

FEMIFI

Fédération Européenne des Mandataires
de l'Industrie en Propriété Intellectuelle

Europäischer Verband der
Industrie-Patentanwälte

European Federation of Intellectual
Property Agents in Industry

Established in 1971

FEMIFI c/o Siemens AG, CT IP, Otto-Hahn-Ring 6, 81739 München

Registry of the Enlarged Board of Appeal
Attention of Mr Nicolas Michaleczek

Case: G 1/21

(EBAamicuscuriae@epo.org)

April 23, 2021

Written statement by third party according to Art. 10(1) RPEBA (Rules of Procedure of the Enlarged Board of Appeal) in case G1/21

In the interlocutory decision T 1807/15 of 12 March 2021 the Technical Board of Appeal 3.5.02 referred to the Enlarged Board of Appeal for decision pursuant to Art. 112(1)(a) EPC the following question:

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?

FEMIFI as the European Federation of Intellectual Property Agents in Industry representing IP member organizations all over Europe, would like to deliver the following comments and thoughts:

FEMIFI is of the belief that videoconferencing (VICO) is NOT compatible with the right to oral proceedings. In the following, a number of reasons for our position is spelled out, both based in user surveys and vast EBoA jurisprudence.

Special and careful attention has to be drawn to the fact that the Enlarged Board of Appeal (EBoA) might come to a decision in a composition of members where some members were also involved in the setup of the new Art. 15a RPBA (Rules of Procedure of the Boards of Appeal). Any appearance of a biased decision due to a former contribution and support of the new Art. 15a RPBA of a member of the EBoA might harm the whole European Patent system. Especially there might be a negative influence on the German Federal Constitutional Court in the pending cases for insufficient legal protection at the European Patent Office against decisions of the Boards of Appeal and about the independence of the Boards of Appeal.

The legal discussions of the interlocutory decision T1807/15 construes absolutely convincing the term "oral proceedings" in Art. 116 EPC. The in-depth analysis of the case law of the Boards of Appeal, the literal and systematic interpretation, the review of the

FEMIFI

Fédération Européenne des Mandataires
de l'Industrie en Propriété Intellectuelle

Europäischer Verband der
Industrie-Patentanwälte

European Federation of Intellectual
Property Agents in Industry

Established in 1971

Travaux préparatoires, the teleological interpretation and the analysis of subsequent agreement or practice all come to the unambiguous conclusion that **conducting oral proceedings in the form of a videoconference without the consent of all parties is NOT compatible with the right to oral proceedings as enshrined in Art. 116(1) EPC.**

We strongly object to the view that there might be an equivalence between videoconference and oral proceedings in the traditional format. A perfect example for that would be a hybrid format for oral proceedings, for example one party via videoconference and another party via the traditional format before a Board of Appeal. Undoubtedly, everyone would assume that the party participating “only” via videoconference is disadvantaged compared to the other party. The decision of the Administrative Council (for the BoA through Art. 15a RPBA) or of the President of the EPO (for grant or opposition procedure) to “force” both parties to a videoconference therefore puts them at the same disadvantage. This is in clear contrast to the *legislator's goals*, one of which is undoubtedly *high-quality and efficient proceedings under the EPC* (T1807/15: 5.11.2).

In further support of this position, please find attached to the written statement the

*Legal Opinion of A. Speer (Ass. jur.) / R. Schregle (Ass. jur.),
Corporate and Intellectual Property Law, TUM School of Management
(Chair: Prof. Dr. jur. Christoph Ann, LL.M. (Duke Univ.)), January 29,
2021*

concerning the legality of default videoconferences for oral proceedings.

The legal opinion confirms that videoconferences cannot be considered just another type to be heard but are inferior with respect to oral proceedings in personam (p. 9, par. 1: last sentence). As an intermediate result, the legal opinion finds for the oral proceedings in the format of videoconferences an infringement of the Right to be heard (Art. 113(1) EPC) which might be justified.

During the pandemic COVID-19 situation, especially for oral proceedings before the Boards of Appeal, inferior videoconferences could be justified. After this crisis is over, and we return to “normal” mode, there are severe doubts that default videoconferences without the consent of all parties are lawful with respect to the Right to be heard and with respect to the Right to oral proceedings (Art. 116(1) EPC).

Oral proceedings in the form of videoconferences can be a very suitable option in many cases. This might be, for example, in cases which are not very complex in the subject matter or in cases where a party has a minor importance in a case due to small revenues with the underlying product or service due to the loss of interest in the technology or of the economic interest. Whatever reason, only the involved party can judge and balance its interests. Neither the Boards of Appeal nor the European Patent Office have expertise or insight into this internal information of the parties

In general, the principle of party disposition is well established as part of the Right to be heard (conf. to Case Law of the Boards of Appeal, III.B.3). As already discussed in the interlocutory decision T1807/15, the principle of party disposition also gives every party the choice not to show up at oral proceedings and the choice how to best handle its case.

Summarizing, the parties should have the choice between oral proceedings in the form of a videoconference or for oral proceedings in person. Only the parties are in a position to assess the importance of the case and are solely in the position to decide whether for a specific case taking the risk of oral proceedings held in the form of a videoconference which might cause in an inferior decision.

Precautionary, in the case the Enlarged Board of Appeal would answer the referred question with YES, we would like to point out for the grant or opposition procedure: According to T1142/12, the question of the venue of oral proceedings is a matter of organizational nature which belongs to the management of the Office pursuant to Art. 10(2) EPC. It is doubtful that oral proceedings in the form of a videoconference instead of on the premises of the EPO is just another venue, as the characteristics and the quality of the oral proceedings are influenced directly. Therefore, the decision of a mandatory videoconference without the consent of all parties without the option on the classical procedure is out of the competence of the President and may not be introduced by a Decision of the President.

