

### Vorabdruck aus GRUR 2013, Heft 2

WINFRIED TILMANN\*

## Endlich: Entscheidungen zum Einheitspatent und zum Europäischen Patentgericht

Am 10./11. Dezember haben der EU Wettbewerbsrat und das Europäische Parlament die beiden Verordnungen über das EU Patent und die Übersetzungsregeln angenommen. Zugleich haben die an dem Projekt teilnehmenden EU Mitgliedstaaten im Rat eine grundsätzliche Einigung über das Abkommen zur Schaffung eines Gemeinsamen Europäischen Patentgerichts erzielt.

Rechnet man den Zeitraum ab der Schaffung des Europäischen Patentübereinkommens mit seinem Europäischen Patentamt (1973), haben die Vorarbeiten an einem Einheitspatent und einer Gerichtsstruktur für Patentstreitsachen fast 40 Jahre gedauert, ein Rekord (an Langsamkeit) im Vergleich mit anderen europäischen Reformprojekten. Haupthindernis war die Sprachenfrage (Übersetzungen des Einheitspatents in die Sprachen der Mitgliedstaaten), die auch jetzt zu einem (wohl nur vorläufigen) Fernbleiben von Italien und Spanien geführt hat. Das Gerichtsverfahren beider Staaten gegen den Beschluss zur verstärkten Zusammenarbeit vor dem Gerichtshof wird im Frühjahr durch eine Entscheidung abgeschlossen werden, die nach dem Votum des Generalanwalts *Bot* vom 11. Dezember 2012 wohl zu Ungunsten der beiden Kläger ausfallen wird.

### II. Einheitspatent

Künftig hat der Erfinder die Wahl, ob er seine Erfindung durch ein nationales Patent, durch ein Europäisches Patent klassischer Art (sogenanntes "Bündel-Patent") oder ein den Raum von 25 EU-Staaten abdeckendes Einheitspatent schützen lassen will.

Was bietet das Einheitspatent im Vergleich zu den beiden anderen bekannten Alternativen? Das EU-Patent ist rechtlich nichts anderes als ein Europäi-

ches Patent, dem durch die Registrierung eines entsprechenden Antrags nach der Erteilung durch Unionsrecht eine einheitliche Wirkung verliehen wird. Diese Wirkung besteht darin, dass das EU-Patent nur einheitlich, als "Block", vernichtet oder übertragen werden kann und dass es einen einheitlichen Unterlassungsanspruch gewährt. Die Jahresgebühren für das EU-Patent werden an das EPA gezahlt und zur Hälfte an die teilnehmenden Mitgliedstaaten verteilt.

Auf diese drei Regeln (Blockbildung, einheitlicher Schutz, zentrale Jahresgebühr) beschränkt sich die EU-Pat-VO. Sie musste, vergleichbar einem Schiff, das über eine Sandbank in den Hafen kommen will, eine Reihe zusätzlicher Regeln "über Bord werfen", um in den Hafen der Entscheidung zu gelangen. Zu ihnen gehören Detailregelungen zur Übertragung und Drittwirkung, Regeln zum Vorbenutzungsrecht, zum Schutz der Anmeldung und zur Zwangslizenz. Die "Sandbank", die es zu überwinden galt, war die Sorge vor einer häufigen Aussetzung zur Vorlage von Auslegungsfragen an den Gerichtshof. Das Gemeinschaftspatent-Übereinkommen (GPÜ) von 1989 konnte da noch mutiger sein und manche der nun fehlenden Regeln enthalten, weil der Gerichtshof in Bezug auf dessen Regeln nicht zuständig war.

Diese Abmagerung, im Vergleich mit dem GPÜ, hat dem Projekt von wissenschaftlicher Seite Kritik eingetragen<sup>1</sup>. Allerdings: Mehr war nicht durchsetzbar. Außerdem kann die EU-Pat-VO künftig mit einer Mehrheitsentscheidung erweitert werden. Das bedeutet, dass kein einzelner Mitgliedstaat die Ent-

\* Prof. Dr., Rechtsanwalt in Düsseldorf.

<sup>1</sup> Max Planck Institut, The Unitary Patent Package: Twelve Reasons for Concern, über MPI München im Internet

scheidung durch ein Veto verhindern kann. Eine solche Situation bestand aber wegen der Übersetzungs-VO (Art. 118(2) AEUV) und dem Ratifizierungserfordernis der drei großen Patentstaaten beim Gerichts-Abkommen.

