

# „Einheitspatent“ und Gerichtsbarkeit – Die Quadratur des Kreises nach dem „Brexit“-Votum

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

Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

Das mehrheitliche Votum der britischen Wählerschaft zugunsten eines Austritts aus der Europäischen Union hat der europäischen Patentreform einen harten Schlag versetzt. Zwar begannen die üblichen Protagonisten umgehend, für eine sofortige Ratifikation des Übereinkommens über ein Einheitliches Patentgericht („EPGÜ“) durch Großbritannien zu werben und hielten plötzlich sogar die Teilnahme eines Nicht-Mitglieds der EU für ohne weiteres möglich, obwohl dies infolge des EuGH-Gutachtens 1/09 u. a. von den gleichen Leuten bislang als ausgeschlossen angesehen wurde. Bei weniger befangener Betrachtung dürfte ein EPGÜ mit einem nicht mehr der EU angehörigen Großbritannien nur nach einer strukturellen Anpassung des Übereinkommens möglich sein.

## I. „Brexit“-Votum und EPGÜ-Ratifikation

Bekanntlich bedarf das Inkrafttreten des EPGÜ nach dessen Art. 89 I der Ratifikation durch Deutschland, Frankreich und Großbritannien und mindestens zehn weitere Vertragsstaaten. Nicht zuletzt wegen der obligatorischen Ratifikation durch Großbritannien kam dem dortigen Referendum über die fortgesetzte Mitgliedschaft in der EU auch große Bedeutung für die Umsetzung des EPGÜ zu.

Kurz vor dem Referendum äußerte sich *Kevin Mooney*, als Vorsitzender des ehemaligen, für die Erarbeitung der Verfahrensregeln des Einheitlichen Patentgerichts („EPG“) zuständigen „Drafting Committee“ und Mitglied des „Expert Panel“ des Vorbereitenden Ausschusses des EPG schon deshalb einer der wesentlichen Befürworter der Patentreform, in der deutschen Presse zu den Auswirkungen eines „Brexit“. Hierbei wird er wie folgt zitiert:<sup>1</sup>

„Der Brexit bedeutet für Großbritannien das Aus beim UPC“, erklärt *Kevin Mooney*, Partner bei *Simmons & Simmons* in London. „Der Europäische Gerichtshof hat 2010 [sic] klar festgestellt, dass nur Unionsmitglieder am UPC teilnehmen dürfen.“ Bilaterale Verträge mit anderen europäischen Staaten, etwa der Schweiz oder Norwegen, sind danach kaum vorstellbar.“

Nachdem die britische Wählerschaft am 23. Juni 2016 mehrheitlich für einen Austritt aus der EU votiert hatte, durfte man erstaunt zur Kenntnis nehmen, dass dies plötzlich keine Auswirkungen auf das EPGÜ mehr haben sollte.

<sup>1</sup> „Brexit: Letzte große Hürde für das neue europäische Patentsystem“ (01.04.2016), abrufbar unter [www.juve.de/nachrichten/namenundnachrichten/2016/04/brexit-letzte-grosse-huerde-fuer-das-neue-europaeische-patentsystem](http://www.juve.de/nachrichten/namenundnachrichten/2016/04/brexit-letzte-grosse-huerde-fuer-das-neue-europaeische-patentsystem).

So erklärte Herr *Mooney* nunmehr:<sup>2</sup>

“It was common belief that non-EU members cannot be a part of the UPC project following the opinion of the CJEU (1/09) however, different legal opinions have now emerged. It is believed by some that non-EU members could now participate within the UPC and there is strong opinion that the UK should in fact be a part of the project. If the UK were to ratify the agreement, it could participate within the UPC whilst being a non-EU member can be explored.”

Natürlich liefern Leute wie *Kevin Mooney*, die z. B. über die Gremien<sup>3</sup> des Vorbereitenden Ausschusses eng in die Umsetzung des EPGÜ eingebunden sind, keineswegs unbefangenes Input zu der Reform. Gleichwohl zeigt dieses etwas plump anmutende Manöver, dass die „Brexit“-Problematik das Potential hat, die zuletzt sicher geglaubte kurzfristige Realisierung der Patentreform zu gefährden.

## II. Die Vorschläge der Rechtsanwälte aus dem „Expert Panel“ des Vorbereitenden Ausschusses

Schon bislang eilten bestimmte Kommentatoren aus den Kreisen der Anwaltschaft dem Projekt bei derartigen Schwierigkeiten zu Hilfe und entwickelten zumindest theoretisch für möglich erachtete „Auswege“. Daher erstaunt es nicht, dass die von Herrn *Mooney* erwähnten „different legal opinions“ von zwei weiteren anwaltlichen Mitgliedern des „Expert Panel“ – *Willem Hoyng* und, einmal mehr, Prof. *Winfried Tilmann* – stammen dürften, die in Stellungnahmen kurz nach dem „Brexit“-Votum plötzlich eine Teilnahme auch von nicht (mehr) der EU angehörigen Staaten am EPGÜ in seiner aktuellen Form für möglich hielten und damit offenbar ihrem britischen Kollegen eine Argumentationshilfe liefern wollten.

### 1. Willem Hoyng

So meldete sich am Tag nach dem Referendum *Willem Hoyng* aus der Kanzlei *Hoyng ROKH Monegier* auf einem Blog zu Wort.<sup>4</sup> Seine Sozietät *Hoyng Monegier* hatte sich im vergangenen Jahr mit der deutschen Kanzlei *Reimann Osterrieth Köhler Haft* („ROKH“) zu dieser phantasievoll

<sup>2</sup> *Mooney*, „What does the future hold for the UPC?“, Interview mit Legal IQ, abrufbar unter [www.patentcongress.com/what-does-brexit-mean-for-the-future-of-the-unified-patent-court](http://www.patentcongress.com/what-does-brexit-mean-for-the-future-of-the-unified-patent-court).

<sup>3</sup> Vgl. hierzu *Stjerna*, „Einheitspatent und Gerichtsbarkeit – Die „Expertengremien“ des Vorbereitenden Ausschusses“, abrufbar im Bereich „Einheitspatent“ auf [www.stjerna.de](http://www.stjerna.de).