In the epi survey on Oral Proceedings by Videoconference (epi Information 01/2021, p. 40ff) 70.16% of the European Patent attorneys agreed with the question "*Council considers that, after the Covid-19 pandemic is over, oral proceedings should as a rule be held face-to-face but any party should be free to attend oral proceedings by videoconference, even if the other parties are attending in person.*" BusinessEurope, speaking for all-sized enterprises in 35 European countries whose national business federations are direct members, also unanimously considers that oral proceedings by VICO are acceptable where all parties agree (<https://www.businesseurope.eu/publications/epo-consultation-amendment-rules-procedure-boards-appeal-regarding-oral-proceedings>). The majority of the users of the European Patent system wants to adhere to the practice of oral proceedings held face-to-face after the pandemic situation.

Summing up the above said:

- Mandatory videoconference should be limited to the time of the COVID-19 pandemic situation.
- In ex parte proceedings, the applicant has the control over the proceedings. This encompasses also the choice whether attending oral proceedings in person or via videoconference. This choice should remain in the exclusive discretion of the applicant. She or he is the only person that can judge whether the effort and costs to hold a presence meeting is justified or not.
- In inter partes proceedings, in view of the quality of the decision, it is even more important that face-to-face oral proceedings should remain available to the parties as a default. Whether or not the parties prefer to hold oral proceedings by videoconference should remain their exclusive decision. In the same way as for ex parte proceedings, only the parties are able to judge whether or not the effort and costs to hold presence meeting is justified.

FEMIFI

Fédération Européenne des Mandataires
de l'Industrie en Propriété Intellectuelle

Europäischer Verband der
Industrie-Patentanwälte

European Federation of Intellectual
Property Agents in Industry

Established in 1971

- There is a conflict between a timely decision vs. a high quality of the decision. Under this conflict, FEMIFI clearly positions itself as preferring a high-quality decision.
- The referred question to the Enlarged Board of Appeal should be answered with NO.

As is hopefully clear, strong arguments exist for VICO only taking place when both parties decide that is the best way.

FEMIFI is happy to elaborate on our arguments and recommendations if this is wished.



Beat Weibel

Gutachten

Rechtmäßigkeit der standardmäßigen Durchführung von mündlichen
Verhandlungen als Videokonferenz beim Europäischen Patentamt

Alexandra Speer (Ass. jur.)/ Ronja Schregle (Ass. jur.)

29. Januar 2021

Inhaltsverzeichnis

I.	Ausgangslage.....	2
1.	Prüfungsverfahren.....	2
2.	Einspruchsverfahren	2
3.	Beschwerdeverfahren.....	3
II.	Rechtliche Bewertung	5
1.	Art. 113 Abs.1 EPÜ	5
a)	Inhalt des Rechts auf rechtliches Gehör	5
aa)	Allgemein	5
bb)	Mündliche Verhandlung.....	6
cc)	Unterschiede zwischen Prüfungs-, Einspruchs- und Beschwerdeverfahren	6
b)	Eingriff durch Durchführung als Videokonferenz	7
aa)	„Mündlich“ i.S.v. Art 116 EPÜ.....	7
bb)	Waffengleichheit	8
cc)	Offizieller Charakter der Mündlichen Verhandlung	9
dd)	Technische Probleme	10
ee)	Zwischenergebnis.....	10
c)	Rechtfertigung.....	11
aa)	Zustimmung der Parteien	11
bb)	Mögliche Rechtfertigungsgründe	11
2.	Weitere Verfahrensgrundsätze und -regeln	13
a)	Art. 116 Abs. 3, 4 EPÜ („Öffentlichkeitsgrundsatz“).....	13
aa)	Im Prüfungsverfahren.....	13
bb)	Im Einspruchs- bzw. Beschwerdeverfahren.....	14
b)	Art. 18, 19, 21 und 22 EPÜ („Kollegialsystem“).....	15
c)	Art 6 Abs. 2 EPÜ („Verhandlungsort“).....	16
d)	Verbotene Bild- und Tonaufnahmen.....	17
III.	Fazit.....	18

I. Ausgangslage

Aufgrund der durch das Coronavirus ausgelösten Pandemie sind mündliche Verhandlungen in sämtlichen Gerichtszweigen und Verfahren seit geraumer Zeit nur unter erschwerten Bedingungen oder überhaupt nicht möglich. Das Europäische Patentamt (EPA) hat darauf mit der verstärkten Durchführung von mündlichen Verhandlungen als Videokonferenzen reagiert. Nun soll diese Praxis über Pandemiezeiten hinaus ausgedehnt und zum Standard für mündliche Verhandlungen vor dem EPA und den Beschwerdeammern werden. Die Rechtmäßigkeit dieses Vorhabens wird im Folgenden untersucht.

