

PER E-MAIL

Beschwerdekammern des
Europäischen Patentamts
Richard-Reitzner-Allee 8
85540 HAAR

Postfach 10 60 78
28060 Bremen
Am Kaffee-Quartier 3
28217 Bremen
Tel +49 421 3635-0
Fax +49 421 3378788
Fax +49 421 3288631
Geschaeftsfuehrung@eisenfuhr.com
www.eisenfuhr.com

Dr. jur. Julian Eberhardt, LL.M.
Rechtsanwalt
Fachanwalt für
gewerblichen Rechtsschutz

Bremen, 27. November 2020

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen: EM6049-01EP FEG/NUE/ISC

Dr. rer. nat. Ludger Eckey
Dipl.-Phys.
Patentanwalt
European Patent Attorney
European Trade Mark and
Design Attorney

Stellungnahme zum neuen Artikel 15a VOBK

Sehr geehrter Herr De Groot, sehr geehrter Herr Josefsson,

sehr geehrte Mitglieder*innen des Beschwerdekammerausschusses, sehr geehrte Mitglieder*innen der Beschwerdekammern,

hiermit kommen wir, die Unterzeichnenden stellvertretend für den Zusammenschluss 15 und im Namen aller Patent- und Rechtsanwälte der Kanzlei Eisenführ Speiser PartGmbH, Ihrer Einladung, Stellung zum vorgeschlagenen neuen Artikel 15a VOBK zu nehmen, nach.

Art. 116 EPÜ und Art. 15 VOBK sehen zur Erfüllung der grundlegenden Verfahrenserfordernisse des EPÜ zur Gewährung des rechtlichen Gehörs nach Art. 113 EPÜ vor allem auch die eben dafür vorgesehene Möglichkeit einer mündlichen Verhandlung vor. Diese Vorschriften regeln mit einem bewusst einheitlich angesetzten Regelungsanspruch für das Europäische Patentamt und die Beschwerdekammern (dies kann den *Travaux Préparatoires* EPÜ 1973 entnommen werden) maßgeblich, dass eine mündliche Verhandlung entweder auf Antrag eines Beteiligten oder von Amts wegen stattfindet. Nach ständiger Rechtsprechung stellt damit ein ohne sachliche Voraussetzungen auskommender Antrag auf mündliche Verhandlung ein elementares Grundrecht der Beteiligten dar.

Wir sind uns des Umstands bewusst, dass die Regelungen zur Möglichkeit einer mündlichen Verhandlung gleichwohl eine Ausnahme zu dem im Prinzip schriftlichen Verfahren des EPA und der Beschwerdekammern etablieren und unter dem Vorbehalt der Verfahrenseffizienz stehen. Insofern – da das Europäische Patent in den benannten Vertragsstaaten ein von jedermann zu beachtendes Schutzrecht begründet – stützen Schriftlichkeit und mündliche Verhandlung die unabkömmlichen Gebote der Rechtssicherheit und des rechtlichen Gehörs maßgeblich.

1. Vorbemerkung

- 1.1 Wir begrüßen es aus vielerlei Gründen, dem technologischen Fortschritt und den damit verbundenen Vorzügen Rechnung zu tragen, soweit sie den obigen elementaren Verfahrensrechten zuträglich sind.

Die Änderung der geltenden VOBK mit dem vorgeschlagenen neuen Artikel 15a betrifft sachgerecht die Nutzung moderner Kommunikationstechniken durch das Europäische Patentamt und die Beschwerdekammern des Europäischen Patentamts. Wir begrüßen somit im Besonderen die Schaffung von Möglichkeiten, Verhandlungen, sei es im einseitigen oder zweiseitigen Verfahren, vollständig oder „hybrid“ mittels Videokonferenztechnik durchzuführen. Hierdurch wird neben den beiden bisher möglichen Wegen – einer mündlichen Verhandlung in Persona nach Art. 116 EPÜ oder eines nur schriftlichen Verfahrens bei Zustimmung der Parteien – ein weiterer Weg einer Verhandlung als Videokonferenz geschaffen, der zur effizienten Durchführung von Verfahren dienen kann.

Die Vorteile sind unübersehbar und leisten neben zeitlicher Flexibilität unter anderem auch einen Beitrag zu einem verringerten CO₂-Ausstoß. Auch in Zeiten einer Pandemie, wie wir sie gerade erleben, können Videokonferenzen oft das Mittel der Wahl sein.