<sup>4</sup> „Does Brexit mean the end of the UPC?“ (24.06.2016), [www.eplaw.org/upc-does-brexit-mean-the-end-of-the-upc/](http://www.eplaw.org/upc-does-brexit-mean-the-end-of-the-upc/).

benannten neuen Einheit zusammengeschlossen, u. a. mit dem Motiv, ihren Mandanten vor dem EPG eine integrierte Beratung zu ermöglichen.<sup>5</sup>

Herr *Hoyng* erklärte, das EPG sei keine EU-Institution und habe „mit der EU nichts zu tun“.<sup>6</sup> Zudem sei es ein „weit verbreitetes Missverständnis“, dass der EuGH in seinem Gutachten 1/09 entschieden habe, dass nur EU-Mitglieder dem EPG angehören können. Ihm zufolge geht es vorrangig um den Vorrang des Unionsrechts, der nun im EPGÜ gesichert werde und von den Vertragsstaaten zu akzeptieren sei.<sup>7</sup> Nach der Ratifikation sei die Teilnahme Großbritanniens am EPGÜ auch bei einem Ausscheiden aus der EU und ohne Anpassung des Übereinkommens möglich.<sup>8</sup>

*“However, if the UK leaves it is nowhere written that they have to leave the UPC. There is simply no provision in the UPC which states that they have to leave the UPC. It is true that the present UPCA does not allow the participation of non-EU Member States but there is no provision for the situation in which a Member State having ratified the UPCA becomes a non-Member State.”*

Dies hindere auch das Gutachten 1/09 des EuGH nicht:<sup>9</sup>

*“It is also incorrect to suggest that Opinion 1/09 states that only EU Member States can be a member of the UPCA. The participation of non-EU Member States is not even mentioned as a problem. (...)*

*It follows that if the relevant provisions concerning the cooperation with the CJEU in the UPCA are maintained exactly as they are, there should be no legal problem even if the UK, after it terminates its EU membership, continues to participate in the UPC. Since the obligations concerning Union law and the role of the CJEU are imposed on the UPC and not on UK courts, nothing will change legally speaking with respect to the relationship between the UPC and the CJEU because of the participation of the UK. By participating in the UPC the UK would accept the role of the CJEU and the collective and individual liability of the participating Member States for the respect to these obligations by the UPC.”*

Auch am einheitlichen Patentschutz könne Großbritannien weiter teilhaben, hierfür könne ein „Extension Agreement“ nach Art. 142 EPÜ mit den an der diesbezüglichen verstärkten Zusammenarbeit beteiligten EU-Mitgliedstaaten abgeschlossen werden.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> „Europäisches IP-Schwergewicht: Reimann Osterrieth und Hoyng Monegier fusionieren“ (01.06.2015), abrufbar auf [www.juve.de/nachrichten/namenundnachrichten/nachrichtkanzleien/2015/06/europaeisches-ip-schwergewicht-reimann-osterrieth-und-hoyng-monegier-fusionieren](http://www.juve.de/nachrichten/namenundnachrichten/nachrichtkanzleien/2015/06/europaeisches-ip-schwergewicht-reimann-osterrieth-und-hoyng-monegier-fusionieren).

<sup>6</sup> *Hoyng* (Fn. 4), Ziffer 1.

<sup>7</sup> *Hoyng* (Fn. 4), Ziffer 2.

<sup>8</sup> *Hoyng* (Fn. 4), Kommentar vom 27.06.2016, 10:24 Uhr.

<sup>9</sup> a.a.O.

<sup>10</sup> a.a.O.

Dass eine derartige fortgesetzte Bindung an Unionsrecht gerade das Gegenteil dessen wäre, was die Mehrheit der britischen Wählerschaft mit ihrer Entscheidung für einen „Brexit“ zum Ausdruck gebracht hat, scheint Herr *Hoyng* nicht als problematisch zu empfinden.

## 2. Winfried Tilmann

Kurz darauf publizierte Prof. *Tilmann*, Of Counsel in der Sozietät Hogan Lovells, dessen mitunter fragwürdiger Einsatz für die Patentreform wiederholt Thema war,<sup>11</sup> in der durch die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht herausgegebenen Zeitschrift „GRUR“ einen Beitrag mit dem Titel „The Future of the UPC after Brexit“,<sup>12</sup> eine verkürzte Fassung erschien am 28. Juni 2016 auf dem IPKat-Blog.<sup>13</sup>

Erstaunlich ist zunächst der ungewöhnlich rasche Abdruck des Beitrages in besagter Zeitschrift, deren Trägerverein in der Vergangenheit neben der bedingungslosen Unterstützung der Patentreform vor allem durch die Unterdrückung kritischer Äußerungen hierzu aufgefallen war.<sup>14</sup> Für den Aufsatzteil der Zeitschrift verantwortlich ist u. a. Prof. *Joachim Bornkamm*,<sup>15</sup> seinerseits Mitglied des „Advisory Panel“ des Vorbereitenden Ausschuss des EPG,<sup>16</sup> was die schnelle Publikation vielleicht erklären mag.

Die Quintessenz dieses bemerkenswerten Beitrags lautet:<sup>17</sup>

*“The UK vote to leave the EU has no immediate legal consequences for the contemplated Unitary Patent System. (...) The UK and the other signatory states should continue with their ratification process without delay.”*

So schlägt Prof. *Tilmann* zunächst vor, durch den Abschluss eines separaten Übereinkommens zwischen den EPGÜ-Unterzeichnerstaaten und Großbritannien nach Art. 142 I EPÜ die Fortgeltung der Verordnungen 1257/12 und 1260/12 auch bei dessen Austritt aus der EU vorzusehen.<sup>18</sup>

Hinsichtlich des EPGÜ könne bereits dessen Ratifikation durch Großbritannien „das Problem“ lösen, denn nach einem britischen EU-Austritt werde niemand von der völkerrechtlichen Möglichkeit einer Beendigung der Teilnahme Gebrauch machen.<sup>19</sup> Vorzugswürdig sei es jedoch, Art. 84 EPGÜ – wiederum durch den Abschluss eines entsprechenden Übereinkommens nach dem EPÜ – zu ändern

<sup>11</sup> Vgl. z. B. *Stjerna*, „Einheitspatent und Gerichtsbarkeit – Prof. Tilmann, der römische Gott Janus und die Voraussetzungen des Artikels 118 (1) AEUV“ sowie „Zypriotischer Kompromiss kompromittiert“, abrufbar auf [www.stjerna.de](http://www.stjerna.de).

<sup>12</sup> GRUR 2016, 753 ff.

<sup>13</sup> „A possible way for a non-EU UK to participate in the Unitary Patent and Unified Patent Court“, abrufbar unter [ipkiten.blogspot.de/2016/06/a-possible-way-for-non-eu-uk-to.html](http://ipkiten.blogspot.de/2016/06/a-possible-way-for-non-eu-uk-to.html).

<sup>14</sup> Vgl. *Stjerna*, „Einheitspatent und Gerichtsbarkeit – Das merkwürdige Schweigen der deutschen Fachverbände“, abrufbar auf [www.stjerna.de](http://www.stjerna.de).

<sup>15</sup> [rsw.beck.de/cms/?toc=GRUR.100](http://rsw.beck.de/cms/?toc=GRUR.100).

<sup>16</sup> Vgl. oben Fn. 3.

<sup>17</sup> GRUR 2016, 753.

<sup>18</sup> a.a.O., Ziffer II.

