

Die europäische Patentreform – Das britische Ratifikationsparadoxon

Rechtsanwalt Dr. Ingeve Björn Stjerna, LL.M., Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz, Düsseldorf

Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

Zuletzt sorgten Aussagen von Mitgliedern der britischen Regierung mit Bedeutung für die Ratifikation des Übereinkommens über ein Einheitliches Patentgericht („EPGÜ“) durch Großbritannien für Erstaunen. Während der neue britische Staatsminister für Intellectual Property, *Joseph Johnson*, den Willen zur Ratifikation bekräftigte, definierte Premierministerin *Theresa May* kurz darauf in ihrer Rede zu den „Brexit“-Verhandlungen mehrere Ziele, mit denen eine solche Ratifikation unvereinbar sein dürfte. In diesem Kontext ist auch von Interesse, dass der EuGH entgegen der politischen Vorgaben des früheren britischen Premierministers *Cameron* und gegen den breiten Widerstand der Fachkreise durch den Kompromiss im Streit um die früheren Art. 6 bis 8 der „Einheitspatent“-Verordnung eine Auslegungszuständigkeit auch für materielle Fragen des einheitlichen Patentschutzes erlangt haben dürfte. Der folgende Beitrag stellt die Aussagen und ihre rechtlichen Implikationen näher dar.

I. Die Aussagen von Minister *Johnson* im House of Commons Science and Technology Committee

Ende November 2016 erklärte die britische Regierung, mit den Vorbereitungen für eine Ratifikation des EPGÜ fortfahren zu wollen¹ und unterzeichnete kurz darauf das „Protokoll über Vorrechte und Immunitäten des Einheitlichen Patentgerichts („EPG“)“. Am 11.01.2017 kam der Ausschuss für Forschung und Technologie des britischen House of Commons zu einer Anhörung zusammen, an der auch der neue Minister für (u. a.) Intellectual Property, *Joseph Johnson*, teilnahm.² Der Abgeordnete *Derek Thomas* befragte ihn dort zur Ratifikation des EPGÜ und zu den Folgen eines „Brexit“ für die Teilnahme Großbritanniens an diesem. Es entstand der folgende Austausch:

Derek Thomas:³ *“In November, [unverständlich] at the Competitiveness Council that the government intends to ratify the European Unified Patent Court Agreement or the Agreement regarding that Unified Patent Court. And then you said that this decision does not preempt the UK objectives in the program of leaving the EU. Can you clarify what is meant by that statement?”*

Joseph Johnson:⁴ *“Yes. I think the statement is correct in the sense that this is not an EU institution, the Unified Patent Court, and it is independent of our membership of the European Union. We have taken the decision to ratify, to proceed with preparations to ratify the Patent Court Agreement. It hasn't yet come into effect, because the requisite number of countries needed haven't yet ratified. But we believe it's important that we participate in this framework. It has a value to UK inventors and UK businesses and we want to be there at its creation.”*

DT:⁵ *“That's good. Are you saying then that, currently, there is provision in the Unified Patent Court Agreement for non-EU members to participate in the unitary scheme, the unitary patent scheme?”*

JJ:⁶ *“These are questions which will form part of the bigger discussion around the Brexit negotiations.”*

DT:⁷ *“Finally then – because obviously, that's not clear –, one of the seats of the UPC is in London which will look at cases such as chemistry including pharma and life sciences. Is it possible that we go to the effort of setting this up only for to be taken down again when we leave the EU, is that likely?”*

JJ:⁸ *“Well, again, we have interests in the Unified Patent Court, we see benefits to business, benefits to our research environment or our innovation ecosystem. We want to be there, supporting this entity. But location decisions following our Brexit are all going to form part of the bigger package of discussions relating to us leaving the European Union.”*

DT:⁹ *“Well, I guess what you are saying is you go into this with the intention of us remaining in that Agreement post-Brexit?”*

JJ:¹⁰ *“The Unified Patent Court stands outside the European Union institutions. So, we are members of it, we are proceeding with preparations to ratify the Agreement. But aspects of how it operates, where it operates will all form part of the future negotiations.”*

¹ Pressemitteilung “UK signals green light to Unified Patent Court Agreement” (28.11.2016), abrufbar unter archive.md/aEvyt.

² Eine Aufzeichnung der Anhörung ist abrufbar unter bit.ly/3fkpoxf.