Die Kanzlei Eisenführ Speiser und insbesondere Herr Dieter Speiser, haben sich stets für die Nutzung technisch fortschrittlicher Kommunikations- und Datenverarbeitungstechnologie stark gemacht; so Dieter Speiser ganz besonders bei der Einführung des „Online Filings“ am Europäischen Patentamt.

- 1.2 Dennoch sehen wir auch, dass eine unmittelbare, persönliche Diskussion von Sachverhalten und Argumenten in einer den Prozessgrundsatz der Unmittelbarkeit währenden mündlichen Verhandlung nach Art. 116 EPÜ nicht in allen Fällen sachgerecht durch eine bloße Verhandlung als Videokonferenz ersetzt werden kann, ohne (unbeabsichtigt und ungewollt) eine Partei zu benachteiligen.

Wir durften in den letzten Monaten bereits eine Vielzahl von Verhandlungen als Videokonferenz vor verschiedenen Spruchkörpern (Einspruchsabteilung, Beschwerdekammer, Landgerichte, Bundesgerichtshof) aktiv mitgestalten und können aus eigener Erfahrung bestätigen, dass tatsächlich auch in der Praxis eine bloße Verhandlung als Videokonferenz etwas Anderes ist, als eine den Prozessgrundsatz der Unmittelbarkeit währende mündliche Verhandlung nach Art. 116 EPÜ.

Daher möchten wir Sie ersuchen, unter Berücksichtigung unserer nachfolgenden Argumente, den Artikel 15a VOBK der vorgeschlagenen Fassung *zu ändern*. Dazu:

- (i) Es ist uns bewusst, dass es (nach ständiger Rechtsprechung) regelmäßig nicht im Ermessen der Beteiligten steht, Ort einer mündlichen Verhandlung (G 2/19) oder eine ausdrücklich gewollte eingeschränkte Form einer Verhandlung (T 2068/14) vorzugeben.

Einige beachtete und auch in den amtlichen Mitteilungen vielfach zitierte Maßgaben der Beschwerdekammern bieten eine Grundlage dafür, das Er-

messen der Beteiligten nicht unberücksichtigt zu lassen. So z.B. wenn den Beteiligten zugestanden wird, Argumente und Tatsachen unter Ausschöpfung der Möglichkeiten des EPÜ in einer Art und Weise zu präsentieren, die seitens der Beteiligten für nötig gehalten wird (T 209/88, T 1050/09).

- (ii) Es ist aber zudem so, dass es bislang im Regelwerk des EPA und der VOBK keine legislative Präferenz zur im Individualfall schlechteren Alternative zu Lasten elementarer Verfahrensrechte der Beteiligten gab; vorliegend in Bezug auf eine mündliche Verhandlung nach Art. 116 EPÜ. Wir meinen, dies sollte auch in Zukunft vermieden werden. Sicherlich könnten akute Zeitumstände wie die gegenwärtige Pandemiesituation gewisse Aspekte als wichtig erscheinen lassen; dazu gehört sicher auch die amtliche Handlungseffizienz.

Trotzdem darf – aus einem beachtenswerten aber gleichwohl nur akuten Engpass – dem Regelwerk des EPA und der Beschwerdekammern in Bezug auf die genannten unabkömmlichen Gebote der Rechtssicherheit und des rechtlichen Gehörs in Bezug auf Art. 116 EPÜ kein nachhaltiger Schaden entstehen.

- (iii) Wir sind der gefestigten Auffassung, dass genau ein solcher, nachhaltiger Schaden am rechtlichen Gehör durch den aktuell geplanten Wortlaut des Art. 15a VOBK etabliert würde – am Art. 116 EPÜ vorbei, da Art. 15a VOBK im Individualfall die schlechtere Alternative in Bezug auf elementare Verfahrensrechte der Beteiligten als Standard vorgibt zugunsten einer aus der akuten Situation vermeintlich sich anbietenden Option.

- 1.3 Der ohne sachliche Voraussetzungen auskommende Antrag auf mündliche Verhandlung nach Art. 116 EPÜ in einer den Prozessgrundsatz der Unmittelbarkeit währenden Form wird durch den gegenwärtig beabsichtigten Wortlaut des Art. 15a VOBK von vornherein beschränkt. Es wird den Parteien gegenüber der bisherigen Situation lediglich ein Minus zugestanden, nämlich die schlechtere Alternative der Verhandlung als Videokonferenz anstelle der mündlichen Verhandlung in Persona.