<sup>19</sup> a.a.O., 754, Ziffer III.1.

und auch Ländern, die nicht der EU angehören, die Teilnahme am EPGÜ zu gestatten.<sup>20</sup> Prof. *Tilmann* meint, das EuGH-Gutachten 1/09 hindere eine solche Teilnahme nicht. Entscheidend sei insofern, ob das EPG bei einem Ausscheiden Großbritanniens aus der EU nach Ratifikation des EPGÜ ein gemeinsames Gericht von EU-Mitgliedstaaten bleibe, hierfür gebe es „gute Argumente“, nämlich:<sup>21</sup>

- “(1) *At the time of ratification the UK was an EU-MS.*  
(2) *In ratifying, the UK accepted Art. 21 and 22 UPCA referring to Art. 267 TFEU.*  
(3) *After its exit the UK continues to accept referrals by the UPC to the CJEU.*  
(4) *After its exit the UK continues to be bound by the answers of the CJEU with regard to a referral of Union law questions. It has subjected itself to UPC decisions implementing the Union law as defined by the CJEU.*”

Somit unterlägen die Entscheidungen des EPG Mechanismen, welche die „volle Wirksamkeit“ europäischen Rechts gewährleisten, zumal das Gericht Teil des gerichtlichen Systems der EU bleibe.<sup>22</sup> Ein Gericht, das als gemeinsames Gericht von EU-Mitgliedstaaten errichtet worden sei, verliere diesen Status nicht dadurch, dass einer von ihnen nachfolgend aus der EU austrete und weiterhin an dem zugrundeliegenden Übereinkommen teilnehme, denn

“...that former member, in ratifying, had fully accepted Art. 21, 22 UPCA and Art. 267 TFEU and would continue to be bound to accept the Union law as defined by the CJEU.”<sup>23</sup>

Wie schon bei dem Vorbringen von *Willem Hoyng* offenbart sich auch hier eine bemerkenswerte Ignoranz gegenüber dem demokratischen Gehalt der „Brexit“-Entscheidung bei gleichzeitiger Überbetonung der eigenen Partikularinteressen. Die britischen Wähler möchten mehrheitlich gerade keinen Vorrang des Unionsrechts mehr. Insofern ist der Beitrag keineswegs Werbung für eine Ratifikation des EPGÜ durch Großbritannien, sondern eher das Gegenteil. Dementsprechend warnten Kommentatoren des Beitrags auf dem IPKat-Blog:<sup>24</sup>

“There was a democratic decision by the UK to leave the EU. It was narrow, it was not to everybody's taste (also not mine, to be clear) - but it was a democratic decision that the UK should distance itself from the EU. We have to respect this decision, or else we would jeopardise our democratic fundament. Now advocating that the UK should nevertheless ratify an agreement which would connect it with the EU does not appear to be appropriate. It appears to be an attempt to undermine the result of the referendum.”

<sup>20</sup> a.a.O., Ziffer III.

<sup>21</sup> a.a.O., Ziffer III.4.b).

<sup>22</sup> a.a.O., Ziffer III.4.c).

<sup>23</sup> a.a.O., Ziffer III.5.

<sup>24</sup> Oben Fn. 13.

Bei der Bewertung dieses Beitrags sollte nicht unbeachtet bleiben, dass bislang gerade Prof. *Tilmann* stets der Meinung war, Gutachten 1/09 fordere zwingend eine Beschränkung des Teilnehmerkreises des EPGÜ auf EU-Mitgliedstaaten.<sup>25</sup> Die Gründe, warum dies nun plötzlich nicht mehr gelten soll und er erneut mit einer argumentativen Kehrtwende in Erscheinung tritt, dürften klar sein.

### 3. Kevin Mooney

Nachdem die Herren *Hoyng* und *Tilmann* mit ihren „legal opinions“ eine Grundlage geschaffen hatten, trat im Juli 2016 wiederholt *Kevin Mooney* in Erscheinung, um für eine umgehende Ratifikation des EPGÜ durch Großbritannien zu werben. Dabei versuchte auch er, das EPGÜ aus dem „Brexit“-Kontext herauszulösen.<sup>26</sup>

“Ratifying this non-EU treaty will not affect the Brexit vote, rather it is key that the UK ratifies as this will provide the opportunity for non-EU countries to explore participation.”

Einem Blog teilte Herr *Mooney* kurz darauf mit, “more recent legal opinions” hätten bezweifelt, dass EuGH-Gutachten 1/09 eine EPGÜ-Teilnahme von Nicht-EU-Mitgliedern hindere. Es habe sich nun eine „Adhoc-Gruppe“ von Rechts- und Patentanwälten “broadly representing the professions and industry in the UK” zusammgefunden, um über die Zukunft Großbritanniens im EPG-Projekt nach dem „Brexit“-Referendum zu beraten.<sup>27</sup>

“The ad hoc group is therefore planning to prepare a detailed analysis to clarify whether, if the UK ratified the UPC Agreement, future participation might be possible and on what legal basis.”

Die Zusammensetzung der besagten „Adhoc-Gruppe“ ist bislang nicht bekannt. Frühere derartige Gremien<sup>28</sup> unter Herrn *Mooneys* Vorsitz bestanden neben Vertretern der Anwaltschaft vor allem aus Angehörigen der Pharma-Industrie, deren Interessen die Patentreform bekanntlich in besonderer Weise dienlich ist.<sup>29</sup> Falls die „Adhoc-Gruppe“ ähnlich zusammengesetzt sein sollte, braucht es keine gro-

<sup>25</sup> *Tilmann*, „Das Europäische Patentgericht nach dem Gutachten 1/09 des EuGH“, GRUR Int 2011, 499 (Ziffern 4., 15.); ders., “EUCJ-Opinion 01/09 – Analysis and Consequences” vom 05.04.2011, abrufbar unter [www.eplawpatentblog.com/eplaw/2011/04/eucj-opinion-0109-analysis-and-consequences.html](http://www.eplawpatentblog.com/eplaw/2011/04/eucj-opinion-0109-analysis-and-consequences.html).

<sup>26</sup> Oben Fn. 2.

<sup>27</sup> “Experts analyse participation post-Brexit UK in Unitary Patent system” (29.07.2016), abrufbar unter [www.kluwerpatentblog.com/2016/07/29/experts-analyse-participation-post-brexit-uk-in-unitary-patent-system/](http://www.kluwerpatentblog.com/2016/07/29/experts-analyse-participation-post-brexit-uk-in-unitary-patent-system/).

<sup>28</sup> Vgl. das Dokument “Concerns of Principle” einer Untergruppe der “European Patent Reform Consultation Group” und die Mitgliederliste auf S. 15, abrufbar unter [united-kingdom.taylorwessing.com/fileadmin/files/docs/patdoc2.pdf](http://united-kingdom.taylorwessing.com/fileadmin/files/docs/patdoc2.pdf).