³ Fn. 2, ab 11:07.26 der Aufzeichnung.

⁴ Fn. 2, ab 11:07.52.

⁵ Fn. 2, ab 11:08.46.

⁶ Fn. 2, ab 11:08.56.

⁷ Fn. 2, ab 11:09.03.

⁸ Fn. 2, ab 11:09.23.

⁹ Fn. 2, ab 11:09.46.

¹⁰ Fn. 2, ab 11:09.54.

Den von Herrn *Johnson* beschriebenen Ansatz kann man im Ergebnis wohl wie folgt zusammenfassen: Das EPG ist keine EU-Institution, es ist von der Mitgliedschaft Großbritanniens in der EU unabhängig. Ob und unter welchen Bedingungen Großbritannien auch nach einem Austritt aus der EU Mitglied des EPGÜ bleiben kann, soll erst im Rahmen der Austrittsverhandlungen nach Auslösung des Verfahrens nach Art. 50 II EUV geprüft werden.

Demnach versucht man also offenbar allein unter Verweis auf den formalen Status des EPG die Ratifikation des EPGÜ von den offensichtlichen Implikationen des „Brexit“-Votums zu trennen, einen solchen Hinweis hatte bereits die besagte Pressemitteilung der britischen Regierung aus dem November 2016 enthalten (*“The UPC itself is not an EU institution, it is an international patent court.”*). Eine Auseinandersetzung mit den im Fall einer Ratifikation neu begründeten unionsrechtlichen Verpflichtungen Großbritanniens, z. B. dessen Haftung für Unionsrechtsverstöße des EPG, sucht man vergebens.

Wenn man das EPGÜ kurzfristig ratifizieren will, worauf die jüngsten Aussagen von Herrn *Johnson* schließen lassen, die Möglichkeit einer fortgesetzten Teilnahme Großbritanniens an diesem nach einem „Brexit“ jedoch erst später im Zuge der Austrittsverhandlungen geklärt werden soll – weshalb eigentlich? –, würde dies bedeuten, dass man das Risiko eingeht, bei einem Austritt aus der EU nicht länger am EPGÜ teilnehmen zu können. Dass dieses Risiko ohne grundsätzliche inhaltliche Änderungen am EPGÜ sehr real ist, ist bereits verschiedentlich beschrieben worden.¹¹ Die sich hieraus für die britische Industrie ergebende Rechtsunsicherheit nimmt man offenbar in Kauf.

II. Die Rede von Premierministerin May über die Ziele der Austrittsverhandlungen

Rund eine Woche nach den Aussagen von Herrn *Johnson* beschrieb die britische Premierministerin *Theresa May* am 17.01.2017 in einer Rede¹² die Ziele der Regierung bei den Verhandlungen über den Austritt Großbritanniens aus der EU. Mehrere dieser Ziele stehen mit einer Ratifizierung des EPGÜ in Widerspruch.

Einleitend betonte Frau *May*, man wolle für ein Maximum an Klarheit sorgen:¹³

“The first objective is crucial. We will provide certainty wherever we can. (...) But I recognise how important it is to provide business, the public sector, and everybody with as much certainty as possible as we move through the process. So where we can offer that certainty, we will do so.”

Sie erklärte weiter, man wolle die Kontrolle über „unsere eigenen Gesetze“ zurückgewinnen:¹⁴

¹¹ *Jaeger*, „Reset and Go: The Unitary Patent System Post-Brexit“, abrufbar unter bit.ly/3bsJDaY; *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Die Quadratur des Kreises nach dem „Brexit“-Votum, abrufbar unter www.stjerna.de/brexit.

¹² Abrufbar unter archive.md/5fbGg.

¹³ Fn. 12, Ziffer 1., „Certainty“.

“So we will take back control of our laws and bring an end to the jurisdiction of the European Court of Justice in Britain. Leaving the European Union will mean that our laws will be made in Westminster, Edinburgh, Cardiff and Belfast. And those laws will be interpreted by judges not in Luxembourg but in courts across this country. Because we will not have truly left the European Union if we are not in control of our own laws.”