Eine Verschiebung zulasten einer Partei, nun doch eine Argumentationslast tragen zu müssen, um eine mündliche Verhandlung in Persona nach Art. 116 EPÜ zu erreichen, widerspricht unserem Verständnis nach bereits im Ansatz den Erfordernissen des Art. 113 EPÜ resp. Art. 116 EPÜ.

Article 15a Oral proceedings by videoconference

(1) The Board may decide to hold oral proceedings pursuant to Article 116 EPC by videoconference if the Board considers it appropriate to do so, either upon request by a party or of its own motion.

(2) Where oral proceedings are scheduled to be held in person, the Chair may allow a party, representative or accompanying person to attend by videoconference. In exceptional circumstances, the Chair may decide that a party, representative or accompanying person shall attend by videoconference.

(3) The Chair may allow any member of the Board in the particular appeal to participate by videoconference.

- Konkret etabliert Absatz (1) in Bezug auf „*if the Board considers it appropriate*“ als Vorgabe ohne Konsens der Beteiligten, in *ex parte* und *inter partes* Verfahren im Individualfall eine pauschale Schlechterstellung; dies ohne Berücksichtigung der Parteisicht zu Komplexität des Falls, notwendigem Sach-, Tatsachen- und Beweismittel-Vortrag und nicht zuletzt schlicht der aus Parteisicht individuell zu präferierenden Vortragsart in Bezug auf den konkreten Fall – so T2068/14 „*The onus is on the appellant to persuade the board that conventional oral proceedings are not appropriate to properly present the appellant's case and that the board should exercise its discretion to, exceptionally, explore the possibility of holding oral proceedings by video conference.*“
- Konkret etabliert Absatz (2), Satz 2 ohne Konsens der Beteiligten, durch eine Hybridverhandlung, die Schlechterstellung eines oder mehrerer Beteiligten im Ungleichgewicht zu anderen Beteiligten.
- Absatz (3) etabliert ebenfalls eine pauschale Schlechterstellung der Parteien gegenüber einem Teil der Spruchkörper.

Bei alledem ist zudem zu beachten, dass gerade den Beschwerdekammern als Zweitinstanz eine höhere Sorgfalt zukommt, die unabkömmlichen Gebote der Rechtssicherheit und des rechtlichen Gehörs zu gewährleisten, insbesondere unter Berücksichtigung der Endgültigkeit einer Entscheidung zur Sache.

2. Relevanz der Entscheidung und Art. 14 Grundgesetz (Deutschland)

Die vom EPA in Einspruchsverfahren und noch mehr von den Beschwerdekammern getroffenen Entscheidungen sind – sowohl für den/die Einsprechenden als auch für den/die Patentinhaber – überaus wichtige Entscheidungen, die Eigentumsrechte in sämtlichen EPÜ-Staaten betreffen.

Wird ein Patent von der Beschwerdekammer widerrufen, gibt es für den Patentinhaber keine Möglichkeit mehr, dieses (dann verlorene) Eigentum zurückzuerhalten. Umgekehrt kann sich ein Einsprechender bei Aufrechterhaltung eines Patents unter Umständen mit einem Unterlassungsanspruch, Schadensersatzforderungen und/oder weiteren Ansprüchen in eben diesen EPÜ-Staaten konfrontiert sehen.

Die Verantwortung der Beschwerdekammern kann hier kaum zu hoch eingeschätzt werden. Es ist sowohl für die Patentinhaber als auch für die Einsprechenden von außerordentlicher Bedeutung, dass richtige Entscheidungen getroffen werden. Die Entscheidungsqualität hat ihrerseits maßgeblichen Einfluss auf das Ansehen des Europäischen Patentamts und der Beschwerdekammern und trägt dadurch zur Relevanz des Wirtschaftsstandorts Europa bei.

Auch in den einzelnen Mitgliedstaaten existieren Regelungen, die Eigentum schützen. So etwa in Deutschland Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG: „*Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet.*“ Bei einem Widerruf eines Patents durch die

Beschwerdekammer ist dieses Eigentum unwiederbringlich verloren, und dies stellt einen überaus starken Eingriff in das Eigentumsrecht dar.