1. Prüfungsverfahren

Die Durchführung mündlicher Verhandlungen als Videokonferenz ist in Verfahren vor den Prüfungsabteilungen des Europäischen Patentamts keine Neuheit: Bereits seit 1998 haben Anmelder und deren Vertreter die Möglichkeit, Anhörungen und Rücksprachen in Form von Videokonferenzen zu beantragen.¹

Mit Beschluss des Präsidenten des EPA vom 1. April 2020² wurde bekanntgegeben, mündliche Verhandlungen in Prüfungsverfahren künftig standardmäßig – d.h. auch ohne Antrag eines Beteiligten – virtuell durchzuführen.³ Die Zustimmung des Anmelders ist dazu nicht erforderlich. Mündliche Präsenz-Verhandlungen in den Räumlichkeiten des EPA finden nur noch in Ausnahmefällen statt, wenn schwerwiegende Gründe gegen eine Durchführung als Videokonferenz sprechen (so z.B. bei Hörbehinderung des Anmelders bzw. seines Vertreters⁴) oder, wenn eine unmittelbare Beweisaufnahme notwendig ist.⁵

2. Einspruchsverfahren

Infolge der durch das Coronavirus ausgelösten Pandemie startete das EPA am 4. Mai 2020 ein zunächst bis 30. April 2021 befristetes Pilotprojekt, im Zuge dessen alle mündlichen

¹ So wurden 2019 2.345 mündliche Verhandlungen vor den Prüfungsabteilungen des EPA als Videokonferenz durchgeführt, was etwa 13% aller für das Jahr 2019 anberaumten mündlichen Verhandlungen im Prüfungsverfahren entspricht, EPA News vom 19. Mai 2020, abrufbar unter: https://www.epo.org/news-events/news/2020/20200519_de.html (zuletzt aufgerufen am 29. Januar 2021).

² Beschluss des Präsidenten des Europäischen Patentamts vom 1. April 2020 über als Videokonferenz durchgeführte mündliche Verhandlungen vor Prüfungsabteilungen, ABl. EPA 2020, A39.

³ Vgl. Art. 1 Abs. 1 EPA-Beschluss vom 1. April 2020, ABl. EPA 2020, A39.

⁴ Mitteilung des Europäischen Patentamts vom 1. April 2020 über mündliche Verhandlungen und Rücksprachen als Videokonferenz, ABl. EPA 2020, A40.

⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 2 S. 1 EPA-Beschluss vom 1. April 2020, ABl. EPA 2020, A39.

Verhandlungen vor den Einspruchsabteilungen künftig als Videokonferenz stattfinden sollten.⁶ Während die Durchführung virtueller Verhandlungen zu diesem Zeitpunkt zunächst noch von einem Einverständnis der Parteien abhängig war,⁷ wurde das Zustimmungserfordernis mit Beschluss vom 10. November 2020 aufgehoben.⁸ Seit 4. Januar 2021 finden mündliche Einspruchsverhandlungen standardmäßig und ohne Zustimmung der Parteien als Videokonferenz statt.⁹ Ausnahmen sind nur dann möglich, wenn – ebenso wie im Prüfungsverfahren – ernsthafte Gründe gegen eine Durchführung als Videokonferenz sprechen.¹⁰ Verfahren, die notwendigerweise vor Ort und in Person stattfinden müssen, werden unter Verlängerung des Pilotprojekts zunächst bis 15. September 2021 ausgesetzt.¹¹

Begründet wird diese Entscheidung damit, dass in der ersten Phase des Pilotprojekts seitens der Parteien nicht ausreichend von der Möglichkeit Gebrauch gemacht worden sei, mündliche Verhandlungen auf freiwilliger Basis als Videokonferenz durchzuführen.¹² Um dennoch effektiven Zugang zum Recht zu gewährleisten und gleichzeitig eine zu hohe Zahl unerledigter Einsprüche zu vermeiden, sei es schon aus verfahrensökonomischen Gründen unumgänglich, künftig auf eine Zustimmung der Beteiligten zu verzichten.¹³

3. Beschwerdeverfahren

In Verfahren vor den Beschwerdekammern, einschließlich der Großen Beschwerdekammer, entspricht es bereits seit Anfang Mai 2020 gängiger Praxis, mündliche Verhandlungen mit Zustimmung aller Beteiligten in Form von Videokonferenzen durchzuführen.¹⁴ Auch hier soll jedoch künftig auf das Zustimmungserfordernis der Parteien verzichtet werden, wenn die

⁶ Beschluss des Präsidenten des Europäischen Patentamts vom 14. April 2020 über das Pilotprojekt zur Durchführung mündlicher Verhandlungen vor Einspruchsabteilungen als Videokonferenz, ABl. EPA 2020 A41.

⁷ Vgl. Art. 2 Abs. 1 EPA-Beschluss vom 14. April 2020, ABl. EPA 2020 A41.

⁸ Beschluss des Präsidenten des Europäischen Patentamts vom 10. November 2020 über Änderung und Verlängerung des Pilotprojekts zur Durchführung mündlicher Verhandlungen vor Einspruchsabteilungen als Videokonferenz, ABl. EPA 2020, A121.

⁹ Vgl. Art. 1 EPA Beschluss vom 10. November 2020, ABl. EPA 2020, A121.

¹⁰ Vgl. Art 2 Abs. 2 S. 1 EPA-Beschluss vom 10. November 2020, ABl. EPA 2020, A121.

¹¹ Vgl. Art. 1 EPA-Beschluss vom 10. November 2020, ABl. EPA 2020, A121.

¹² EPA News vom 10. November 2020, abrufbar unter: https://www.epo.org/news-events/news/2020/20201110_de.html (zuletzt aufgerufen am 27.01.2021).

¹³ EPA News vom 10. November 2020, abrufbar unter: https://www.epo.org/news-events/news/2020/20201110_de.html (zuletzt aufgerufen am 27.01.2021).