<sup>29</sup> *McDonagh*, “Exploring Perspectives of the Unified Patent Court and Unitary Patent within the Business and Legal Communities”, S. 31, abrufbar unter [www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/328035/UPC\\_Study.pdf](http://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/328035/UPC_Study.pdf).

ße Phantasie, um das Ergebnis ihrer „detaillierten Analyse“ vorherzusagen.

#### 4. Zwischenfazit

Die wesentlichen Aussagen aus dem Kreis des „Expert Panel“ lassen sich demnach wie folgt zusammenfassen:

Das EPG ist keine EU-Institution, das „Brexit“-Votum steht einer Ratifikation daher nicht entgegen.

Ratifiziert Großbritannien das EPGÜ in seiner derzeitigen Form, kann es auch nach einem Austritt aus der EU unverändert daran teilnehmen, denn weder das EPGÜ noch das EuGH-Gutachten 1/09 schließen dies aus.

### III. Die Rezeption des EuGH-Gutachtens 1/09

Im Zentrum der Frage, ob die Teilnahme eines nicht mehr der EU angehörigen Großbritanniens am EPGÜ rechtlich zulässig wäre, steht das EuGH-Gutachten 1/09. Dessen Inhalt und das ihm seitens der beteiligten EU-Institutionen bislang beigemessene Verständnis sollen daher nachfolgend kurz rekapituliert werden.

#### 1. EuGH-Gutachten 1/09

Bekanntlich war ursprünglich beabsichtigt, die europäische Patentgerichtsbarkeit durch ein „gemischtes“ Übereinkommen zwischen der EU, den EU-Mitgliedstaaten sowie nicht der EU, aber der Europäischen Patentorganisation angehörigen Staaten zu errichten.<sup>30</sup> Indes hatte vor allem der Rechtsdienst des Rates bezweifelt, dass dieses Konstrukt mit den EU-Verträgen – EUV und AEUV – vereinbar sein würde,<sup>31</sup> woraufhin der EuGH am 6. Juli 2009 um eine Begutachtung der Frage gebeten wurde.<sup>32</sup>

In seinem Gutachten 1/09 vom 8. März 2011 befand der EuGH das beabsichtigte Übereinkommen als mit den EU-Verträgen unvereinbar. Kritisiert wurde vor allem, dass durch die Patentgerichtsbarkeit in der damals beabsichtigten Form das in den EU-Verträgen niedergelegte Kooperationsverhältnis<sup>33</sup> zwischen den nationalen Gerichten der EU-Mitgliedstaaten als sog. „ordentlichen Unionsgerichten“ und dem EuGH bei der Sicherstellung der ordnungsgemäßen Anwendung und einheitlichen Auslegung des Unionsrechts beeinträchtigt würde.<sup>34</sup> Der EuGH erklärte:<sup>35</sup>

*„Folglich würde das geplante Übereinkommen, indem es einem außerhalb des institutionellen und gerichtlichen Rahmens der Union stehenden internationalen Gericht eine ausschließliche Zuständigkeit für die Entscheidung über eine beträchtliche Zahl von Klagen Einzelner im Zusammenhang mit dem Gemeinschaftspatent und zur Auslegung und Anwendung des Unionsrechts in diesem Bereich übertragen würde, den Ge-*

*richten der Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeiten zur Auslegung und Anwendung des Unionsrechts sowie dem Gerichtshof seine Zuständigkeit, auf die von diesen Gerichten zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen zu antworten, nehmen und damit die Zuständigkeiten verfälschen, die die Verträge den Unionsorganen und den Mitgliedstaaten zuweisen und die für die Wahrung der Natur des Unionsrechts wesentlich sind.“*

Infolge dieser „Störung“ der unionsrechtlich vorgesehenen Zuständigkeitsordnung bei der Überwachung der Einhaltung des Unionsrechts (sowie fehlender Schadensersatz- und Haftungsregelungen) sei das beabsichtigte Übereinkommen mit den EU-Verträgen unvereinbar.

#### 2. Verständnis und Konsequenzen

Den in dem Gutachten gegebenen Hinweis des EuGH auf den Benelux-Gerichtshof als Beispiel eines mit den EU-Verträgen vereinbaren Gerichts<sup>36</sup> verstanden vor allem die EU-Institutionen so, dass Kernproblem die Teilnahme von Nicht-EU-Mitgliedern an dem Übereinkommen sei. Daher sah man in dessen Umgestaltung nach dem Vorbild des Benelux-Gerichtshofs,<sup>37</sup> vor allem der Beschränkung der Teilnahme auf EU-Mitglieder, die Möglichkeit, die Patentgerichtsbarkeit unter Beibehaltung der funktionellen Elemente des Übereinkommensentwurfsumsetzen zu können.

##### a) Die „Note to Ms. Margot Fröhlinger“ des Rechtsdienstes der Kommission

Nach der Veröffentlichung der ersten Fassung dieses Artikels am 19. September 2016 wurde ein weiteres Dokument bekannt, das die Haltung der Kommission zu Gutachten 1/09 anschaulich dokumentiert. Es handelt sich um einen vom 18. April 2011 datierenden Vermerk des Rechtsdienstes der Kommission für die seinerzeit bei der Kommission für die Patentreform verantwortliche *Margot Fröhlinger*, die inzwischen beim Europäischen Patentamt tätig ist. In dem Dokument mit dem Titel „Possible solution for the European and EU Patent Court (EEUPC) replying to the concerns raised by the Court of Justice of the EU (CJEU) in its Opinion 1/09“<sup>38</sup> werden die angesichts der politisch gewünschten Beibehaltung der grundsätzlichen Gerichtsstruktur des vom EuGH untersuchten Übereinkommensentwurfs – als „*political constraints*“ bezeichnet – nach Gutachten 1/09 für die Errichtung einer einheitlichen Patentgerichtsbarkeit bestehenden Optionen beschrieben.

Nach Ansicht des Rechtsdienstes ist die Kernaussage des EuGH in seinem Gutachten 1/09 die folgende:<sup>39</sup>

*“The general line of the Opinion is that the aforementioned types of disputes between private parties have to be dealt with within the jurisdictional system of the*

<sup>30</sup> Ratsdokument 14970/08.

<sup>31</sup> Ratsdokument 15487/08, S. 11, Rn. 28 f. und S. 12, Rn. 32 f.

<sup>32</sup> Ratsdokument 11125/09; der dem EuGH zur Beurteilung vorgelegte Entwurf findet sich in Ratsdokument 7928/09.

<sup>33</sup> EuGH, Gutachten 1/09, Rn. 66 bis 69.

<sup>34</sup> a.a.O., Rn. 80 bis 85.

<sup>35</sup> a.a.O., Rn. 89.

<sup>36</sup> a.a.O., Rn. 82.

