



Bundesverband
Deutscher Patentanwälte
Pariser Platz 6a
10117 Berlin

Bundesverband Deutscher Patentanwälte, Pariser Platz 6a, 10117 Berlin

Via E-Mail (EBAamicuscuriae@epo.org)

Europäisches Patentamt
Geschäftsstelle der Großen
Beschwerdekammer
z.Hd. Nicolas Michaleczek

Telefon: +49 (0) 30 88 92 27 90

post@bundesverband-patentanwaelte.de

<https://www.bundesverband-patentanwaelte.de>

25. April 2021

Stellungnahme nach Art. 10(1) VOGBK (amicus curiae) betreffend G 1/21 "Oral proceedings by videoconference"

Sehr geehrte Mitglieder der Großen Beschwerdekammer,

in der oben genannten Sache nimmt der Bundesverband deutscher Patentanwälte e.V (BDPA) gemäß Art. 10 (1) VOGBK wie folgt Stellung:

Der BDPA besteht seit 1974 und repräsentiert auf Basis einer freiwilligen Mitgliedschaft die freiberufliche Patentanwaltschaft in Deutschland, die in der überwiegenden Mehrheit auch zur Vertretung vor dem Europäischen Patentamt berechtigt ist. Nach der Patentanwaltskammer ist der BDPA die größte deutschlandweit organisierte Vereinigung des Berufsstandes. Die deutsche Patentanwaltschaft vertritt in Verfahren vor dem EPA nicht nur zum überwiegenden Teil die Patentanmeldungen, die ihren Ursprung in deutschen Unternehmen haben, sondern auch einen wesentlichen Teil europäischer Patentanmeldungen, die auf Erfindungen im Ausland beruhen und als europäische Nachanmeldungen unter Beanspruchung der Priorität beim EPA eingereicht werden. Gleiches gilt für entsprechende Einspruchsverfahren.

Dies vorausgeschickt regt der BDPA an, die nachstehenden Argumente bei der Prüfung der Vorlagefrage

BDPA – DER PRÄSIDENT: DR. HANS-MARTIN HELWIG

Bundesverband Deutscher Patentanwälte e.V., Sitz: Berlin
eingetragen im Vereinsregister beim Amtsgericht Charlottenburg unter der Nummer VR 36968 B
Vorstand: Dr. Hans-Martin Helwig, Präsident; Jürgen Klinghardt, Schatzmeister, Dr. Guido Flohr, Schriftführer

“Is the conduct of oral proceedings in the form of a videoconference compatible with the right to oral proceedings as enshrined in Article 116 (1) EPC if not all of the parties to the proceedings have given their consent to the conduct of oral proceedings in the form of a videoconference?”

zu berücksichtigen. Im Einzelnen:

1. Der BDPA begrüßt ausdrücklich das Ziel des Europäischen Patentamtes, vor dem Hintergrund der technisch zur Verfügung stehenden Möglichkeiten und der aktuellen Coronavirus-Pandemie dem Rechtsschutzbedürfnis der Beteiligten nachzukommen und hierzu mündliche Verhandlungen auch als Videokonferenzen durchzuführen. Voraussetzung hierfür muss jedoch bleiben, dass alle Verfahrensbeteiligten ihr Einverständnis zur Durchführung der mündlichen Verhandlung als Videokonferenz erklärt haben.
2. Zutreffend hat die mit der Vorlageentscheidung (T 1807/15) befasste Beschwerdekammer (im Folgenden: „die BK“) darauf hingewiesen, dass bei einer Verneinung der Vorlagefrage auch das rechtliche Gehör einer Partei gemäß Art. 113 (1) EPÜ, der das Recht zum persönlichen Erscheinen vor einer Beschwerdekammer verweigert wurde, verletzt wäre. Das Recht auf rechtliches Gehör umfasst auch das Recht einer Partei auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß Art. 116 (1) EPÜ.

Zutreffend hat die BK darauf hingewiesen, dass eine Partei auch gänzlich auf eine Teilnahme an einer mündlichen Verhandlung verzichten kann und demzufolge auch auf ihr Recht verzichten kann, persönlich vor einer BK zu erscheinen und stattdessen dem von einer BK vorgeschlagenen Format einer Videokonferenz zustimmen kann.