¹⁴ Mitteilung der Beschwerdekammern des Europäischen Patentamts vom 5. Mai 2020, abrufbar unter: https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/communications/2020/20200506_de.html (zuletzt aufgerufen am 29. Januar 2021).

jeweilige Beschwerdekammer dies im konkreten Fall für sachdienlich hält. Zu diesem Zweck wurde seitens der Beschwerdekammern die Einführung eines neuen Art. 15a VOBK vorgeschlagen, der vorbehaltlich seiner Genehmigung durch den Verwaltungsrat gem. Art. 23 Abs. 4 S. 2 EPÜ am 1. April 2021 in Kraft treten und für alle an oder nach diesem Tag anberaumten mündlichen Verhandlungen gelten soll.¹⁵ Der neue Art. 15a VOBK soll wie folgt lauten:

Artikel 15a Als Videokonferenz durchgeführte mündliche Verhandlung

- (1) Die Kammer kann beschließen, die mündliche Verhandlung gemäß Artikel 116 EPÜ auf Antrag eines Beteiligten oder von Amts wegen als Video-Konferenz durchzuführen, wenn sie dies für zweckmäßig erachtet.
- (2) Wird die mündliche Verhandlung in den Räumlichkeiten des Europäischen Patentamts anberaumt, kann es einem Beteiligten, einem Vertreter oder einer Begleitperson auf Antrag gestattet werden, per Videokonferenz teilzunehmen.
- (3) Der Vorsitzende im jeweiligen Beschwerdeverfahren und, mit seinem Einverständnis, jedes andere Mitglied der Kammer im jeweiligen Beschwerdeverfahren können an der mündlichen Verhandlung per Videokonferenz teilnehmen.

Die Beschwerdekammern verweisen allerdings darauf, dass der vorgeschlagene Art. 15a VOBK die seit Mai 2020 bestehende Praxis, mündliche Verhandlungen per Videokonferenz durchzuführen, lediglich kodifiziere.¹⁶ Insofern bestehe auch schon vor dessen voraussichtlichem Inkrafttreten am 1. April 2021 die Möglichkeit, die gängige Praxis hinsichtlich eines Verzichts auf das Zustimmungserfordernis anzupassen.¹⁷ Von dieser Möglichkeit machen die Beschwerdekammern seit 1. Januar 2021 Gebrauch und führen bereits jetzt schon im Einzelfall mündliche Verhandlungen ohne Einverständnis der Beteiligten durch.¹⁸

¹⁵ BOAC/16/20, Erlass einer Änderung der Verfahrensordnung der Beschwerdekammern – neuer Artikel 15a VOBK, II.B.20.

¹⁶ BOAC/16/20, Erlass einer Änderung der Verfahrensordnung der Beschwerdekammern – neuer Artikel 15a VOBK, II. B. 20.

¹⁷ BOAC/16/20, Erlass einer Änderung der Verfahrensordnung der Beschwerdekammern – neuer Artikel 15a VOBK, II. B. 20.

¹⁸ Vgl. Mitteilung der Beschwerdekammern des Europäischen Patentamts vom 15. Dezember 2020, abrufbar unter: https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/communications/2020/20201215_de.html (zuletzt aufgerufen am 29. Januar 2021).

II. Rechtliche Bewertung

Fraglich ist, wie die standardmäßige Durchführung mündlicher Verhandlungen beim EPA und den Beschwerdekammern als Videokonferenz rechtlich zu bewerten ist. Diese Frage stellt sich vor allem im Hinblick auf das Recht auf rechtliches Gehör aus Art. 113 Abs. 1 EPÜ einschließlich dem Recht auf mündliche Verhandlung nach Art. 116 Abs. 1 EPÜ. Zusätzlich wird die Vereinbarkeit mit weiteren Verfahrensgrundsätzen und -regeln überprüft.

1. Art. 113 Abs. 1 EPÜ („Recht auf rechtliches Gehör“)

a) Inhalt des Rechts auf rechtliches Gehör

aa) Allgemein

Das Recht auf rechtliches Gehör nach Art. 113 Abs. 1 EPÜ zählt zu den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen in allen Verfahren vor dem EPA.¹⁹ Es ist ein Verfahrensgrundrecht²⁰ und dient der Sicherstellung eines fairen Verfahrens.²¹ Neben Art. 113 Abs. 1 EPÜ ist das rechtliche Gehör auch in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verankert.²² Art. 113 Abs. 1 EPÜ regelt, dass Entscheidungen des EPA nur auf Gründe gestützt werden dürfen, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten. Zudem gehört zum rechtlichen Gehör, dass die Äußerungen der Beteiligten auch berücksichtigt werden, das heißt auf ihre Entscheidungsrelevanz geprüft werden.²³ Die unterschiedlichen Ausprägungen des rechtlichen Gehörs werden durch weitere Bestimmungen und die Entscheidungen der Beschwerdekammern sowie der Großen Beschwerdekammer konkretisiert.²⁴ Essenziell ist dabei, dass die Gelegenheit zur Stellungnahme in einer den Verfahrensvorschriften entsprechenden, dem Einzelfall angepassten, fairen und transparenten Weise besteht.²⁵

¹⁹ *Bühler* in Singer/Stauder EPÜ, Art. 113 EPÜ, Rn. 3; *Schäfers/Unland* in Benkard EPÜ, Art. 113 EPÜ Rn. 47, 65; *Haertel* in BeckOK Patentrecht, Art. 113 EPÜ, Rn. 1, 6.

²⁰ *Bühler* in Singer/Stauder EPÜ, Art. 113 EPÜ, Rn. 1; *Schäfers/Unland* in Benkard EPÜ, Art. 113 EPÜ Rn. 40; *Haertel* in BeckOK Patentrecht, Art. 113 EPÜ, Rn. 6.

²¹ *Haertel* in BeckOK Patentrecht, Art. 113 EPÜ, Rn. 1.

²² EPA 12. Juli 2000 – G 0003/1998, BeckRS 2000 30479640; *Schäfers/Unland* in Benkard EPÜ, Art. 113 EPÜ Rn. 41; *Bühler* in Singer/Stauder EPÜ, Vor Art. 113-126 EPÜ, Rn. 6.