Der Begriff „our (own) laws“ wird an mehreren Stellen der Rede benutzt. Auf den ersten Blick erwecken die diesbezüglichen Aussagen den Eindruck, das in Großbritannien geltende Recht solle künftig allein in den dortigen Parlamenten beschlossen werden, was umgekehrt eine Absage an Rechtssetzung aus Brüssel impliziert. Für internationale Übereinkommen wie das EPGÜ dürften diese Aussagen keinen Unterschied machen. An deren Ratifikation wirken die besagten Parlamente in der Regel ohnehin mit, insofern dürfte ein ratifiziertes internationales Übereinkommen wie das EPGÜ schon jetzt Teil von „our (own) laws“ in diesem Sinne sein.

Sehr viel deutlicher sind die Aussagen der Premierministerin zu der Rolle, die der EuGH zukünftig in Großbritannien spielen soll: Keine mehr. Neben der bereits zitierten Aussage hat sie dies in einer weiteren sehr deutlich gemacht (Hervorhebung diesselts):¹⁵

“What I am proposing cannot mean membership of the single market. (...) And being out of the EU but a member of the single market would mean complying with the EU’s rules and regulations that implement those freedoms, without having a vote on what those rules and regulations are. It would mean accepting a role for the European Court of Justice that would see it still having direct legal authority in our country. It would to all intents and purposes mean not leaving the EU at all.”

Demnach soll der EuGH künftig keine „unmittelbaren rechtlichen Befugnisse“ mehr in Großbritannien haben. Man könnte sich fragen, inwiefern der EuGH in privatrechtlichen Streitigkeiten überhaupt je „unmittelbare rechtliche Befugnisse“ in einem EU-Mitgliedstaat hat, da seine Rolle hier bekanntlich auf die Beantwortung von Fragen hinsichtlich des Unionsrechts im Rahmen von Vorabentscheidungsersuchen seitens der nationalen mitgliedstaatlichen Gerichte beschränkt ist, auf deren Grundlage letztere dann ihre Sachentscheidung treffen. Insofern könnte man die rechtlichen Befugnisse des EuGH in den Mitgliedstaaten schon bislang als nur mittelbar bezeichnen. Dann würde die Aussage von Frau *May* indes bedeuten, dass sich an der Rechtsstellung des EuGH hinsichtlich Großbritanniens durch den Austritt aus der EU nichts ändern soll. Dies dürfte kaum beabsichtigt sein. Die oben zitierte, eindeutige Aussage *“we will (...) bring an end to the jurisdiction of the European Court of Justice in Britain”* spricht recht

¹⁴ Fn. 12, Ziffer 2., „Control of our own laws“.

¹⁵ Fn. 12, Ziffer 8., „Free trade with European markets“.

deutlich dafür, dass der EuGH in Bezug auf Großbritannien keine Rechtsprechungsbefugnisse mehr haben soll.

Wenn dies jedoch so sein soll, fragt man sich, wie die britische Regierung die Ratifikation des EPGÜ erklären will, denn dieses begründet neue unionsrechtliche Pflichten, darunter eine neue Zuständigkeit des EuGH.

III. EPGÜ und Unionsrecht

Wie bereits erwähnt, stützen sich die Aussagen der britischen Regierung zur beabsichtigten Ratifikation des EPGÜ bislang allein auf die Stellung des EPG als internationale Organisation (Art. 4 I EPGÜ). Durch den Hinweis, es handle sich nicht um eine EU-Institution bzw. das EPG habe mit der Mitgliedschaft in der EU angeblich nichts zu tun, will man offenbar den Eindruck erwecken, dass das „Brexit“-Votum für das EPGÜ irrelevant ist und dessen Ratifikation nicht entgegen steht.

1. Unionsrechtliche Verpflichtungen des EPG

Sieht man sich jedoch das EPGÜ genauer an, offenbaren sich ohne weiteres umfassende Pflichten des EPG aus dem Unionsrecht.