<sup>37</sup> Vgl. Ratsdokument 13984/11.

<sup>38</sup> Note to Ms Margot Fröhlinger “Possible solution for the European and EU Patent Court (EEUPC) replying to the concerns raised by the Court of Justice of the EU (CJEU) in its Opinion 1/09“, abrufbar unter [www.xup.in/dl.42923784](http://www.xup.in/dl.42923784).

<sup>39</sup> Note (Fn. 38), S. 3, Rn. 9.

*Union. The option of an international court set up by an agreement concluded with third countries outside of the Treaty framework seems therefore excluded. Ad hoc procedures that could be established in order to assimilate as much as possible such an international court to a 'real' national court would probably be considered insufficient by the Court of Justice.*"

Inhaltlich sei es für eine Vereinbarkeit mit Gutachten 1/09 unabdingbar, dass das Gericht denselben unionsrechtlichen Pflichten unterliege wie jedes nationale Gericht.<sup>40</sup>

*"For a court common to all (participating) Member States to be in conformity with the Treaties as interpreted in the Opinion, it would need to be bound by the same obligations under EU law as any national court, in particular the recourse to the preliminary ruling procedure and the principle of sincere cooperation."*

Interessanterweise bezweifelte der Rechtsdienst, dass der im EuGH-Gutachten erwähnte Benelux-Gerichtshof ein taugliches Modell ist, um die Patentgerichtsbarkeit mit Gutachten 1/09 in Einklang zu bringen.<sup>41</sup>

*"In paragraph 82 of the Opinion, the Court appears to express approval of the Benelux Court when it states that '[s]ince the Benelux Court is a court common to a number of Member States, situated, consequently, within the judicial system of the European Union, its decisions are subject to mechanisms capable of ensuring the full effectiveness of the rules of the European Union.'*

*This passage is, however, no guarantee that the Benelux Court could truly serve as a model for establishing a unified patent court common to all (participating) Member States because the Benelux Court only has interpretative and no decision-making competences. At the same time, there are no indications in the Opinion that the Court relied on this limitation when making the quoted finding and that it would have viewed the Benelux Court differently had the latter also had decision-making competences."*

Die Schlussfolgerung des Rechtsdienstes war, dass die unter Berücksichtigung der erwähnten „political constraints“ nach Gutachten 1/09 einzige rechtlich möglicherweise (!) tragfähige Möglichkeit diejenige sei, durch Übereinkommen ein gemeinsames Gericht aller teilnehmenden Mitgliedstaaten zu errichten, das unionsrechtlich denselben Pflichten unterliegt wie ein nationales Gericht.<sup>42</sup>

*"It appears that the only remaining option for establishing a unified patent court which, under the constraints referred to in paragraph 5, may be legally feasible in the wake of the Opinion would be a court common to all (participating) Member States established by an agreement between them and subject to*

*the same obligations under EU law as a national court."*

Dabei hielt man die Vereinbarkeit eines solchen Ansatzes mit dem Unionsrecht jedoch keineswegs für gesichert.<sup>43</sup>

*"Finally, there is no guarantee that this option would be compatible with the Treaties (and no opinion of the Court of Justice can be obtained under Article 218(11) TFEU to achieve legal certainty)."*

Der Rechtsdienst erklärte seine Einschätzung abschließend für vorläufig, die finale Position werde in einem „Non-Paper“ niedergelegt.

#### **b) "Non-Paper" der Kommission: "The way forward after opinion 1/09 of the CJEU"**

Dieses wurde im Mai 2011 vorgelegt und erläuterte die nach Ansicht der Kommission infolge des Gutachtens vorzunehmenden Änderungen des Übereinkommensentwurfs. Eine Folge für die nunmehr als „Unified Patent Court“ bezeichnete Gerichtsbarkeit sei deren Beschränkung auf EU-Mitgliedstaaten bei gleichzeitigem Ausschluss einer Teilnahme von Drittstaaten.<sup>44</sup>

*„- Ein von den Mitgliedstaaten errichtetes einheitliches Patentgericht. Dem Gutachten 1/09 des Gerichtshofes der Europäischen Union zufolge kann ein solches einheitliches Patentgericht nur von den Mitgliedstaaten errichtet werden; die Teilnahme von Drittstaaten sollte ausgeschlossen werden. Die Europäische Union wäre nicht als Vertragspartei beteiligt.“*

Von den zuvor in der „Note to Ms. Fröhlinger“ geäußerten Zweifeln des Rechtsdienstes bezüglich der Orientierung der Patentgerichtsbarkeit am Benelux-Gerichtshof war keine Rede mehr, auch die Skepsis hinsichtlich der Vereinbarkeit des Ansatzes mit dem Unionsrecht wurde nicht wiederholt. Der Kommission zufolge war somit die Beschränkung der Teilnahme auf EU-Mitgliedstaaten entscheidend für die Kompatibilität des Gerichtsübereinkommens mit Gutachten 1/09. Der Rat stimmte zu, der Übereinkommensentwurf wurde entsprechend angepasst.<sup>45</sup>

#### **c) Gutachten des Rechtsdienstes des Rates**

Im September 2011 wurde der Rechtsdienst des Rates befragt, ob der revidierte Entwurf die Vorgaben des Gutachtens 1/09 erfülle. Dessen Antworten finden sich in dem hinreichend bekannten Ratsdokument 15856/11 vom 21. November 2011. Es handelt sich um das ursprünglich nur in weitgehend geschwärzter Form öffentlich gemachte Dokument, zu dem vollständiger Zugang erst im Juni 2015 nach wiederholten Erst- und Zweitanträgen aufgrund der Verordnung Nr. 1049/2001 erlangt werden konnte.<sup>46</sup>

<sup>40</sup> Note (Fn. 38), S. 5, Rn. 18.

<sup>41</sup> Note (Fn. 38), S. 5, Rn. 19 f.

<sup>42</sup> Note (Fn. 38), S. 7, Rn. 24.

<sup>43</sup> Note (Fn. 38), S. 7, Rn. 25.

<sup>44</sup> Veröffentlicht als Annex II zu Ratsdokument 10630/11, S. 8, zweiter Abs.

<sup>45</sup> Vgl. Ratsdokumente 11533/11, 13751/11 und 13751/11 COR1.