Aus diesem Grund ist es richtig und absolut wichtig, dass die Verfahren vor dem EPA und den Beschwerdekammern fair geführt werden und auf eine Art und Weise, dass jede Partei die Tatsachen und Argumente vollständig vortragen kann; dies umfasst ausdrücklich, eine Weise, dass die Argumente auch verstanden werden. Dies kommt in Art. 113(1) EPÜ explizit zum Ausdruck, wenn es dort heißt: *„Entscheidungen des Europäischen Patentamts dürfen nur auf Gründe gestützt werden, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten.“*

3. Qualitative Unterschiede zwischen Videokonferenz und mündlicher Verhandlung in Persona

3.1 So gut die Vorteile der Videokonferenz auch sein mögen, eine Verhandlung per Videokonferenz hat zu einer mündlichen Verhandlung in Persona in einer den Prozessgrundsatz der Unmittelbarkeit währenden Form qualitative Unterschiede. Dies wurde u.a. von den Beschwerdekammern festgestellt (z.B. in T 2068/14 für ein ex-parte Verfahren). Unter den Nachteilen, die eine Verhandlung als Videokonferenz gegenüber einer persönlichen Durchführung einer mündlichen Verhandlung hat, sind unter anderem folgende:

a) Fehlende Unmittelbarkeit

Die Argumente werden nicht unmittelbar vorgetragen. Es geht Blickkontakt verloren. Es ist für die Parteien, aber auch für die entscheidende Beschwerdekammer schwieriger, zu erkennen, ob ein Argument oder Hinweis seitens der Beschwerdekammer ausreichend verstanden wurde, oder es weiterer Erläuterung bedarf.

b) Fehlender Kontakt zu anderen Parteien oder Teilnehmern

Der Austausch mit beispielsweise Miteinsprechenden über kurze Blickkontakte geht verloren. Dasselbe gilt auch für die Mitglieder der Kammer.

Hierzu gehört auch, dass sich Parteien einer Seite oder mehrere Personen einer Partei, sofern sie sich nicht gemeinsam in einem Videokonferenzraum befinden, nur unter erheblichem technischen Aufwand während der mündlichen Verhandlung auf Fundstellen im Stand der Technik oder im Streitpatent aufmerksam machen können. Ebenso können sie sich auch nur schwer in den Verhandlungspausen untereinander abstimmen. Bei einer Verhandlung per Videokonferenz würden diese Schwierigkeiten unzweifelhaft zu mehr Verhandlungsunterbrechungen und/oder längeren Pausen führen, was insgesamt den möglichen Vorteil der Effizienz einer Verhandlung per Videokonferenz wieder zunichtemachen würde.

c) Fehlende Möglichkeit der Nutzung von Flipchart und Gestik

Auch bei Erläuterungen des Offenbarungsgehalts anhand von Zeichnungen im Stand der Technik oder im Streitpatent können zwar die Zeichnungen von allen Teilnehmern betrachtet werden, nicht aber die Reaktionen hierauf seitens der Zuhörer.

- d) Fehlende „Zwischentöne“ sowohl bei Parteien als auch bei der Kammer
- e) Leichtere Ermüdung und dadurch Gefahr der mangelnden Aufmerksamkeit bei dauerhaftem Blick auf den Bildschirm
- f) Technische Probleme

Hier ist insbesondere zu nennen, dass die Parteien nicht überprüfen können, ob tatsächlich alles Gesagte auch durch die Videokonferenz-Anlage übertragen wird, oder ob Teile – und sei es nur ein Wort oder ein Satz – nicht übertragen wurden.

Diese Nachteile zeigen, dass eine persönliche und unmittelbare mündliche Verhandlung nach Art. 116 EPÜ nicht vollständig und gleichwertig durch eine bloße Verhandlung als Videokonferenz ersetzt werden kann.

Ähnliche Überlegungen sind auch in den Erläuterungen zum neuen Art. 15a VOBK behandelt. So wird in Ziff. 10 erläutert, dass ein Fairness-Problem dann bestehen kann, wenn eine Partei per Videokonferenz zugeschaltet ist, während eine andere Partei persönlich anwesend ist. Es ist also offensichtlich, dass die beiden Arten der Teilnahme – per Videokonferenz oder persönlich (insofern mündlich nach Art. 116 EPÜ) – nicht dieselbe Qualität haben.

- 3.2 Ergänzend sei hier auf die durchweg zutreffende Kritik inhaltlicher Art verwiesen, die im Brief des „epi“ vom 31. März 2020 an den Präsidenten des EPA zum Ausdruck kommt.¹ Dieser kommt zu ganz ähnlichen Kritikpunkten.