Dies ist auch nicht verwunderlich, denn nach seinem Gutachten 1/09, in dem der EuGH den ersten Entwurf eines Übereinkommens zur Schaffung einer europäischen Patentgerichtsbarkeit im Jahr 2011 als mit dem Unionsrecht unvereinbar verworfen hatte, sahen die politischen Protagonisten den Ausweg aus diesem Dilemma bekanntlich darin, das EPG – zumindest deklaratorisch – als gemeinsames Gericht der Vertragsmitgliedstaaten auszugestalten und dessen unionsrechtliche Pflichten und seine Verpflichtung zur Kooperation mit dem EuGH gegenüber dem verworfenen Übereinkommensentwurf zu stärken.¹⁶

Dies wird schon in den Erwägungsgründen des EPGÜ bekräftigt. So wird hier zunächst die Rechtsstellung des EPG beschrieben und die Rechtsprechungshoheit des EuGH definiert.¹⁷ Weiter wird bestimmt, dass die Vertragsmitgliedstaaten u. a. die uneingeschränkte Anwendung und Achtung des Unionsrechts durch das EPG in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet sicherzustellen haben.¹⁸

„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 Artikel 4 Absatz 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,“

Auch die unionsrechtlichen Verpflichtungen des EPG und dessen Anbindung an den EuGH werden geregelt.¹⁹

„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 Artikel 267 AEUV um Vorabentscheidungen ersucht,“

Inbegriffen ist auch die Haftung der Vertragsmitgliedstaaten für Verstöße des EPG gegen das Unionsrecht:²⁰

„IN DER ERWÄGUNG, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur außervertraglichen Haftung die Vertragsmitgliedstaaten für Schäden, die durch Verstöße des Einheitlichen Patentgerichts gegen das Unionsrecht einschließlich des Versäumnisses, den Gerichtshof der Europäischen Union um eine Vorabentscheidung zu ersuchen, entstanden sind, haften sollten,

IN DER ERWÄGUNG, dass Verstöße des Einheitlichen Patentgerichts gegen das Unionsrecht, einschließlich des Versäumnisses, den Gerichtshof der Europäischen Union um eine Vorabentscheidung zu ersuchen, unmittelbar den Vertragsmitgliedstaaten anzulasten sind und daher gemäß den Artikeln 258, 259 und 260 AEUV gegen jeden Vertragsmitgliedstaat ein Verletzungsverfahren angestrengt werden kann, um die Achtung des Vorrangs des Unionsrechts und seine ordnungsgemäße Anwendung zu gewährleisten,“

Der Reichweite der unionsrechtlichen Verpflichtungen des EPG ist ein separater Erwägungsgrund gewidmet:²¹

„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,“

Diese Erwägungen werden mittels zahlreicher Vorschriften des EPGÜ implementiert.

So bestimmt einleitend Art. 1 II EPGÜ, dass das EPG denselben unionsrechtlichen Verpflichtungen unterliegt wie jedes nationale Gericht:

¹⁶ Hierzu näher *Stjerna* (Fn. 11), Ziffer III.2.a), S. 4 f.

¹⁷ Erwägungsgründe 7 und 8 des EPGÜ.

¹⁸ Erwägungsgrund 9 des EPGÜ.

¹⁹ Erwägungsgrund 10 des EPGÜ.

²⁰ Erwägungsgründe 11 und 12 des EPGÜ.

²¹ Erwägungsgrund 13 des EPGÜ.

„Das Einheitliche Patentgericht ist ein gemeinsames Gericht der Vertragsmitgliedstaaten und unterliegt somit denselben Verpflichtungen nach dem Unionsrecht wie jedes nationale Gericht der Vertragsmitgliedstaaten.“

Mit dem Vorrang des Unionsrechts und der Haftung der Vertragsmitgliedstaaten bei Verstößen gegen dieses beschäftigt sich ein eigenes Kapitel des EPGÜ (Kapitel IV). An dessen Anfang steht Art. 20 EPGÜ, der bestimmt:

„Das Gericht wendet das Unionsrecht in vollem Umfang an und achtet seinen Vorrang.“

Ergänzend bestimmt Art. 24 I Buchst. a) EPGÜ das Unionsrecht als eine der Rechtsquellen, die das EPG seinen Entscheidungen zugrunde zu legen hat.

Art. 21 EPGÜ regelt das Verhältnis des EPG zum EuGH:

„Als gemeinsames Gericht der Vertragsmitgliedstaaten und Teil ihres Gerichtssystems arbeitet das Gericht — wie jedes nationale Gericht — mit dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Gewährleistung der korrekten Anwendung und einheitlichen Auslegung des Unionsrechts insbesondere im Einklang mit Artikel 267 AEUV zusammen. Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union sind für das Gericht bindend.“

Für aus einer Verletzung des Unionsrechts durch das EPG resultierende Schäden haften die Vertragsmitgliedstaaten gesamtschuldnerisch (Art. 22 I EPGÜ). Solche Verstöße des EPG sind jedem Vertragsmitgliedstaat zudem einzeln und allen gemeinsam zuzurechnen und können ein Vertragsverletzungsverfahren begründen (Art. 23 EPGÜ).