²³ EPA 1. Juli 2009 – T 1997/08, Egr. 4.3; *Bühler* in Singer/Stauder EPÜ, Art. 113 EPÜ, Rn. 15; *Schäfers/Unland* in Benkard EPÜ, Art. 113 EPÜ Rn. 50 m.w.N.

²⁴ *Haertel* in BeckOK Patentrecht, Art. 113 EPÜ, Rn. 7.

²⁵ *Schäfers/Unland* in Benkard EPÜ, Art. 113 EPÜ Rn. 48.

bb) Mündliche Verhandlung

Eine Ausprägung des rechtlichen Gehörs ist Art. 116 Abs. 1 EPÜ, der das rechtliche Gehör für die mündliche Verhandlung konkretisiert.²⁶ Grundsätzlich werden Verfahren vor dem EPA schriftlich geführt.²⁷ Nach Art. 116 Abs. 1 S. 1 EPÜ findet aber auf Antrag eines Beteiligten oder von Amts wegen, falls es das EPA für sachdienlich hält, eine mündliche Verhandlung statt. Da der Antrag an keinerlei sachliche Voraussetzungen gebunden ist, handelt es sich letztlich um ein Recht auf mündliche Verhandlung.²⁸ Wird ein entsprechender Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht beachtet, stellt dies einen Verstoß gegen das Recht auf rechtliches Gehör dar.²⁹ Dieser kann als schwerwiegender Verfahrensmangel gem. Art. 112a Abs. 2 lit. d), Abs. 5 S. 2 EPÜ i.V.m. Regel 104 lit. a) EPÜAO zur Aufhebung der Entscheidung einer Beschwerdekammer durch die Große Beschwerdekammer führen.³⁰ Art. 116 Abs. 1 EPÜ fordert also eine „qualifizierte Form“³¹ der Gehörsgewährung. Gleichzeitig ist die mündliche Verhandlung nach Art. 116 Abs. 1 EPÜ eine Möglichkeit, das Verfahren zu straffen und zu beschleunigen.³²

cc) Unterschiede zwischen Prüfungs-, Einspruchs- und Beschwerdeverfahren

Wie bereits erwähnt, ist das rechtliche Gehör in allen Verfahren vor dem EPA zu beachten. Eine ganz besondere Rolle spielt es jedoch im Verfahren vor den Einspruchsabteilungen und den Beschwerdekammern: Während im Prüfungsverfahren lediglich eine Entscheidung über die Erteilung des Patents getroffen wird, handelt es sich bei Einspruch und Beschwerde um erst- bzw. zweitinstanzliche Maßnahmen, gegen die Entscheidung der Prüfungsabteilung. Eine Ausprägung des rechtlichen Gehörs, die allein in solchen Inter-partes-Verfahren zum Tragen kommt, ist der Grundsatz der Waffengleichheit.³³ Ihm zufolge müssen die Parteien in

²⁶ EPA 20. Dezember 1989 – T 209/88, BeckRS 1989, 30541277 „wesentliche[r] Bestandteil des in Art. 113 EPÜ verankerten Anspruchs auf ausreichendes rechtliches Gehör“; RL/EPA, E-III 1 „maßgeblicher Aspekt des in Art. 113 verankerten Anspruchs auf rechtliches Gehör“; *Haertel* in BeckOK Patentrecht, Art. 113 EPÜ, Rn. 15; *Bühler* in Singer/Stauder EPÜ, Art. 116 EPÜ, Rn. 2.

²⁷ *Schäfers/Unland* in Benkard EPÜ, Art. 113 EPÜ Rn. 10 ff.

²⁸ *Schäfers/Unland* in Benkard EPÜ, Art. 116 EPÜ Rn. 10.

²⁹ EPA 20. Dezember 1989 – T 209/88, BeckRS 1989, 30541277; *Bühler* in Singer/Stauder EPÜ, Art. 113 EPÜ, Rn. 30; *Schäfers/Unland* in Benkard EPÜ, Art. 113 EPÜ Rn. 56; *Haertel* in BeckOK Patentrecht, Art. 113 EPÜ, Rn. 15.

³⁰ *Schäfers/Unland* in Benkard EPÜ, Art. 116 EPÜ Rn. 16; *Bühler* in Singer/Stauder EPÜ, Art. 116 EPÜ, Rn. 6.

³¹ *Schäfers/Unland* in Benkard EPÜ, Art. 113 EPÜ Rn. 56.

³² *Schäfers/Unland* in Benkard EPÜ, Art. 116 EPÜ Rn. 4.

³³ *Schäfers/Unland* in Benkard EPÜ, Art. 113 EPÜ Rn. 86; *Bühler* in Singer/Stauder EPÜ, Vor Art. 113-126 EPÜ, Rn. 6; Art. 113 EPÜ Rn. 44.

zweiseitigen Verfahren gleiche Äußerungsmöglichkeiten haben und ihre Äußerungen sind gleichermaßen zu berücksichtigen.³⁴ Dieser Aspekt der Gleichbehandlung der Parteien spielt in Prüfungsverfahren keine Rolle. In Einspruchsverfahren verleiht er dem Recht auf rechtliches Gehör jedoch eine „besondere Note“³⁵. Dasselbe gilt für das Beschwerdeverfahren. Dort gilt zudem die Besonderheit, dass gegen die Entscheidungen der Beschwerdekammern keine weiteren Rechtsmittel gegeben sind. Deshalb besteht in Beschwerdeverfahren eine erhöhte Verantwortung, die Gehörsgewährung sicherzustellen.³⁶

b) Eingriff durch Durchführung als Videokonferenz

Fraglich ist, ob die Durchführung der mündlichen Verhandlung als Videokonferenz ein Eingriff in das Recht auf rechtliches Gehör ist, ob sie also die Parteien in ihrem Recht auf rechtliches Gehör betrifft.