4. Regelungen in der Zivilprozessordnung, Deutschland

In der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO), die das gerichtliche Verfahren regelt, wurde durch eine Gesetzesänderung § 128a ZPO „Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung“ nachträglich eingeführt, der lautet:

„(1) Das Gericht kann den Parteien, ihren Bevollmächtigten und Beiständen auf Antrag oder von Amts wegen gestatten, sich während einer mündlichen Verhandlung an einem anderen Ort aufzuhalten und dort Verfahrenshandlungen vorzunehmen. Die Verhandlung wird zeitgleich in Bild und Ton an diesen Ort und in das Sitzungszimmer übertragen.

(2) Das Gericht kann auf Antrag gestatten, dass sich ein Zeuge, ein Sachverständiger oder eine Partei während einer Vernehmung an einem anderen Ort aufhält. Die Vernehmung wird zeitgleich in Bild und Ton an diesen Ort und in das Sitzungszimmer übertragen. Ist Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen nach Absatz 1 Satz 1 gestattet worden, sich an einem anderen Ort auf-

¹ https://patentepi.org/en/epi/57ee68b3-561e-46db-884a-18f382cd9a03/download/200324_epis%20letter%20to%20EPO%20President_2020%20EQE%20final.pdf

<http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/04/29/opposition-against-epo-plan-to-hold-oral-proceedings-before-examining-divisions-by-videoconference/>

zuhalten, so wird die Vernehmung auch an diesen Ort übertragen.

(3) Die Übertragung wird nicht aufgezeichnet. Entscheidungen nach Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 1 sind unanfechtbar.“

Diese Regelung ist in Deutschland nicht nur vor den Zivilgerichten anwendbar, sondern auch in Patentsachen vor dem Bundespatentgericht (über § 99 Abs. 1 PatG) und dem Bundesgerichtshof. Aus Sicht des deutschen Bundespatentgerichts ist eine solche Vernehmung unter dem Gesichtspunkt der Wahrheitsfindung und dem Gesichtspunkt der Gewährung des rechtlichen Gehörs einer konsularischen Vernehmung oder einer Vernehmung durch einen beauftragten Richter am Sitz der zu vernehmenden Person in der Regel vorzuziehen, nicht aber einer persönlichen, vor Ort stattfindenden Anhörung.²

Nach den Regeln der ZPO bedarf es danach eines Antrags der Partei, sowie der Zustimmung aller Parteien, um eine Verhandlung als Videokonferenz durchführen zu können.

Die Regelung macht auch deutlich, dass lediglich vorgesehen ist, dass das Gericht eine solche Ausnahme gestatten kann, aber nicht anordnet. Das Recht einer Partei, persönlich vor Gericht zu erscheinen, wird nicht angetastet.

In den letzten Monaten sind von den deutschen Gerichten, auch dem Bundesgerichtshof, nach diesen Regeln Verhandlungen als Videokonferenz abgehalten worden.

5. Artikel 116 EPÜ

5.1 Regelungszweck

Die Verfahren vor dem EPA sind im Grundsatz schriftlicher Natur: die Patentanmeldung mit allen Unterlagen ist schriftlich einzureichen. Auch vor den Beschwerdekammern beginnt das Verfahren im Schriftlichen. Eine mündliche Verhandlung muss nicht stattfinden, außer sie ist beantragt. Dann muss sie aber unbedingt stattfinden in einer den Prozessgrundsatz der Unmittelbarkeit wahren Form.

Die mündliche Verhandlung nach Art. 116 EPÜ dient darüber hinaus in besonderem Maße, das rechtliche Gehör nach Art. 113 EPÜ zu gewährleisten. Relevant sind hier auch die weiteren rechtlichen Vorgaben der Mitgliedsstaaten. So ist beispielsweise in Deutschland das rechtliche Gehör in Art. 103 (1) Grundgesetz (GG) als unabdingbares Recht normiert.

Sie ist nicht lediglich opportunes Mittel, diesem Artikel Rechnung zu tragen, sondern originäres und unabdingbares Recht der Parteien.

5.2 Inhalt

Um das rechtliche Gehör zu wahren, muss das Verfahren durch die Abteilung oder Kammer verantwortungsvoll geführt werden. Hierzu gehört eine verantwort-

² CepI/Voß/Nielen, 2. Aufl. 2018, ZPO § 128a Rn. 1-5

liche Leitung und Gestaltung der mündlichen Verhandlung, derart, dass die Beteiligten wirklich mit ihrem Vorbringen zu Wort kommen, und dass ihre Ausführungen von dem entscheidenden Organ auch zumindest zur Kenntnis genommen und berücksichtigt werden.³

So wird in T 209/88 ausgeführt: „Das in Artikel 116 EPÜ festgelegte Recht auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung bildet einen wesentlichen Bestandteil des in Artikel 113 EPÜ verankerten Anspruchs auf ausreichendes rechtliches Gehör. Die Nichtbeachtung eines Antrags auf mündliche Verhandlung nimmt dem betreffenden Beteiligten die Möglichkeit, seine Sache in der von ihm beabsichtigten Weise vorzubringen und zu den entgegenstehenden sachlichen und rechtlichen Gründen bzw. Argumenten im vorgesehenen Umfang Stellung zu nehmen.“ (T 209/88, Rz. 4.3).

