmer ein eminent wichtiger Aspekt des VICO-Verfahrens. In dieser Hinsicht sehen wir uns zu einer kurzfristigen Stellungnahme mangels näherer Prüfung nicht in der Lage. Die von anderer Seite hierzu schon geäußerten Bedenken müssen jedenfalls ernst genommen werden.¹⁸ Da alle potentiellen Teilnehmer sensible Daten gespeichert haben dürften, sollten sie schon aus Haftungsgründen über Sicherheitslücken und ggf. Möglichkeiten zu ihrer Schließung unterrichtet werden.

Dabei sollte auch beachtet werden, dass Bild- und Tonaufnahmen von mündlichen Verhandlungen aus gutem Grund grundsätzlich verboten sind. Zoom ermöglicht zwar einem Host, das Aufzeichnen über die Software selbst zu unterbinden, jedoch gibt es Software von Drittanbietern, die ein „heimliches“ Mitschneiden ohne große technische Hürden ermöglichen. Insbesondere dann, wenn ein großer Kreis an Teilnehmern die Verhandlung per VICO wahrnimmt, wird eine spätere Rückverfolgbarkeit von Aufzeichnungen schwierig werden.

¹⁸ Siehe hierzu auch das Schweizerische Bundesgericht, a.a.O., Gründe Nr. B.6.