Eine Verpflichtung einer Partei, zwingend das Format einer Videokonferenz wählen zu müssen, ist nach Auffassung des BDPA nicht durch das EPÜ gedeckt. Eine nach Regel 12c (2) EPÜ erlassene und gemäß Art. 23 (4) EPÜ vom Verwaltungsrat genehmigte Verfahrensordnung der Beschwerdekammern kann somit als sekundäre Gesetzgebung nicht im Widerspruch zu den Artikeln 113 (1) und 116 (1) EPÜ stehen. Der BDPA sieht den neuen Artikel 15a VOBK aus den nachstehenden rechtlichen und praktischen Gründen als im Widerspruch stehend zu den genannten Regelungen des EPÜ an.

- 2.1. Eine Partei könnte nur dann zur Wahl des Formats einer Videokonferenz für eine mündliche Verhandlung anstelle eines persönlichen Erscheinens gezwungen werden, wenn dies unzweifelhaft durch den Begriff „mündliche Verhandlung“, insbesondere in Art. 116 (1) EPÜ

gedeckt wäre. Dies ist nicht der Fall, wie dies auch die BK in der Vorlageentscheidung an mehreren Stellen zutreffend ausgeführt hat.

Der Gesetzgeber hat bei der Schaffung des EPÜ 1973 ausschließlich das Format einer persönlichen mündlichen Verhandlung vor Augen gehabt. Zu dieser Zeit wäre aus technischen Gründen allenfalls eine Telefonkonferenz möglich gewesen. Dieses Format wurde offensichtlich im EPÜ ausgeschlossen.

Auch in der diplomatischen Konferenz zur Schaffung des EPÜ 2000 fand das Format einer Videokonferenz keinerlei Berücksichtigung, obwohl das EPA bereits begonnen hatte, dieses Format bei Vorliegen der Zustimmung der Partei(en) in die Praxis umzusetzen. Bereits aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass die zwingende Wahl des Formats einer Videokonferenz durch das EPÜ nicht gedeckt ist.

- 2.2. Die zwingende Wahl des Formats einer Videokonferenz könnte nach Auffassung des BDPA im Sinne einer „dynamischen Auslegung“ des EPÜ (G 3/19 GBK) allenfalls dann in Betracht gezogen werden, wenn dieses Format unter Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden technischen Mittel vollkommen und in allen Punkten als gleichwertig mit dem Format einer persönlichen mündlichen Verhandlung gemäß der Bedeutung des Art. 116 (1) EPÜ bei der Schaffung des EPÜ 1973 (und der Novellierung zum EPÜ 2000) anzusehen wäre. Dies ist insbesondere aus den folgenden Gründen nicht der Fall:
 - 2.2.1. Die derzeitigen technischen Mittel zur Durchführung einer Videokonferenz gestatten es weder den Parteien noch einer Beschwerdekammer alle Reaktionen der teilnehmenden Personen, inklusive der Körpersprache, in gleicher Weise wahrzunehmen, wie dies bei einer persönlichen Teilnahme gegeben wäre. Dies gilt, mit reduzierter Bedeutung, auch für die Öffentlichkeit.
 - 2.2.2. Videodaten einer Videokonferenz können unerlaubterweise und mit relativ einfachen technischen Mitteln gespeichert und vervielfältigt werden, auch wenn das Videosystem, das vom EPA verwendet wird, gewisse Vorkehrungen ermöglicht, dies zu unterbinden. Jedenfalls ist das Umgehen dieser technischen Vorkehrungen deutlich einfacher als das unzulässige Aufzeichnen von mündlichen Verhandlungen, die in persona durchgeführt werden.

Es besteht daher ein höheres Risiko, dass sensible Daten einer Partei, inklusive Know-how und Geschäftsgeheimnisse, während der Verhandlung vervielfältigt und Dritten zur Verfügung gestellt werden.