Zu dem Zeitpunkt der zitierten Entscheidung waren Verhandlungen per Videokonferenz nur im Ansatz denkbar. Die Aussage, dass der Beteiligte die Möglichkeit haben muss, die Sachen in der von ihm beabsichtigten Weise vorbringen zu können, muss sich aber auch auf Verhandlungen per Videokonferenz beziehen. Wenn ein Beteiligter der Meinung ist, dass er seine Sache besser (i) in Persona vorbringen kann als (ii) per Videokonferenz oder (iii) rein schriftlich, muss ihm dies nach Beantragung einer mündlichen Verhandlung nach Art. 116 EPÜ ohne weitere sachlichen Voraussetzungen gestattet werden.

Hier dürfen keine Hürden eingezogen werden, die sonst in letzter Konsequenz zur Versagung des rechtlichen Gehörs führen könnten. In dem zitierten Fall hat der Verweis der Partei auf den nur zweitbesten Weg (das schriftliche Verfahren) zur Versagung des rechtlichen Gehörs geführt.

5.3 Travaux Préparatoires für Art. 116 EPÜ 1973

Die *Travaux Préparatoires* erkennen an und gehen davon aus, dass das Beschwerdeverfahren ein gerichtsähnliches Verfahren ist.⁴ Es sollte abgegrenzt werden von einer „Anhörung“, die während des Prüfungsverfahrens stattfinden kann.

Dabei ist den *Travaux Préparatoires* zu entnehmen, dass es immer gewollt war, die mündlichen Verhandlungen im Einspruchsverfahren und vor den Beschwerdekammern möglichst einheitlich zu regeln. Sie sollten nach denselben Grundsätzen ablaufen.

Mit einer mündlichen Verhandlung war immer eine Verhandlung gemeint, bei der sich der Spruchkörper und die Parteien in Persona gegenüberstehen in einer den Prozessgrundsatz der Unmittelbarkeit wahren Form. Eine Verhandlung beispielsweise per Telefon war richtigerweise nicht vorgesehen.⁵ Auch in Hinblick auf beispielsweise Art. 103 (1) GG ist dies schlüssig, da sich dieser auf Gerichtsverfahren bezieht. In den weiteren Mitgliedsstaaten existieren ähnliche oder gleichlautende Regelungen.

³ Benkard EPÜ/Schäfers/Unland, 3. Aufl. 2019, EPÜ Art. 113 Rn. 58

⁴ Vgl. z.B. BR/10/69, Rn. 53

⁵ Siehe hierzu auch den Beitrag von Dr. Thorsten Bausch auf dem Kluwer Patent Blog: <http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/11/24/the-epos-ride-from-patentamt-to-oktroybureau/> (erschienen am 24.11.2020)

6. Kritik am neuen Artikel 15a VOBK

Der neue Art. 15a VOBK muss sich in dem Rahmen des Art. 116 EPÜ bewegen und dabei Art. 113(1) EPÜ sowie Art. 103 (1) GG⁶ berücksichtigen. Um diesen hohen Anforderungen gerecht zu werden, sollten sich das EPA und die Beschwerdekammern stets bemühen, das gerichtsähnliche Verfahren bestmöglich zu führen. Es sind – wie oben diskutiert – unter Umständen finale und nicht mehr anfechtbare Entscheidungen über erhebliche Eigentumsrechte zu treffen, die es nicht erlauben, ohne Zustimmung der Beteiligten eine inferiore Verfahrensführung zu wählen.

6.1 Artikel 15a (1) VOBK

Art. 15a (1) VOBK setzt die Durchführung einer Verhandlung als Videokonferenz statt einer mündlichen Verhandlung in das Ermessen der Kammer. Hier besteht nach diesseitiger Auffassung die Gefahr, dass – aus welchen Gründen sei dahingestellt – die Verhandlung als Videokonferenz durchgeführt wird, obwohl die Durchführung der Verhandlung in Persona geboten gewesen wäre und zu einer besseren Entscheidung geführt hätte. Dieser Zustand ist unter Berücksichtigung der Relevanz der Entscheidung und unter Berücksichtigung, dass es den Parteien möglich sein muss, die eigene Sache so vorzubringen, wie es der Beteiligte will, nicht hinnehmbar.