<sup>46</sup> Vgl. hierzu *Stjerna*, „Einheitspatent und Gerichtsbarkeit – Gesetzgebung unter Ausschluss der Öffentlichkeit“ sowie „Rat

In seinem Gutachten sprach sich auch der Rechtsdienst dafür aus, die Teilnahme an dem Übereinkommen EU-Mitgliedern vorzubehalten und merkte an, eine Beteiligung von Drittstaaten würde eine Vereinbarkeit mit Gutachten 1/09 sehr erschweren (Hervorhebung diesseits):<sup>47</sup>

*„In dieser Hinsicht erleichtert die Streichung der Möglichkeit einer Beteiligung von Drittländern an der internationalen Übereinkunft eindeutig die Eingliederung des einheitlichen Patentgerichts in die Rechtsordnung der Union und die Achtung des Unionsrechts durch das einheitliche Patentgericht. Die Beteiligung von Drittländern hätte es extrem schwierig gemacht, Mechanismen zu schaffen, die dafür sorgen, dass die Entscheidungen des einheitlichen Patentgerichts die uneingeschränkte Wirksamkeit der Unionsvorschriften gewährleisten können, so wie dies bei Entscheidungen der nationalen Gerichte der EU-Mitgliedstaaten der Fall ist.“*

Demgemäß wurden die Verhandlungen fortgesetzt und in Form des EPGÜ zum Abschluss gebracht.

### **3. Vereinbarkeit des EPGÜ mit den EU-Verträgen?**

Die Frage, ob die dem Übereinkommen infolge Gutachten 1/09 gegebene Struktur nun mit den EU-Verträgen vereinbar ist, ist bislang unbeantwortet. Schon angesichts des Umstands, dass sich der Benelux-Gerichtshof, an dessen Vorbild man sich mit den vorgenommenen Änderungen orientieren wollte, und das EPG strukturell erheblich unterscheiden<sup>48</sup> und das letztere im Rahmen seiner ausschließlichen Zuständigkeit den nationalen Gerichten nach wie vor die Möglichkeit nimmt, als „ordentliche Unionsgerichte“ zu fungieren, kann man dies bezweifeln. Infolge des Ausscheidens der EU als Partei des Übereinkommens gab es jedoch keinen Weg, die Rechtmäßigkeit des revidierten Übereinkommensentwurfs erneut nach Art. 218 XI TFEU vom EuGH begutachten zu lassen. Möglicherweise hätte man hiervon aufgrund der merkwürdigen zeitlichen Dringlichkeit der Reform jedoch ohnehin abgesehen.

Insofern trifft auch die Behauptung aus den Reihen des „Expert Panel“ nicht zu, der EuGH habe in seinen Urteilen über die Nichtigkeitsklagen Spaniens gegen die Verordnungen zum einheitlichen Patentschutz (Rechtssachen C-146/13 und C-147/13) auch über die Vereinbarkeit des EPGÜ mit den EU-Verträgen befunden und diese bestätigt.<sup>49</sup> Geäußert hat sich der EuGH in diesen Verfahren nur zum Vorbringen Spaniens, wonach die Verknüpfung der Wirksamkeit der beiden Verordnungen mit dem Inkrafttreten des EPGÜ mit den Grundsätzen der Autonomie und der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts unverein-

---

macht unter Verschluss gehaltene Dokumente zugänglich“, abrufbar auf [www.stjerna.de](http://www.stjerna.de).

<sup>47</sup> Ratsdokument 15856/11, S. 9, Rn. 28 und S. 10, Rn. 30 f.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu näher Jaeger, „What’s in the unitary patent package?“, S. 20 f., ders., IIC 2012, 286 (299 f.); de Visscher, GRUR Int 2012, 214 (220).

<sup>49</sup> Hoyng (Fn. 4), Kommentar vom 27.06.2016, 10:24 Uhr.

bar sei, dies wurde zurückgewiesen.<sup>50</sup> Den weitergehenden Vortrag zur Rechtmäßigkeit des EPGÜ befand das Gericht als im Rahmen eines Verfahrens nach Art. 263 AEUV für unzulässig.<sup>51</sup> Die Frage der Kompatibilität des EPGÜ mit den EU-Verträgen bleibt somit ungeklärt.

Zu beantworten wäre diese z. B. mittels einer Klage nach Art. 259 TFEU, für die z. B. die EPGÜ-Teilnahme eines nicht (mehr) der EU angehörigen Staates Anlass sein könnte. Eine weitere Möglichkeit für eine erneute Überprüfung durch den EuGH könnte im Ratifikationsverfahren in denjenigen Ländern bestehen, in denen ein Zustimmungsgesetz einer Prüfung durch das Verfassungsgericht unterzogen werden kann; dieses könnte dann ein entsprechendes Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH richten. Ein vergleichbares Vorlageverfahren unter Beteiligung des Bundesverfassungsgerichts hatte zuletzt rund 1½ Jahre gedauert.<sup>52</sup>

### **IV. Tragbarkeit der Vorschläge aus dem „Expert Panel“ des Vorbereitenden Ausschusses**

Vor diesem Hintergrund soll nun die Tragfähigkeit der vorstehend beschriebenen Empfehlungen zum Umgang mit dem „Brexit“-Votum im Kontext des EPGÜ näher erörtert werden.

#### **1. Das EPG ist keine EU-Institution, das Brexit-Votum betrifft die EPGÜ-Ratifikation daher nicht?**

Die Aussage, das EPG sei keine EU-Institution, trifft zu; es handelt sich um eine internationale Organisation mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 4 I EPGÜ). Soweit indes daraus abgeleitet wird, das „Brexit“-Votum sei für eine EPGÜ-Ratifikation Großbritanniens irrelevant, geht dies offensichtlich schon deshalb fehl, weil das Übereinkommen in einem engen institutionellen und rechtlichen Zusammenhang mit der EU steht. Der Vorrang europäischen Rechts und dessen Sicherstellung waren zentrale Elemente des Gutachtens 1/09, das EPGÜ soll deren Wahrung sicherstellen (vgl. Erwägungsgründe 8, 12, 13, Art. 20 EPGÜ). Mit einer Ratifikation des Übereinkommens in seiner derzeitigen Form würde Großbritannien diesen Vorrang des Unionsrechts zu akzeptieren haben und sich damit in Widerspruch zum „Brexit“-Votum setzen. Es ist offensichtlich, dass dies ein massives politisches Hindernis für eine britische Ratifikation des EPGÜ in seiner aktuellen Fassung darstellt. Es steht gleichermaßen auch dem Vorschlag entgegen, Großbritannien könne das EPGÜ einstweilen ratifizieren, um dessen Inkrafttreten zu ermöglichen, die Frage einer Teilnahme nach einem EU-Austritt könne dann erforderlichenfalls später im Zuge der Austrittsverhandlungen geklärt werden. Auch dies dürfte schon politisch weder realistisch, noch ratsam sein, von rechtlichen Fragen ganz zu schweigen.

---

<sup>50</sup> EuGH, C-146/13, Rnrm. 104 ff.

<sup>51</sup> a.a.O., Rnrm. 100 ff.

<sup>52</sup> EuGH, C-62/14.

## 2. Die EPGÜ-Teilnahme eines ehemaligen EU-Mitglieds ist möglich?

Angesichts des EuGH-Gutachtens 1/09 dürfte die Teilnahme eines nicht der EU angehörigen Staates an dem EPGÜ in seiner derzeitigen Form auch dann nicht zulässig sein, wenn dieser bei Ratifikation des Übereinkommens noch EU-Mitglied war.