Die Entscheidung in einem Verfahren kann entscheidend von sensiblen Daten einer Partei abhängen, die nicht für die Allgemeinheit bestimmt sind. Dies gilt beispielsweise für Einspruchsverfahren, in denen eine offenkundige Vorbenutzung geltend gemacht wird. Das Format einer Videokonferenz benachteiligt in solchen Fällen die betreffende Partei, auch unter Berücksichtigung des erhöhten Risikos einer unkontrollierbaren Verbreitung solcher sensiblen Daten. Entweder die Partei muss das Risiko einer kaum kontrollierbaren Verbreitung ihrer sensiblen Daten in Kauf nehmen oder sie muss der Videokonferenz fernbleiben. In jedem Fall ist der Partei kein effektiver Schutz ihrer Rechte und ihrer Interessen möglich.

- 2.2.3. Trotz kontinuierlicher Verbesserung der seitens des EPA eingesetzten Videokonferenz-Software Zoom bestehen nach wie vor erhebliche Bedenken hinsichtlich des Datenschutzes. Beispielsweise sieht der Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit in einer aktuellen Mitteilung den Einsatz der Videokonferenz-Software Zoom noch immer mit erheblichen datenschutzrechtlichen Mängeln belastet und stuft Zoom als „rote Ampel“ ein¹.

Die meisten Vertragsstaaten des EPÜ unterliegen der europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO). Die Durchführung von Videokonferenzen vor dem EPA *gegen den Willen* einer Partei stellt diese damit vor ein weiteres Dilemma: Ein Schutz ihrer Rechte und Interessen ist ohne das Risiko eines Bruchs der für sie verbindlich geltenden DS-GVO nicht möglich.

- 2.2.4. Art. 15a VOBK betrifft letztlich auch die geänderten Regeln 117 und 118 EPÜ betreffend die Vernehmung von Beteiligten, Zeugen oder Sachverständigen oder eine Augenscheinseinnahme, zumindest falls eine Vernehmung im Rahmen einer mündlichen Verhandlung stattfindet. Auch in einem solchen Fall bestehen die vorgenannten Risiken einer unkontrollierten Verbreitung von sensiblen Daten. Weiterhin sieht der BDPA hier gravierende Probleme im Zusammenhang mit der zwingend erforderlichen Beurteilung der persönlichen Wirkung eines Zeugen bzw. Sachverständigen. Auch eine zu vermeidende Beeinflussung der Zeugen bei der Beantwortung von Fragen durch nicht im Bild der Kamera sichtbare Personen kann kaum gewährleistet werden.

¹https://www.datenschutz-berlin.de/fileadmin/user_upload/pdf/orientierungshilfen/2021-BInBDI-Hinweise_Berliner_Verantwortliche_zu_Anbietern_Videokonferenz-Dienste.pdf, insb. S. 33 ff.

Der BDPA weist zudem darauf hin, dass eine Beeinflussung von Zeugen auch generell kaum ausgeschlossen werden kann. Beispielsweise kann ein Zeuge den Gang der mündlichen Verhandlung als unerkannter Teilnehmer eine für die Öffentlichkeit bestimmten Video-streams der Verhandlung ohne Weiteres verfolgen. Auch kann der von einer Partei empfangene Videokonferenz-Stream ohne Weiteres auf einen zweiten Rechner, der vom Zeugen eingesehen werden kann, umgeleitet werden. Auch kann das von einer Partei empfangene Monitor-signal auf einen Monitor bei dem Zeugen signaltechnisch gespiegelt werden. Die Spiegelung kann auch auf das Handy eines Zeugen erfolgen. In allen diesen Fällen könnte ein Zeuge oder auch Sachverständiger die Verhandlung verfolgen und seine Aussage entsprechend „anpassen“.