***Wir schlagen vor** und würden es begrüßen, die Durchführung einer Verhandlung als Videokonferenz als weitere (gute) Möglichkeit neben der mündlichen Verhandlung in Persona und dem rein schriftlichen Verfahren zu sehen, und die Durchführung einer Verhandlung als Videokonferenz statt einer Verhandlung in Persona von der Zustimmung der Beteiligten abhängig zu machen.*

Eine Videokonferenz scheint keine mündliche Verhandlung im Sinne des Artikel 116 EPÜ zu sein; sondern eine qualitativ andere (schlechtere) Alternative. Sie sollte daher auch nicht an Stelle einer mündlichen Verhandlung in Persona angeordnet werden, wenn ein Beteiligter eben jene mündliche Verhandlung im Sinne des Artikel 116 EPÜ beantragt hat. Es scheint daher kritisch, ob sich der neue Art. 15a VOBK damit noch im Rahmen des Art. 116 EPÜ bewegt, und bereits deshalb in der jetzigen Form an der Grenze der Zulässigkeit sein könnte.

6.2 Artikel 15a (2) VOBK

Es scheint nach dem Grundsatz der Fairness bereits im Ansatz unmöglich, dass eine Partei per Videokonferenzanlage und die andere in Persona teilnimmt. Nach dem oben Dargelegten bestehen hier bereits qualitative Unterschiede, die nicht ausgeglichen werden können, sodass bei einer solchen Konstellation zwangsläufig ein unfairen Verhandlungsrahmen kodifiziert wäre.

Ob dies hinnehmbar ist oder nicht, vermag sich aber erst nach vollständigem Austausch der Argumente zu zeigen, und nicht vor Durchführung der Verhandlung.

⁶ Und selbstverständlich gleich- oder ähnlich lautende Bestimmungen in weiteren Mitgliedstaaten.

Dieses Bild ist in der Sache auch in T 492/18 zum Thema einer Durchführung einer Verhandlung unter Teilnahme einer Partei in Person und einer anderen Partei per Videokonferenz wiedergegeben. In dem Fall war die Patentinhaberin nicht mit dem Abhalten der mündlichen Verhandlung vor der Beschwerdekammer per Videokonferenz einverstanden, so dass die Verhandlung in persönlicher Anwesenheit aller Parteien stattfinden musste.

Die betreffende Beschwerdekammer hat hierbei allerdings auch den Antrag abgelehnt, einen Vertreter der Patentabteilung der Einsprechenden per Videokonferenz "zuzuschalten", einerseits mit der Begründung, dass die Beschwerdekammer die Kontrolle darüber haben müsse, wer an der Verhandlung teilnimmt, und sicherstellen müsse, dass alle Teilnehmer jeweils gut gesehen und gehört werden können, wobei es auch klar sein müsse, wer an der Verhandlung teilnimmt. Nur unter diesen Bedingungen sah die Beschwerdekammer eine Videokonferenz als äquivalent zu einer Verhandlung in Person an.

Hier kommt sehr deutlich die faktisch etablierte ungleiche Behandlung von Parteien zum Ausdruck, wenn diese in unterschiedlicher Weise an einer Hybrid-Verhandlung teilnehmen. Eine solche Ungleichbehandlung darf allenfalls auf ausdrücklich vorgetragenen Antrag und Zustimmung aller ins Auge gefasst werden, ansonsten wäre zum Gebot des Art. 113 EPÜ eine Ausnahmeregelung geschaffen.

Zusätzlich war die Beschwerdekammer in T 492/18 übrigens der Ansicht, dass die technischen Möglichkeiten der Beschwerdekammern ein Hybrid-Format nicht zulassen. Technische Störungen können weder heute noch in der Zukunft mit allen Folgen einer Ungleichbehandlung der Parteien nicht ausgeschlossen werden – wer stellt zum Beispiel fest, wann die Verhandlung unterbrochen ist bzw. als unterbrochen gilt?

Wir schlagen vor, Art. 15a (2) VOBK so zu ändern, dass diese Situation einer Hybrid-Verhandlung nur zugelassen wird, wenn die per Videokonferenzanlage teilnehmende Partei zustimmt. Das entspräche dem derzeitig vorgesehenen Satz 1 des Art. 15a (2), so dass der zweite Satz zu streichen wäre.