aa) „Mündlich“ i.S.v. Art 116 Abs. 1 EPÜ

Art. 116 Abs. 1 EPÜ spricht von einer mündlichen Verhandlung, ohne die Mündlichkeit weiter zu konkretisieren. Folglich ist zu untersuchen, was unter einer mündlichen Verhandlung im Sinne von Art. 116 Abs. 1 EPÜ zu verstehen ist. Nicht zielführend ist dabei allein der Wortlaut, denn „mündlich“ meint in diesem Zusammenhang erkennbar etwas anderes als „durch den Mund“. Maßgeblich ist vielmehr die Funktion der mündlichen Verhandlung in dem grundsätzlich von Schriftlichkeit dominierten Verfahren.

In der Entscheidung *Displaying battery information/PSION* entschied die Beschwerdekammer des EPA, dass die Essenz der mündlichen Verhandlung darin liege, dass die Parteien und ihre Vertreter mit dem Entscheidungsgremium gleichzeitig kommunizieren können.³⁷ Das betont die Funktion der Verfahrensbeschleunigung,³⁸ die der mündlichen Verhandlung innewohnt. Der Kerngehalt einer mündlichen Verhandlung ist jedoch ein anderer, beziehungsweise geht darüber hinaus. Sie soll das Recht auf rechtliches Gehör „zur vollen Entfaltung [...] bringen“.³⁹ Das ist nur dann gegeben, wenn die Möglichkeit zur direkten, menschlichen Kommunikation

³⁴ *Haertel* in BeckOK Patentrecht, Art. 113 EPÜ, Rn. 9, 20.

³⁵ *Schäfers/Unland* in Benkard EPÜ, Art. 113 EPÜ Rn. 84.

³⁶ *Schäfers/Unland* in Benkard EPÜ, Art. 113 EPÜ Rn. 84

³⁷ EPA 30. Juli 2015 – T 2068/14, Egr. 1.2.3.

³⁸ *Schäfers/Unland* in Benkard EPÜ, Art. 116 EPÜ Rn. 4.

³⁹ *Schäfers/Unland* in Benkard EPÜ, Art. 116 EPÜ Rn. 4.

in all ihrer Komplexität besteht. Das umfasst die nonverbale Kommunikation und den direkten Blickkontakt. Auch die Beschwerdekammer des EPA räumt ein, dass eine Videokonferenz direkte Kommunikation nicht in gleicher Weise erlaubt, wie eine Verhandlung von Angesicht zu Angesicht.⁴⁰ Zudem gehört zu einer mündlichen Verhandlung der Aspekt, dass sie im Vergleich zum schriftlichen Verfahren die Möglichkeit zu spontanen Äußerungen bietet. Solche sind bei einer Videokonferenz nur sehr eingeschränkt möglich.⁴¹ Essenzielle Aspekte, die die mündliche Verhandlung gerade zu einer solchen machen, gehen folglich bei der Durchführung als Videokonferenz verloren.

Die Beschwerdekammer des EPA argumentierte in derselben Entscheidung, Art. 116 Abs. 1 EPÜ beinhalte kein Recht auf eine mündliche Verhandlung in einer bestimmten Form.⁴² Der Zusammenhang war im dortigen Fall jedoch der, dass eine Partei die Durchführung der mündlichen Verhandlung als Videokonferenz beantragt hatte und sich in ihrem Recht auf rechtliches Gehör verletzt sah, weil diesem Antrag nicht entsprochen worden war. Die Aussage der Beschwerdekammer in diesem Zusammenhang lässt sich auf den hier untersuchten Zusammenhang nicht ohne Weiteres übertragen. Art. 116 Abs. 1 EPÜ hat traditionell die mündliche Verhandlung in Person im Blick.⁴³ Es ist eine Frage, ob einem Parteiantrag entsprochen werden muss, davon abzuweichen. Mit dieser Frage beschäftigt sich die Beschwerdekammer in der genannten Entscheidung. Eine völlig andere Frage ist die hier untersuchte, ob der Partei die Möglichkeit zur Verhandlung in Person gegen ihren Willen genommen werden kann. Auch, wenn kein Anspruch einer Partei besteht, dass ihrem Parteiantrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung als Videokonferenz entsprochen wird, ist es ein Eingriff in ihr Recht auf rechtliches Gehör, wenn eine solche gegen ihren Willen angeordnet wird.

bb) Waffengleichheit

In Einspruchs- und Beschwerdeverfahren ist die Wahrung der Waffengleichheit zwischen den Parteien sicherzustellen. Werden beide Parteien im Rahmen einer Videokonferenz gehört,

⁴⁰ EPA 30. Juli 2015 – T 2068/14, Egr. 1.2.3.

⁴¹ *Lang/Kaufmann*, Nutzerbefragung zur Änderung der Verfahrensordnung der Beschwerdekammern durch Einfügung eines neuen Artikel 15a (Mündliche Verhandlung als Videokonferenz), 2.c), abrufbar unter: <https://www.bardhle.com/de/ip-news-wissen/kanzlei-news/news-detail/nutzerbefragung-zur-aenderung-der-verfahrensordnung-der-beschwerdekammern-durch-einfuegung-eines-neuen-artikel-15a-muendliche-verhandlung-als-videokonferenz> (zuletzt aufgerufen am 29. Januar 2021).