Aus alledem dürfte deutlich werden, dass das EPG weitreichenden Pflichten aus dem Unionsrecht unterliegt und mit ihm die Vertragsmitgliedstaaten, die für die Verletzung dieser Pflichten haften. Hierüber hilft der formale Status des EPG als internationale Organisation nicht hinweg.

Wer den Einfluss des Unionsrechts und des EuGH mindern möchte wie dies die Premierministerin für Großbritannien zu beabsichtigen erklärt hat, kann das EPGÜ nicht ohne weiteres ratifizieren. Zumindest wäre eine nähere Erläuterung vonnöten, weshalb man im Fall des EPG mit der Begründung neuer Verpflichtungen aus dem Unionsrecht und entsprechender Befugnisse des EuGH sowie einer entsprechenden Haftung Großbritanniens für Unionsrechtsverstöße ungeachtet der mit einem Austritt aus der EU beabsichtigten Ziele einverstanden ist.

2. Befugnisse des EuGH zur Auslegung von Inhalt und Reichweite des einheitlichen Patentschutzes

Ein bislang wenig beachteter Aspekt der Problematik betrifft den Umfang der Auslegungszuständigkeit des EuGH.

a) Der Streit um die ehemaligen Art. 6 bis 8 des Entwurfs der „Einheitspatent“-Verordnung

Bekanntlich war dieser Punkt Kern des Disputs um die früheren Art. 6 bis 8 des Entwurfs der Verordnung zum „Einheitspatent“, die den Inhalt und die Grenzen der aus einem solchen Patent resultierenden Rechte betrafen. Die

Fachkreise hatten sich insbesondere auch in Großbritannien dafür eingesetzt, diese Vorschriften – die häufig im Zentrum von Patentstreitverfahren stehen – von der Auslegungszuständigkeit des EuGH auszunehmen, weil man befürchtete, dass dieser derartige Vorlagen nicht sachgerecht und in akzeptabler Zeit würde bewältigen können.²² Von britischer Seite hatten vor allem die IP Federation²³ und das Chartered Institute of Patent Attorneys („CIPA“), die zuletzt intensiv für eine britische Ratifikation des EPGÜ warben,²⁴ eine solche Auslegungszuständigkeit abgelehnt, das letztere mit der denkwürdigen Aussage:²⁵

“The CJEU must not decide European patent infringement law. They do not have the specialist expertise and are not suited to it. References to the CJEU lead to further expense and delay. This is also a further ceding of sovereignty to Europe, without justification.”

Der Europäische Rat verlangte nach alledem Mitte 2012 die Entfernung der besagten Vorschriften aus dem Verordnungsentwurf,²⁶ was das EU-Parlament empörte.²⁷

Das Streichungsverlangen hatte der damalige britische Premierminister David Cameron für sich reklamiert und hierzu im britischen Unterhaus am 02.07.2012 erklärt:²⁸

“We also agreed to go ahead with the European patent court. (...) In finalising the agreement, Britain had two objectives: that the new patent should be redrafted so that it did not get snarled up in the processes of the European Court of Justice, and that a significant part of the court, (...) would be based in London. I am pleased to say that we secured both those outcomes.”

Der Streit wurde im November 2012 durch die als „zyprischer Kompromiss“ bezeichnete Konstruktion beigelegt, die eine Entfernung der besagten drei Artikel und ihre Ersetzung durch einen Verweis auf externe Rechtsquellen vorsah (vgl. Art. 5 III, 7 der EU-Verordnung 1257/12).²⁹ In dieser Form wurde die Verordnung am 11.12.2012 ge-

²² Vgl. hierzu näher *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Vorerst gescheitert, abrufbar unter www.stjerna.de/vorerst-gescheitert und *ders.*, Neue Probleme voraus?, abrufbar unter www.stjerna.de/neue-probleme.

²³ Z. B. IP Federation Policy Papers PP19/11 (25.11.2011), abrufbar unter bit.ly/33Lsd55 oder PP2/12 (23.01.2012), abrufbar unter bit.ly/3bw9PBs.