Anderen ging die Abmagerung noch nicht weit genug. Premier *Cameron* hat auf der Rats-Sitzung am 29. Juni 2012 eine Streichung der Art. 6-8 der EU-Pat-VO durchgesetzt, die dem EU-Patent den Schutz eines einheitlichen Unterlassungsanspruchs (nebst den üblichen Beschränkungen) gewähren sollten. Ziel der Streichung war, den Gerichtshof aus Patentstreitsachen herauszuhalten. Mit Recht hat der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments eine Mitwirkung an der ersatzlosen Streichung abgelehnt, weil die VO andernfalls mangels Rechtsgrundlage unwirksam gewesen wäre. Art. 118(1) AEUV setzt voraus, dass die VO einen "einheitlichen Schutz ("*uniform protection*") gewährt. Glücklicherweise wurde eine Kompromissformel in einem neuen Artikel 5 gefunden, der einen Unterlassungsanspruch gewährt, wegen der Verletzungshandlungen und der Rechtsbegrenzungen aber mittelbar auf die einschlägigen Artikel des Gerichtsabkommens verweist. Das dürfte für Art. 118(1) AEUV ausreichen.

Das Einheitspatent, wie es die USA, Japan und China, die Hauptwettbewerber Europas, kennen, stärkt die Hand des Patentinhabers (Reichweite des Schutzes, Kostenersparnis), setzt ihn aber zugleich auch dem Risiko aus, das Patent für den gesamten Geltungsraum mit einem Schlag zu verlieren, wenn es durch eine Nichtigkeitsklage oder Nichtigkeitswiderklage angegriffen wird. Der Patentinhaber muss es sich also genau überlegen, ob er dieses Risiko durch eine Verletzungsklage heraufbeschwört. Segen und Risiko des Einheitsrechts sind also ausgegogen auf beide Seiten verteilt.

### III. Übersetzungsregeln

Das GPÜ 1989 hatte noch Übersetzungen des Einheitspatents in die Sprachen aller Vertragsstaaten gefordert – und war u.a. daran gescheitert. Das Londoner Abkommen<sup>2</sup> hat die Tür zu einer erfinderfreundlicheren Regelung geöffnet: Nach der Übersetzungs-VO gilt (nach einer Übergangszeit) der Grundsatz, dass einem in einer der drei EPÜ-Amtssprachen erteilten Europäischen Patent, dem antragsgemäß eine einheitliche Wirkung verliehen

wird (EU-Patent), keine Übersetzung beigelegt werden muss. Jedoch können der wegen Verletzung in Anspruch Genommene und das Verletzungsgericht Übersetzungen anfordern.

In einer Übergangszeit müssen deutsch oder französisch erteilte EU-Patente in die englische Sprache und englisch erteilte in eine beliebige andere Sprache eines Mitgliedstaats übersetzt werden. In der Übergangszeit wird also immer eine englische Fassung vorliegen - ein Schritt in Richtung auf: "*English only*".

Erfinder, die ihre Anmeldung nach Art. 14 EPÜ in ihrer eigenen Sprache einreichen, sollen eine noch zu definierende finanzielle Hilfe (Kompensation) erhalten.

### IV. Gerichtsabkommen

Galt es beim EU-Patent, mit einem Minimalbestand des GPÜ-acquis über die Sandbank im Meer nördlich von Frankreich und Belgien zu gelangen, also Altbekanntes nun endlich zu realisieren, wird mit dem Abkommen zur Schaffung eines Gemeinsamen Patentgerichts<sup>3</sup> in vielfacher Hinsicht kühn Neuland betreten.

Außerhalb der Union schaffen die Vertragsstaaten des Abkommens ein internationales Gericht, das sie als Bestandteil ihres eigenen Gerichtssystems bezeichnen, das daher einerseits wie die nationalen Gerichte nach Art. 267 AEUV wegen der Auslegung unionsrechtlicher Fragen zur Vorlage an den Gerichtshof verpflichtet ist, dessen Entscheidungen andererseits in allen Vertragsstaaten wie Entscheidungen eines eigenen Gerichts gelten und daher unmittelbar vollstreckbar sind. Das Gericht soll nach einer Übergangszeit sowohl für EU-Patente als auch für Europäische Patente klassischer Art ausschließlich zuständig sein. Allerdings ist die Übergangszeit, in der für Europäische Patente wahlweise der Weg zu den nationalen Gerichten noch offen steht, lang bemessen (7 Jahre, verlängerbar auf 14 Jahre). Außerdem kann für in der Übergangszeit bestehende Patente und Anmeldungen ein permanent geltendes "opt out" erklärt werden (mit der Möglichkeit einer Rückkehr: "opt in").