⁴² EPA 30. Juli 2015 – T 2068/14, Egr. 1.2.5.

⁴³ EPA 30. Juli 2015 – T 2068/14, Egr. 1.2.3.

begründet das für sich genommen keine Bedenken im Hinblick auf deren Waffengleichheit im Verfahren.⁴⁴ Der Gedanke an die Waffengleichheit lässt sich hier aber heranziehen, um zu veranschaulichen, dass die Durchführung der mündlichen Verhandlung als Videokonferenz ein Eingriff in das Recht auf rechtliches Gehör ist. Denn es bestünden sehr wohl Bedenken im Hinblick auf die Waffengleichheit der Parteien, wenn einer Partei die Möglichkeit gegeben würde, persönlich zu erscheinen, während der anderen Partei aufgegeben würde, per Videokonferenz teilzunehmen. Unmittelbar würde man sich fragen, ob beide Parteien dieselben Möglichkeiten haben, das jeweilige Entscheidungsgremium von ihrem Standpunkt zu überzeugen. Die eindeutige Antwort lautet: Nein. Es stünde zu befürchten, dass die Partei, die per Videokonferenz zugeschaltet wird, schlechtere Möglichkeiten hat, das Entscheidungsgremium von ihrem Standpunkt zu überzeugen als die Partei, die ihm persönlich gegenüber treten kann. Andersherum besteht diese Befürchtung nicht. Das persönliche Erscheinen mag sich im Einzelfall negativ auswirken, wenn eine Partei dabei einen schlechten Eindruck hinterlässt. Das liegt dann aber nicht daran, dass sie kein ausreichendes rechtliches Gehör erfahren hat. Die Videokonferenz ist also nicht nur eine andere Art gehört zu werden, sondern eine schlechtere.

cc) Offizieller Charakter der Mündlichen Verhandlung

Ein weiterer Gesichtspunkt ist, dass die mündliche Verhandlung, wird sie als Videokonferenz durchgeführt, einen Teil ihres offiziellen Charakters einbüßt. Die mündliche Verhandlung ist der Höhepunkt des Verfahrens. Dazu gehört ein gewisser offizieller Rahmen.⁴⁵ Dieser offizielle Rahmen zeigt die Bedeutung, die dem Verfahren und den darin geäußerten Belangen der Parteien beigemessen wird. Er verstärkt aus Sicht der Parteien den Eindruck, dass ihre Belange gehört und ernst genommen werden. Das ist Teil ihres Rechts auf rechtliches Gehör. Wird der

⁴⁴ Die Bedenken des European Patent Institute (epi), dass Videokonferenzen zur Diskriminierung derjenigen Partei führen könnten, die einen Vertreter aus einem Mitgliedsstaat mit schlechter oder unzuverlässiger Internetverbindung einsetzt, vgl. Schreiben des epi vom 31.3.2020, Concerns: Oral Proceedings by Video Conference in Examination and Opposition, 1, abrufbar unter: https://patentepi.org/assets/uploads/documents/news/200331_epip%20letter-to-EPO-President_videoconference.pdf (zuletzt aufgerufen am 29. Januar 2021), werden nicht geteilt. Das Herstellen einer Internetverbindung wird in diesem Fall nicht mit größeren Hürden verbunden sein, als die Anreise zum Verhandlungsort. Technischen Verbindungsschwierigkeiten muss im Einzelfall Rechnung getragen werden, s.u.

⁴⁵ *Lang/Kaufmann*, Nutzerbefragung zur Änderung der Verfahrensordnung der Beschwerdekammern durch Einfügung eines neuen Artikel 15a (Mündliche Verhandlung als Videokonferenz), 3.c), abrufbar unter: <https://www.bardehle.com/de/ip-news-wissen/kanzlei-news/news-detail/nutzerbefragung-zur-aenderung-der-verfahrensordnung-der-beschwerdekammern-durch-einfuegung-eines-neuen-artikel-15a-muendliche-verhandlung-als-videokonferenz> (zuletzt aufgerufen am 29. Januar 2021).

offizielle Rahmen gewahrt, erhöht das auch die Wahrscheinlichkeit, dass eine Partei die Entscheidung akzeptiert.⁴⁶ Eine Videokonferenz wahrt diesen offiziellen Rahmen nicht in selber Weise, wie eine persönliche mündliche Verhandlung. Es macht einen Unterschied, ob eine Verhandlung in einem offiziellen Amtsgebäude stattfindet, oder, ob die einzelnen Beteiligten sich von zu Hause oder von ihrem Büro aus zuschalten. Es macht sowohl einen Unterschied hinsichtlich des Eindrucks, den sich die Mitglieder des jeweiligen Entscheidungsgremiums von den Parteien machen können, als auch hinsichtlich des Eindrucks, der berechtigterweise bei den Parteien entsteht. Beides berührt das Recht auf rechtliches Gehör.