²⁴ Vgl. *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Das Gordon/Pascoe-Gutachten und die Unvereinbarkeit des EPGÜ mit dem Unionsrecht, abrufbar unter www.stjerna.de/gp-gutachten.

²⁵ CIPA Briefing Paper on European Patent Law Proposals (06.12.2011), S. 5, Buchst. a), abrufbar unter xup.in/dl.14543498.

²⁶ Ratsdokument EUCO 76/2/12 (20.07.2012), S. 2 unten, abrufbar unter bit.ly/3hzthRx; vgl. auch Ratsdokument 11959/12 (29.06.2012), abrufbar unter bit.ly/3u0CUeR.

²⁷ Hierzu *Stjerna*, „Die parlamentarische Historie des europäischen Einheitspatents“ (Tredition 2016), ISBN 978-3-7345-1071-7, Rn. 864 ff. und 995 ff., vgl. bit.ly/3f6PNjh.

²⁸ Hansard, Col. 586, abrufbar unter bit.ly/3by2QrM.

²⁹ Vgl. *Stjerna*, Parlamentarische Historie (Fn. 27), Rn. 1049 ff. und Die europäische Patentreform – Der sub-sub-suboptimale Kompromiss, abrufbar unter www.stjerna.de/suboptimaler-kompromiss.

meinsam mit den beiden weiteren Bestandteilen der Patentreform vom EU-Parlament angenommen.

b) Die Reichweite der Auslegungszuständigkeit des EuGH

Ungeklärt blieb dabei die Frage, ob der besagte „zypriotische Kompromiss“ tatsächlich die weithin geforderte Ausklammerung von Inhalt und Reichweite des einheitlichen Patentschutzes von der Auslegungszuständigkeit des EuGH bewirkte. In den Fachkreisen wird offenbar verbreitet angenommen, dass dies der Fall ist und Vorabentscheidungsvorlagen an den EuGH auf die zahlenmäßig überschaubare rein patentrechtliche EU-Rechtssetzung beschränkt sind. Diese Annahme könnte sich letztlich ebenso als Irrtum erweisen wie der Glaube an das inzwischen offensichtlich überholte politische Versprechen, die Patentreform werde vor allem der Förderung des Mittelstandes dienen.³⁰

So erklärte beispielsweise der im EU-Gesetzgebungsverfahren für das EPGÜ zuständige Berichtersteller, *Klaus-Heiner Lehne*, in einem Interview kurz nach Verabschiedung der Patentreform, der EuGH werde auch für die Auslegung des EPGÜ zuständig sein (Hervorhebung diesseits).³¹

„Die Artikel 6 bis 8 werden aus der Verordnung gestrichen und stattdessen in das Gerichtsabkommen geschrieben. Der Kompromiss sieht somit im Grunde eine Referenz zu den nationalen Regelungen vor und macht sie damit zum Gegenstand des europäischen Rechts. Zudem regelt er als zentrale Voraussetzung die einheitliche Anwendbarkeit des Patentes. Die britische Regierung wollte unbedingt den Europäischen Gerichtshof aus dem neuen Patentgerichtssystem raushalten und hat deshalb die Streichung der Artikel 6 bis 8 durchgesetzt. Ich behaupte allerdings, dass das nicht sicher zu gewährleisten ist. Weil wir den Verweis aus der Verordnung auf das Gerichtsabkommen und die Regelung auf nationaler Ebene mit ins europäische Recht übernommen haben, halte ich Vorlageverfahren sogar für wahrscheinlich. Dann wird sich der EuGH natürlich auch mit Inhalten des Abkommens befassen und diese auslegen.“

Dieser Meinung ist auch Prof. *Tilman*, unermüdlicher Kämpfer für die Patentreform. Er beschrieb den Kompromiss und dessen Folgen in einem Artikel im April 2013 wie folgt (Hervorhebung diesseits):³²

“A common basis for many of the compromise proposals ventured from September to November 2012 between the Commission, the Parliament and the Council was that the Patent Regulation include a rule directly or indirectly referring to the Unified Court Agreement. An indirect referral would be a reference to the nation-

al law of the Member State where the patent is ‘rooted’ (...). Though not explicitly mentioned, the Court Agreement – as being part of the national law – would be covered by such a reference. (...) The legal effect would be that the rules referred to would become unitary law by referral. The CJEU would then have the power to interpret the rules of the Agreement or of the relevant national law.”