Die Konstruktion des Gerichts ist im Vergleich zu seinen Vorgängern ausgereift und ausbalanciert:

<sup>2</sup> Übereinkommen über die Anwendung des Artikels 65 EPÜ vom 17.10.2000

<sup>3</sup> Dies scheint mir die sachlich beste Übersetzung von "Unified Patent Court" zu sein.

Gegenüber dem EPÜ-Streitregelungsprotokoll (1989) ist eine erste Instanz und eine vollständige zweite Instanz hinzugekommen. Gegenüber dem Projekt von 2003<sup>4</sup> ist die Dezentralisierung der ersten Instanz in lokale und regionale Kammern hervorzuheben. Gegenüber dem am Widerstand der Kommission gescheiterten EPLA-Projekt sind unionsrechtlich bedingte Veränderungen (Geltung auch für das EU-Patent, Beschränkung auf die EU-Mitgliedstaaten, Vorlagepflicht) und zahlreiche Verbesserungen vorgenommen worden. Gegenüber dem ersten Abkommens-Entwurf von 2009, den der Gerichtshof durch das Gutachten 1/09<sup>5</sup> für mit dem Unionsrecht unvereinbar erklärt hat, ist die Beschränkung auf EU-Mitgliedstaaten und die detaillierte Regelung der Vorlagepflicht hervorzuheben.

In seiner jetzigen Gestalt ist das Gemeinsame Patentgericht dem aus den USA und Japan bekannten System vergleichbar: Die Rechtsprechung der dezentralen Eingangsinstanzen wird in einem gemeinsamen Berufungsgericht zusammengeführt und von ihm gesteuert. Vorlagefragen gehen bei anzuwendenden unionsrechtlichen Regelungen (Regelungen der beiden Verordnungen; Durchsetzungs-Richtlinie, Biopatent-Richtlinie) an den Gerichtshof (vergleichbar den vom US Supreme Court angenommenen Fällen).

Viel Mühe ist auf eine praxisgerechte Ausgestaltung und eine Sicherung einheitlicher Praxis aufgewendet worden: Internationale Besetzung, technische Richter, Zusammenspiel zwischen der für Nichtigkeitsklagen zuständigen Zentralkammer und den dezentralen Kammern, Richterauswahl, Richterfortbildung, Mediation und Schiedsgerichtswesen, Vertretungsrecht sind nur einige der Stichworte.

Selbstverständlich für ein solches Großprojekt begleiten diesen Teil des Vorhabens auch Sorgen und Ängste. Es gab den Wunsch nach "ewiger" Parallelität des neuen Gerichts und der nationalen Gerichte (verbunden mit der offenen Frage, welcher Seite die Wahl zustehen sollte, und verbunden mit der Folge eines fast grenzenlosen *forum shopping*). Die englischen Anwälte hatten und haben Sorge vor dem erfolgreichen deutschen split-Verfahren (*bifurcation*)

<sup>4</sup> Beschluss des Rates vom 3.3.2003 zur Errichtung des Gemeinschaftspatentgerichts und betreffend das Rechtsmittel vor dem Gericht erster Instanz (KOM(2003) 828 endg.; Ratsdok. 5189/04

<sup>5</sup> Gutachten 1/09 des Gerichtshofs vom 8.3.2011, GRUR Int. 2011, 309 ff.

zwischen den Verletzungsgerichten und dem Nichtigkeitsgericht (im System: Zentralkammer) und heben dessen mögliche Negativeffekte hervor (die Praxis wird sich zwischen einem Einheitsverfahren und dem split-Verfahren einspielen). Andere haben Sorgen um die KMU (dem soll im Bereich der Gerichtsgebühren und durch eine Begrenzung der Kostenüberwälzung auf die unterlegene Partei begegnet werden). Berufsständische Interessen werden durch den Wegfall von Parallelverfahren berührt (dafür wird die Zahl der Verfahren bei einer Bewährung des Gerichts steigen).

Bis das Gericht steht und in Gang kommt, sind noch zahlreiche Vorbereitungsarbeiten zu bewältigen: die Auswahl und Schulung der Richter und die IT-Vernetzung der Standorte sind nur zwei der wichtigsten Themen. Die Unterzeichnung des Abkommens soll am 18. Februar 2013 stattfinden. Dann beginnt die Ratifizierungsphase. Das Abkommen (mit den beiden Verordnungen) tritt in Kraft, wenn 13 Staaten, darunter Deutschland, Frankreich und Großbritannien, ratifiziert haben. Diese Situation könnte schon 2014 vorliegen. Der vorgesehene Vorbereitungsausschuss muss seine Arbeit daher alsbald aufnehmen.