Der Gerichtshof entwickelte sein Gutachten vor dem Hintergrund der „grundlegenden Elemente der Unionsrechtsordnung und des Gerichtssystems der Union“ und betonte wiederholt den engen Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des EuGH und derjenigen der Gerichte der Mitgliedstaaten bei der Wahrung des Unionsrechts.<sup>53</sup> Der Kern dieser Kooperation wird wie folgt beschrieben:<sup>54</sup>

„Es ist auch darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten nach dem in Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV niedergelegten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit in ihrem Hoheitsgebiet insbesondere für die Anwendung und Wahrung des Unionsrechts zu sorgen haben (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. Juli 1998, *Oelmühle und Schmidt Söhne*, C-298/96, Slg. 1998, I-4767, Randnr. 23). Außerdem haben die Mitgliedstaaten nach Unterabs. 2 dieser Bestimmung alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen zu ergreifen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben. Insoweit ist es Sache der nationalen Gerichte und des Gerichtshofs, die volle Anwendung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten und den Schutz der Rechte zu gewährleisten, die den Einzelnen aus diesem Recht erwachsen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. März 2007, *Unibet*, C-432/05, Slg. 2007, I-2271, Randnr. 38 und die dort angeführte Rechtsprechung).“

Diese als grundlegend erachtete Kooperation zwischen dem EuGH und den Gerichten der Mitgliedstaaten zieht sich wie ein roter Faden durch das gesamte Gutachten.<sup>55</sup> Angesichts der wiederholten Bezugnahme des EuGH auf die Unionsrechtsordnung und das Gerichtssystem der Union und der Betonung der Rolle, die den Gerichten der Mitgliedstaaten bei der Gewährleistung des Vorrangs des Unionsrechts zukomme, scheint eine Teilnahme am EPGÜ in seiner derzeitigen Form ohne Mitgliedschaft in der EU nicht vorstellbar. Denn wie schon aus dem zitierten Gutachten des Rechtsdienstes des Rates hervorgeht,<sup>56</sup> ist ein nicht (mehr) der EU angehöriger Staat der Unionsrechtsordnung nicht (mehr) gleichermaßen verpflichtet, seine Gerichte sind nicht (mehr) Teil des Gerichtssystems der Union und damit nicht (mehr) in die Kooperation der mitgliedstaatlichen Gerichte mit dem EuGH bei der Wahrung des Unionsrechts eingebunden. Vor diesem Hintergrund dürfte zwischen der Teilnahme eines *nicht* der EU angehö-

rigen Staates und der (fortgesetzten) Teilnahme eines *nicht mehr* der EU angehörigen Staates kein Unterschied bestehen, in beiden Fällen dürfte eine Beteiligung an dem EPGÜ in seiner aktuellen Fassung ausscheiden.

## 3. Erforderliche Änderungen des Übereinkommens können nach Art. 87 II EPGÜ erfolgen?

Nachdem somit eine Teilnahme Großbritanniens an dem EPGÜ in seiner derzeitigen Form aus politischen und rechtlichen Gründen ausgeschlossen scheint, dürfte zur Ermöglichung einer solchen Teilnahme eine Änderung des Übereinkommens unvermeidbar sein. Was die Vornahme solcher Änderungen angeht, klingt vereinzelt an, diese könnten durch den Verwaltungsausschuss nach Art. 87 II EPGÜ und damit ohne das Erfordernis einer Ratifikation durch die Vertragsstaaten durchgeführt werden. Ungeachtet des Umstands, dass in diesem Verfahren vorgenommene Änderungen die Einstimmigkeit aller Vertragsstaaten erfordern (Art. 87 III EPGÜ), dürfte es aktuell nicht anwendbar sein.

Zunächst ist das EPGÜ derzeit weder in Kraft, noch gehört Art. 87 zu den Vorschriften, die im Wege des entsprechenden Protokolls vorläufig anwendbar gemacht werden sollen.<sup>57</sup> Selbst wenn letzteres der Fall wäre, würde auch das Inkrafttreten dieses Protokolls nach dessen Art. 3 u. a. die Ratifikation durch Großbritannien erfordern, hierfür würden die beschriebenen Implikationen des „Brexit“-Votums entsprechend gelten. Schon deshalb dürfte eine Anpassung des EPGÜ über dessen Art. 87 II derzeit ausscheiden.

Dessen ungeachtet dürfte die Vorschrift auch inhaltlich nicht anwendbar sein, zumindest derzeit. Nach Art. 87 II EPGÜ kann das Übereinkommen durch den Verwaltungsausschuss geändert werden, um es mit einem internationalen Vertrag auf dem Gebiet des Patentwesens oder mit dem Unionsrecht in Einklang zu bringen. Keine der beiden Alternativen ist derzeit einschlägig. Entsprechendes Unionsrecht, mit dem das EPGÜ in Einklang gebracht werden könnte, ist aktuell nicht ersichtlich. Solches könnte beispielsweise ein in Kraft gesetztes Austrittsabkommen zwischen der EU und Großbritannien beinhalten, das derzeit nicht vorliegt. Selbst bei einem Vollzug des britischen Austritts aus der EU dürfte sich die Frage stellen, ob aufgrund von Art. 87 II EPGÜ überhaupt Regelungen getroffen werden könnten, die in ihrer Wirkung über das Verhältnis der EU zu Großbritannien hinausreichen. Die Möglichkeit der Durchführung einer strukturellen Revision des EPGÜ aufgrund von Art. 87 II EPGÜ dürfte daher generell fraglich sein.

## 4. Zwischenergebnis

Zwischen dem EPGÜ und dem „Brexit“-Votum besteht ein enger politischer Zusammenhang, der eine Ratifikation des Übereinkommens durch Großbritannien in seiner derzeitigen Form ausschließen dürfte.

<sup>53</sup> Gutachten 1/09, Rnrn. 64, 66 bis 69.

<sup>54</sup> a.a.O., Rn. 68.

<sup>55</sup> a.a.O., z. B. Rnrn. 68, 69, 80, 81, 83, 84, 85.

<sup>56</sup> Oben Fn. 41.

<sup>57</sup> Vgl. Art. 1 des Protokolls zum Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht betreffend die vorläufige Anwendung.

Angesichts des EuGH-Gutachtens 1/09 dürfte die Teilnahme eines nicht (mehr) der EU angehörigen Staates an dem Übereinkommen jedenfalls in seiner derzeitigen Form rechtlich nicht zulässig sein.

Eine Änderung des EPGÜ zur Ermöglichung einer Teilnahme von nicht (mehr) der EU angehörigen Staaten kann aktuell nicht nach Art. 87 II EPGÜ vorgenommen werden.