Diese Ansicht bekräftigte er in einem weiteren Beitrag zwei Monate später. Der EuGH habe infolge des „zypriotischen Kompromisses“ die allseits verpönte Auslegungszuständigkeit hinsichtlich Inhalt und Reichweite des einheitlichen Patentschutzes erlangt:³³

„Dies führt zu den Art. 5 und 7 EPatVO, also zu dem komplizierten Kompromiss, der nach der Streichung der berühmten Art. 6-8 aus der VO zwischen Parlament und Rat erzielt worden ist. (...) Absatz 3 des Art. 5 verweist jedoch wegen der Handlungen, gegen die sich der Anspruch richtet, und wegen der Beschränkungen dieses Anspruchs über Art. 7 und das nationale Recht des Sitzstaates auf das Gerichtsabkommen und die dortigen Definitionen in Art. 25-27. Es handelt sich in beiden Fällen (also hinsichtlich der Handlungen und der Beschränkungen) um eine inkorporierende Verweisung, welche die Definitionen in Art. 25-27 EPGÜ in das Unionsrecht hineinzieht. Das ist unionsrechtlich unbedenklich und führt zu einer Auslegungskompetenz des EuGH für die Art. 25-27 EPGÜ.“

Die Art. 25 bis 27 EPGÜ sind mit den früheren Art. 6 bis 8 des Verordnungsentwurfs zum einheitlichen Patentschutz identisch und beschreiben den Inhalt und die Grenzen der aus einem „Einheitspatent“ resultierenden Rechte, also genau diejenigen Aspekte, die dem Zugriff des EuGH nach dem Willen des damaligen britischen Premierministers und der Fachkreise entzogen sein sollten.

Zu dem besagten Ansatz der „inkorporierenden Verweisung“ merkte Prof. *Thomas Jaeger* an:³⁴

“It is naïve to believe that the ECJ would refrain from filling-in the blanks left in the Regulation if needed to ascertain the extent of individual legal protection under it. After all, EU law is autonomous, determined by the rule of law and incorporates a complete system of remedies for legal protection. As cases as old as van Gend and Costa already tell us, combining these features means that the ECJ actually has more room for proactive law-making where an act contains blanks than where it states guidelines.”

Der Ansatz der „inkorporierenden Verweisung“ könnte dem EuGH demnach letztlich sogar freie Hand darüber verschaffen, ob und inwiefern er eine Auslegungszuständigkeit hinsichtlich der in Bezug genommenen Rechtsquellen beanspruchen möchte. Im Ergebnis könnte diese Zuständigkeit also ein Ausmaß annehmen, das sehr viel

³⁰ Vgl. *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Ein vergiftetes Geschenk für KMU“, abrufbar unter www.stjerna.de/kmu.

³¹ JUVE Rechtsmarkt, Ausgabe 1/2013, S. 89, abrufbar unter bit.ly/3bvrgSq.

³² *Tilman*, JIPLP 2013, 78 (79/80).

³³ *Tilman*, VPP-Rundbrief 2/2013, S. 56 (r. Sp.).

³⁴ *Jaeger*, IIC 2013, 389 (391).

weiter reicht als dies mit den Art. 6 bis 8 in der „Einheitspatent“-Verordnung der Fall gewesen wäre.

Der Umstand, dass der EuGH in seiner Entscheidung über die Nichtigkeitsklage Spaniens gegen die besagte Verordnung 1257/12 der Meinung war, dass der Verweis auf externe Rechtsquellen hinsichtlich des Inhalts und der Rechte aus einem „Einheitspatent“ genügt, um diese auf die Rechtsgrundlage des Art. 118 IAEUV stützen zu können,³⁵ deutet darauf hin, dass das Gericht in der Tat eine Auslegungskompetenz auch hinsichtlich der referenzierten Rechtsquellen beanspruchen könnte. Anderenfalls hätte es die Verordnung wohl mangels tragfähiger Rechtsgrundlage für nichtig erklären müssen.

c) **Zwischenfazit**

Nach alledem stellt sich die Situation nicht nur so dar, dass das EPG weitreichenden Verpflichtungen aus dem Unionsrecht und der Auslegungshoheit des EuGH unterliegt. Vielmehr dürfte sich letztere auch in Bereiche erstrecken, die hiervon nach den erklärten Willen des früheren britischen Premierministers und der Fachkreise unbedingt ausgenommen sein sollten. Erstaunlicherweise setzen sich Verbände wie die IP Federation oder CIPA, die derartiges zuvor kategorisch abgelehnt haben, nunmehr – mit etwas zweifelhaften Mitteln –³⁶ entschieden für eine britische Ratifikation des EPGÜ ein.