- 2.2.5. Damit kann nach der Auffassung des BDPA das Format einer Videokonferenz nicht als in allen Belangen als gleichwertig mit dem Format einer mündlichen Verhandlung in persona angesehen werden. Vielmehr können sich die Unterschiede zwischen den beiden Formaten erheblich auf den jeweiligen Verfahrensgang auswirken. Dies gilt für den Vortrag der Parteien, für die Wahrnehmung der Reaktion und des Vortrags der jeweils anderen Partei und auch für die Reaktionen und Äußerungen der Mitglieder einer Beschwerdekammer. Weiterhin ist das Format einer Videokonferenz nach der Auffassung des BDPA nicht ohne Weiteres geeignet eine *unmittelbare* und *unvoreingenommene* Zeugenbefragung zu gewährleisten.
3. Art. 125 EPÜ besagt, dass das Europäische Patentamt die in den Vertragsstaaten im Allgemeinen anerkannten Grundsätze des Verfahrensrechts berücksichtigt, soweit das EPÜ Vorschriften über das Verfahren nicht enthält. Regeln zu verpflichtenden Verhandlungen per Videokonferenz enthält das EPÜ nicht. Insofern sei diesbezüglich auf die nationale deutsche Praxis verwiesen. Einschlägig ist hier § 128a ZPO „Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung“. Diese Regelung besagt, dass das Gericht den Parteien, ihren Bevollmächtigten und Beiständen sowie Zeugen und Sachverständigen auf Antrag oder von Amts wegen gestatten kann, sich während der Verhandlung an einem anderen Ort aufzuhalten. Die Verhandlung wird dann zeitgleich in Bild und Ton an diesen Ort und in das Sitzungszimmer übertragen. Das Gericht tagt dabei im Sitzungszimmer und befindet sich selbst an keinem anderen Ort. Allen am Verfahren beteiligten ist dabei auch möglich, der Verhandlung vor Ort, also im Sitzungszimmer, beizuwohnen, da der Aufenthalt an einem anderen Ort ja nur gestattet worden ist. Der BDPA regt an, diese in Deutschland geltende Regelung gemäß Art. 125 EPÜ zu berücksichtigen und von einer verpflichtenden Verhandlung per Videokonferenz ohne Zustimmung der Parteien abzusehen.

4. Zusammenfassend vertritt der BDPA die Auffassung, dass das Format einer Videokonferenz für eine mündliche Verhandlung in geeigneten Fällen mit Zustimmung aller Parteien eine schnelle Rechtsfindung fördern können, insbesondere im Hinblick auf eine Situation, in der in persona Verhandlungen nur unter erschwerten Bedingungen durchgeführt werden können.

Nach der Auffassung des BDPA steht jedoch jegliche Vorschrift im Regelungswerk des EPÜ, die einer Partei das Recht auf ein persönliches Erscheinen vor einer Beschwerdekammer oder einer Abteilung des EPA nimmt, aus den vorstehenden Gründen im Widerspruch zu den Artikeln 116 (1) und 113 (1) EPÜ. Dies gilt insbesondere für den Artikel 15a VOBK als sekundäres Recht, jedoch auch für die neuen Regeln 117, 118 EPÜ.

Der BDPA weist zudem darauf hin, dass eine Praxis, die eine Partei zwingt, auf eine persönliche Teilnahme an einer mündlichen Verhandlung zu verzichten, zu einer gravierenden Beeinträchtigung des Vertrauens der Benutzer des EPÜ gegenüber dem europäischen Patentsystem führen würde.

Auch steht es nach der Auffassung des BDPA zu befürchten, dass Videokonferenzen auch in hierfür nicht geeigneten Fällen *grundsätzlich gegen den Willen der Parteien* angeordnet werden und dies zu einer Beeinträchtigung der Entscheidungsqualität führt. Hierdurch würde das Vertrauens der Benutzer des europäischen Patentsystems ebenfalls beeinträchtigt. Im Sinne eines wirksamen Rechtsschutzes sollten Videokonferenzen nach Auffassung des BDPA grundsätzlich dann durchgeführt werden können, wenn alle Parteien in Kenntnis der damit verbundenen Risiken mit diesem Format einverstanden sind.

Abschließend möchte der BDPA darauf hinweisen, dass die Wahl des Formats einer Videokonferenz für die Durchführung einer mündlichen Verhandlung in der vorliegenden Angelegenheit, ohne das Einholen der Zustimmung der Parteien, befremdlich anmutet und das Ergebnis in gewisser Weise bereits vorwegnimmt. Denn es soll in diesem Verfahren ja gerade über die Zulässigkeit dieser Vorgehensweise bei der Wahl des Formats einer Videokonferenz entschieden werden.

Mit freundlichen Grüßen


Dr. Hans Martin Helwig
Präsident