## V. Ausblick

Die Teilnahme eines nicht (mehr) der EU angehörigen Großbritanniens am EPGÜ in seiner derzeitigen Form dürfte demnach politisch, aber auch rechtlich ausgeschlossen sein. Andererseits würde der praktische Nutzen einer Patentreform ohne britische Teilnahme weiter reduziert und das Kosten-Nutzen-Verhältnis<sup>58</sup> zusätzlich verzerrt. Jedenfalls wäre eine Änderung des EPGÜ auch bei einem Verzicht auf Großbritannien unausweichlich (z. B. hinsichtlich der Regelung des Inkrafttretens in Art. 89), von hieraus möglicherweise resultierenden weiteren Fragen (z. B. solchen bezüglich des Sitzes der Zentralkammer, der Kostenregelungen oder des Sprachenregimes des einheitlichen Patentschutzes) ganz zu schweigen.

Die Patentreform ist durch das „Brexit“-Votum einmal mehr unsanft ausgebremst worden, wie dies zuvor schon durch das Gutachten 1/09, die Sprachenproblematik und den Streit über die Artikel 6 bis 8 des Verordnungsentwurfs zum einheitlichen Patentschutz geschehen ist. Keines dieser Probleme hat die politisch Verantwortlichen dazu bewegen können, konzeptionell stimmige Lösungen zu suchen. Nicht zuletzt diese kurzsichtige Haltung, fokussiert allein auf den möglichst raschen Abschluss der Verhandlungen und ohne Blick auf die inhaltliche Stimmigkeit der beschlossenen Maßnahmen in ihrer Gesamtheit, ist dafür verantwortlich, dass das Projekt erneut vor dem Scheitern steht. Um dies zu vermeiden, dürften grundsätzliche Änderungen unausweichlich sein.

So dürfte es unter den gegebenen Prämissen nahe liegen, das Übereinkommen auch für Nicht-EU-Staaten zu öffnen, Gutachten 1/09 dürfte dem im Ergebnis nicht per se entgegen stehen. Ansätze, wie ein Übereinkommen unter Beteiligung von Nicht-EU-Ländern *und* im Einklang mit Gutachten 1/09 realisierbar sein könnte, wurden im wissenschaftlichen Raum bereits verschiedentlich beschrieben.<sup>59</sup> Hierfür müssten jedoch die beteiligten Institutionen, allen voran die Kommission, zunächst von ihrem bisherigen Verständnis des Gutachtens 1/09 abrücken. Da dieses Verständnis ohnehin von Anfang an auf tönernen Füßen stand<sup>60</sup> und vorrangig durch politische Opportunitäten motiviert war, dürfte dies nicht allzu schwer fallen. Es

könnte helfen, dass politisch opportun nun das Gegenteil der ursprünglichen Haltung ist.

Dass bei einer derartigen Anpassung des EPGÜ gegenüber den jeweiligen Idealvorstellungen der unterschiedlichen Nutzerkreise angesichts der rechtlichen Rahmenbedingungen, insbesondere den Vorgaben des Gutachtens 1/09, möglicherweise Zugeständnisse gemacht werden müssen, scheint unausweichlich.

So dürfte eine Revision des Übereinkommens in denjenigen Vertragsstaaten, die das EPGÜ bereits ratifiziert haben, eine weitere Ratifikation erfordern. Alle übrigen könnten neue Änderungen gemeinsam mit dem EPGÜ und bislang bereits angefallenen beiden Änderungsprotokollen ratifizieren. Hierdurch verursachte zeitliche Verzögerungen dürften gegenüber der Alternative des erneuten Scheiterns einer europäischen Patentreform vorzugswürdig sein, zumal diese der Praxistauglichkeit des Übereinkommens zugute kämen.

Zudem könnte die Teilnahme von nicht (mehr) der EU angehörigen Staaten an einem revidierten EPGÜ eine Teilnahme der EU notwendig machen, was wiederum bewirken könnte, dass das Übereinkommen der Auslegungshoheit des EuGH unterfällt.<sup>61</sup> Bekanntlich war dies im Kontext des Streits um die früheren Artikel 6 bis 8 des Verordnungsentwurfs zum einheitlichen Patentschutz seitens der Fachkreise und vor allem auch von der britischen Regierung nachdrücklich abgelehnt worden.<sup>62</sup>

Man darf daher gespannt sein, ob das „Brexit“-Votum bei den politischen Protagonisten zu einem Umdenken und der Bereitschaft zu einer entsprechenden Revision des Übereinkommens führen wird oder ob man einmal mehr – dem zweifelhaften Vorbild des „zyprischen Kompromisses“ zu den früheren Artikeln 6 bis 8 folgend – zu „Patchwork-Lösungen“ greifen wird, die sich im Endeffekt als ähnlich „sub-sub-suboptimal“<sup>63</sup> erweisen könnten wie der besagte Kompromiss. Wenngleich die bisherigen Erfahrungen allen Anlass zur Skepsis geben, bleibt im Interesse der Nutzer zu hoffen, dass man sich sachlich tragfähigen Lösungen öffnet und davon absieht, sich einmal mehr an der Quadratur des Kreises zu versuchen.

\* \* \*

<sup>58</sup> Vgl. hierzu *Stjerna*, „Einheitspatent und Gerichtsbarkeit – Ein vergiftetes Geschenk für KMU“, abrufbar auf [www.stjerna.de](http://www.stjerna.de).

<sup>59</sup> *Jaeger*, „What’s in the unitary patent package?“, S. 24 ff.; *ders.*, *EuZW* 2013, 15 (18 ff.); *ders.*, *IIC* 2012, 286 (301 ff.); *de Visscher*, *GRUR Int* 2012, 214 (221).

<sup>60</sup> Z. B. *Hilty/Jaeger/Lamping/Ullrich*, „The Unitary Patent Package: Twelve Reasons for Concern“, S. 5; *Jaeger*, *IIC* 2012, 286 (296 ff.); *de Visscher*, *GRUR Int* 2012, 214 (217 ff.).

<sup>61</sup> Oben Fn. 4, Kommentar *Steenbeek* vom 27.06.2016, 11:23 Uhr; vgl. hierzu bereits die Ratsdokumente 12704/11 sowie 15856/11, S. 10 (insb. Fn. 23); hierzu näher und differenzierend *Jaeger*, *EuZW* 2013, 15 (20).

<sup>62</sup> Vgl. hierzu *Stjerna*, „Einheitspatent und Gerichtsbarkeit – Vorerst gescheitert“ und „Neue Probleme voraus?“, abrufbar auf [www.stjerna.de](http://www.stjerna.de).

<sup>63</sup> Vgl. *Stjerna*, „Einheitspatent und Gerichtsbarkeit – Der sub-sub-suboptimale Kompromiss des EU-Parlaments“, abrufbar auf [www.stjerna.de](http://www.stjerna.de).