All dies will die britische Regierung, die sich dem Unionsrecht und der Zuständigkeit des EuGH mittels des „Brexit“ – wie zuletzt in der Rede von Frau *May* bekräftigt – zu entziehen sucht, nun durch die Ratifikation des EPGÜ und mit dem knappen Verweis auf die formale Stellung des EPG als internationale Organisation offenbar akzeptieren.

IV. **Ausblick**

Während die erste Mitteilung der britischen Regierung am 28.11.2016, man beabsichtige, seine Vorbereitungen für eine Ratifikation des EPGÜ fortzusetzen, zunächst verbreitet als bloße Absichtserklärung verstanden wurde, folgten dieser Erklärung mit der Unterzeichnung des „Protokolls über Vorrechte und Immunitäten des EPG“ am 14.12.2016 rasch Taten. Bevor Großbritannien dieses Protokoll ratifizieren kann – für sein Inkrafttreten sind neben dieser Ratifikation zusätzlich mindestens diejenige durch Deutschland, Frankreich und Luxemburg erforderlich –³⁷, muss es dem Parlament für mindestens 21 Sitzungstage vorgelegt werden. Diese Vorlage erfolgte am 20.01.2017.³⁸

Es wird sich zeigen, ob Abgeordnete in diesem Rahmen – oder hinsichtlich der Ratifikation des EPGÜ selbst – die Widersprüche in der Argumentation der britischen Regierung aufgreifen und diesbezüglich Aufklärung verlangen werden. Dies wäre ebenso zu wünschen wie eine Erklä-

rung der Regierung, ob und wie sie konkret die fortgesetzte Teilnahme Großbritanniens am EPGÜ nach einem „Brexit“ gewährleisten will. Den Nutzerkreisen an dieser Stelle Klarheit zu verschaffen, ist von höchster Bedeutung, nicht nur angesichts der von Premierministerin *May* in Ihrer Rede versprochenen Gewährleistung von Rechtssicherheit. Eine Aussage dazu, wie man eine fortgesetzte Teilnahme Großbritanniens nach einem Austritt aus der EU rechtlich tragfähig ermöglichen will, kann nicht von der Entscheidung über die Ratifikation des EPGÜ getrennt werden; schon gar nicht kann sie bis zum Abschluss der Austrittsverhandlungen warten.

Freilich ließe es sich nicht verhindern, wenn das EPGÜ als politischer Spielball missbraucht und es ungeachtet der klaren politischen Implikationen des „Brexit“-Votums, der eigenen diesbezüglichen Zielsetzung der britischen Regierung und des bisherigen Fehlens einer tragfähigen rechtlichen Lösung für einen Verbleib Großbritanniens in diesem nach einem „Brexit“ ratifiziert würde, um sich dieses Entgegenkommen nach dem Motto „do ut des“ an anderer Stelle politisch abgelten zu lassen. Ob man jedoch den Mehrheitswillen der Wählerschaft einerseits und die legitimen Interessen der Nutzerkreise an der Gewährleistung einer rechtssicheren Lösung andererseits in dieser Form als bloße politische Verhandlungsmasse abtun sollte, sollte man sich gut überlegen.

* * *

Möglichkeiten zur Unterstützung meiner Arbeit zur europäischen Patentreform finden Sie unter www.stjerna.de/kontakt/. Vielen Dank!

³⁵ EuGH, C-146/13, Rn. 48 f.

³⁶ Oben Fn. 24.

³⁷ Art. 18 Nr. 1 des Protokolls.

³⁸ Vgl. „Command Paper Cm 9405“, abrufbar unter bit.ly/2jFfx9w sowie das zugehörige „Explanatory Memorandum“, abrufbar unter bit.ly/2kHCQgA.