## V. Verfahrensordnung

Das Gerichtsabkommen enthält nur die wesentlichen Regelungen für den Verfahrensablauf und die Befugnisse des Gemeinsamen Patentgerichts. Es verweist an zahlreichen Stellen auf die Verfahrensordnung. Eine Arbeitsgruppe hat aus einem ersten, vom EPA erstellten Entwurf unter Verwertung von Anregungen der europäischen Patentrichter einen umfangreichen Entwurf entwickelt, der in Kürze der Öffentlichkeit mit der Einladung zur Stellungnahme vorgelegt werden wird. Schon in seiner gegenwärtigen Gestalt versucht der Entwurf, ein zügiges, kostenschonendes Verfahren mit einer ausgewogenen Berücksichtigung der Interessen der Parteien zu vereinbaren. Auf die Bedürfnisse großer, mittlerer und kleiner Verfahren soll das Gericht eingehen können.

## VI. Stärkung des Patentsystems und Wettbewerbsfreiheit

Natürlich erwachen bei dem beschriebenen Großprojekt auch die Sorgen, das Patentsystem könne zu Lasten der Wettbewerbsfreiheit und der Benutzungsfreiheit verstärkt werden, Sorgen, die beispielsweise

im Zusammenhang mit der Bio-Patent-RL, der Computerprogramm-RL und von ACTA Ausdruck gefunden haben. In der Tat muss der Patentschutz seine *constraints* ständig im Auge haben, zu denen die Freiheit des technischen Fortschritts gehört, gegen die das zeitlich begrenzte Ausschließlichkeitsrecht abgewogen werden muss.

Diese Grenzlinie wird jedoch durch das Projekt nicht verschoben. Bei ihm geht es darum, die rechtliche, organisatorische und kostenmäßige Selbstbehinderung des Systems in Europa zu beseitigen. Das Vorhaben hat zwei Seiten: die Durchsetzung tatsächlich schutzwürdiger Patente und die Beseitigung zu Unrecht erteilter, nicht schutzwürdiger Patente. Deswegen dient die Entrümpelung des fragmentarischen Durchsetzungssystems beiden, den Inhabern schutzwürdiger Patente und den Wettbewerbern und Benutzern, die sich einem nicht schutzwürdigen Patent und daraus abgeleiteten Ansprüchen ausgesetzt sehen.

Die sachliche Grenzlinie zwischen Schutzwürdigkeit und Schutzunwürdigkeit, zwischen Offenbarung und Schutz wird nicht verschoben, nicht einmal angetastet. Sie wird sogar verfahrensmäßig deutlicher hervorgehoben. Hinzu tritt der Vorteil größerer Rechtssicherheit.

## **VII. Stärkung des Patentsystems und Industriepolitik**

Es kann davon ausgegangen werden, dass in den Neubau des europäischen Patentrechts, besser: in die zweite Doppelhaushälfte neben der des EPÜ, nicht nur (vielleicht ängstlich und zögerlich) die europäischen Erfinder und Unternehmen einziehen werden, sondern (vielleicht begeistert) auch die Erfinder und Unternehmen der Wettbewerber Europas aus den USA, aus Japan und aus China. Das kann und darf Europa natürlich nicht daran hindern, dieses Haus für seine eigenen Bedürfnisse optimal herzurichten. Aber es ist nicht zu bestreiten, dass Europa mit einem effektiven Patentschutzsystem eine Flanke öffnet. Für die Importeure geht es nur um Vermarktung, für die in Europa ansässigen Unternehmen geht es um Produktion. Wenn sich ein Gegenangriff in den USA, in Japan und China wesentlich schwieriger gestaltet, kann sich eine Schiefelage ergeben.

Hierauf gibt es zwei Antworten. (1) Schon mit dem Europäischen Patentamt und seiner teilweise noch großzügigen Patenterteilung ist der Grundstein zu

dieser Situation gelegt, und an dieser Stelle ist zunächst anzusetzen. (2) Die Patentschutzsysteme der Wettbewerber Europas müssen in gleicher Weise überprüft und modernisiert werden, wie Europa dies mit dem "Patent-Paket" unternimmt. Dies liegt im eigenen Interesse dieser Wettbewerbs-Staaten und ist auch ansatzweise zu beobachten. Europa, die Europäische Union, sollte solche Korrekturen aber selbstbewusst einfordern und auf das eigene Beispiel verweisen.