6.3 Artikel 15a (3) VOBK

Wir halten es bei einem gerichtsähnlichen Verfahren, das über starke Eingriffe in das Eigentumsrecht befindet, nicht für sachgerecht und der Relevanz der Beschwerdeentscheidung angemessen, wenn die Mitglieder der Kammer sich kein persönliches und unmittelbares Bild von dem Vortrag der Parteien machen.

Wir schlagen vor, Art. 15a (3) VOBK so zu ändern, dass die Mitglieder der Kammer ebenfalls per Videokonferenzanlage teilnehmen können, wenn alle Parteien per Videokonferenzanlage teilnehmen. Dabei sollten die Mitglieder der Kammer aber untereinander persönlichen Kontakt haben und sich daher physisch und gemeinsam in einem Raum befinden, um den Austausch und die Beratung der Entscheidung in bestmöglicher Weise zu gewährleisten.

7. Weitere Implikationen und mögliche Auswirkungen des Art. 15a VOBK

Sollte der Art. 15a VOBK wie vorgeschlagen eingeführt werden, steht zu befürchten, dass das schriftliche Verfahren unnötig aufgebläht wird, da sich die Beteiligten sorgen, dass Argumente nicht ausreichend gewürdigt und gehört werden könnten. Dies kann einerseits zu einer Verlängerung von Verfahren führen, da mehr und umfangreichere Schriftsätze ausgetauscht werden, als auch zu höheren Kosten bei den Parteien. Beides konterkariert die Bemühungen, durch die Einführung der Videokonferenz auch die Effizienz zu steigern.

Weiterhin steht eine steigende Zahl an Anträgen nach Art. 112a EPÜ zu befürchten, was wiederum den bereits genannten Punkten abträglich wäre. Dies gilt besonders im Hinblick auf die oben aufgeworfene Frage, ob eine Videokonferenz überhaupt eine mündliche Verhandlung im Sinne des Art. 116 EPÜ sein kann. Art 15a VOBK könnte daher eine Änderung jenseits des Art. 116 EPÜ sein, sodass eine über die Kompetenz des Verwaltungsrats hinausgehende Änderung vorläge.

8. Fazit

Wir bitten dringend darum, und raten dazu, die Einführung des Art. 15a VOBK in der vorgeschlagenen Version zu überdenken. Wir begrüßen es sehr, wenn eine abgeänderte Version des Art. 15a VOBK erneut zu Konsultationszwecken veröffentlicht wird. Die Unterzeichner stehen gerne für einen Gedankenaustausch zur Verfügung.

Es sollte amtsseitig bekannt sein, dass eine Videokonferenz – so sehr sie einer Situation „Angesicht zu Angesicht“ unter Übermittlung und ggfs. Wahrnehmung einer Argumentation nahekommen mag – eine kontradiktorische Ausverhandlung und ein Verständnis förderndes rechtliches Abwägen der wichtigen Nuancen nicht für jeden Fall im Sinne eines rechtlichen Gehörs erreicht, de facto nicht erreichen kann. Auch wenn es Fälle geben mag, bei denen eine Videokonferenz einen ausreichenden Austausch ermöglicht, darf sie nicht als rechtliche Norm anstelle der vorgesehenen mündlichen Verhandlung in Persona vorgegeben werden.

Mindestens aber ist es nach diesseitig gefestigter Auffassung deswegen dem Umstand und der Gewichtigkeit der Sache geschuldet, die geplante Einführung eines Art. 15a VOBK mit dem beabsichtigten Zweck, in einer Weise und mit einem Zeithorizont anzugehen, die nicht nur eine Konsultation der betroffenen Kreise, sondern auch eine Mitwirkung dieser möglich macht.

Eine besonnene Vorgehensweise ist nicht nur geboten, um einen breiten Konsens jenseits der Amtsgrenzen zu erzielen, sondern hat sich in der Vergangenheit auch bei der späteren Umsetzung von Vorschriftenänderungen als zuträglich erwiesen.

Wir danken Ihnen Herr Präsident und Ihnen Herr Direktor sowie den Mitglieder*innen des Beschwerdekammerausschusses und den Mitglieder*innen der Beschwerdekammern für die verständnisvolle Würdigung dieser unserer Einwände und Vorschläge beim weiteren Entwurf des Art. 15a VOBK.

gez.

Dr. Julian Eberhardt

Dr. Ludger Eckey

Eisenführ Speiser