dd) Technische Probleme

Letztlich können technische Probleme bei Verbindungsaufbau oder während der Videokonferenz einen Eingriff in das Recht auf rechtliches Gehör darstellen. Treten sie in Interpartes-Verfahren bei nur einer Partei auf, so begründet das gleichzeitig Bedenken im Hinblick auf die Waffengleichheit der Parteien. Beides ist dann allerdings weniger ein Problem der Erlaubnis per Videokonferenz zu verhandeln, sondern vielmehr des Einzelfalls. Für einen solchen Fall muss Vorsorge getroffen werden. Für die mündliche Verhandlung vor den Prüfungsabteilungen, wo die Durchführung als Videokonferenz schon länger vorgesehen ist, geben die Richtlinien für die Prüfung entsprechende Hinweise. RL/EPA, E-III 11.4 regelt, dass, falls sich eine Verbindung nicht herstellen lässt, eine neue Ladung zu einer herkömmlichen mündlichen Verhandlung erfolgen soll. Treten technische Probleme bei der Durchführung der Videokonferenz auf, so weist RL/EPA, E-III 11.4 darauf hin, dass die Durchführung der Videokonferenz möglicherweise gegen das rechtliche Gehör verstoßen könnte und empfiehlt ebenfalls, die Videokonferenz zu beenden und zu einer herkömmlichen mündlichen Verhandlung zu laden. Sie stellt aber auch klar, dass es dem Ermessen der Prüfungsabteilung überlassen ist, stattdessen zu einer weiteren Videokonferenz zu laden.

ee) Zwischenergebnis

Folglich ist die Durchführung der mündlichen Verhandlung als Videokonferenz ein Eingriff in das rechtliche Gehör der Parteien.

⁴⁶ Schreiben des epi vom 31. März 2020, Concerns: Oral Proceedings by Video Conference in Examination and Opposition, 3, abrufbar unter: https://patentepi.org/assets/uploads/documents/news/200331_epi%20letter-to-EPO-President_videoconference.pdf (zuletzt aufgerufen am 29. Januar 2021).

c) Rechtfertigung

Dieser Eingriff kann gerechtfertigt sein. Das wäre der Fall, wenn er sich auf eine rechtmäßige Rechtsgrundlage stützen ließe und diese auch im Einzelfall verhältnismäßig angewendet wird.

aa) Zustimmung der Parteien

Zunächst soll kurz auf den Fall hingewiesen werden, dass beide Parteien der Durchführung der mündlichen Verhandlung als Videokonferenz zustimmen. Eine Partei kann auf ihr Recht auf rechtliches Gehör verzichten.⁴⁷ Erst recht kann sie sich freiwillig in ihrem Recht auf rechtliches Gehör beschränken. Stimmen folglich beide Parteien einer Videokonferenz zu, so kommt das einem übereinstimmenden Verzicht auf die Durchführung der mündlichen Verhandlung in Person, also auf einen Teil ihres rechtlichen Gehörs, gleich und ist unproblematisch möglich.

bb) Mögliche Rechtfertigungsgründe

Soll allerdings wie geplant die Durchführung als Videokonferenz standardmäßig, also ohne oder sogar gegen den Willen der Parteien, möglich werden, müssen andere Gründe den Eingriff in das rechtliche Gehör rechtfertigen. Zieht man hier den Vergleich zum nationalen Recht, so wären mögliche Rechtfertigungsgründe nur solche mit Verfassungsrang, denn Art. 103 Abs. 1 GG unterliegt keinem Gesetzesvorbehalt. Auch, wenn das auf Art. 113 Abs. 1 EPÜ nicht einfach übertragbar ist, gilt doch auch dort, dass es sich beim rechtlichen Gehör um ein besonders wichtiges Verfahrensgrundrecht handelt.⁴⁸ Es ist nur logisch, dass ein solches auch nur bei Vorliegen gewichtiger Gründe eingeschränkt werden kann. Auch unter Art. 6 EMRK ist eine Anhörung Beteiligter per Videokonferenz nur dann möglich, wenn im Einzelfall geprüft wird, ob die Anordnung der Videokonferenz ein berechtigtes Ziel verfolgt. Beispiele für ein berechtigtes Ziel sind im Strafprozess die Gefährdung von Zeugen sowie ein gefährlicher oder auch fluchtgefährdeter Angeklagter.⁴⁹ Das gibt ein erstes Gefühl dafür, welches Gewicht die Gründe haben müssen, aus denen das rechtliche Gehör eingeschränkt werden kann.

⁴⁷ EPA 21. September 1998 – T 0685/1998, Abl. 1999, 346, 351, Egr. 3.3; EPA 28. November 2003 – T 0861/003, BeckRS 2003, 30649986; *Haertel* in BeckOK Patentrecht, Art. 113 EPÜ, Rn. 23.

⁴⁸ *Bühler* in Singer/Stauder EPÜ, Art. 113 EPÜ, Rn. 1 „das in seiner Bedeutung überragendste prozessuale Grundrecht“.

⁴⁹ *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, Art. 6 EMRK Rn. 119 unter Verweis auf EGMR 5. Oktober 2006 – 45106/04, Slg 06-VI, Rn 69 ff. – *Viola/Italien*.

Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung als Videokonferenz geht durchaus mit Vorteilen einher. Die Verhandlung wäre schneller und leichter zugänglich. Dieser Aspekt greift insbesondere, wenn einer oder beiden Parteien durch die Videokonferenz eine lange Anreise zum Verhandlungsort erspart bliebe. Dann sprechen zusätzlich Umweltgesichtspunkte für die Durchführung als Videokonferenz. Auch die Verfahrensökonomie spricht eher für eine Videokonferenz, denn Kosten für Anreise der Parteien und Prozessvertreter zum Verhandlungsort entfallen dadurch.⁵⁰

Einen ganz erheblichen Vorteil der Videokonferenz zeigt aktuell die Pandemiesituation. Ist eine persönliche mündliche Verhandlung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen schlicht nicht durchführbar, ist die Videokonferenz die einzig mögliche Alternative. Einem fairen Verfahren liegt auch das Beschleunigungsgebot zu Grunde, demzufolge die Beteiligten einen Anspruch auf Entscheidung innerhalb einer angemessenen Frist haben.⁵¹ Es handelt sich bei Videokonferenzen in Pandemiezeiten um einen Fall, in dem sich das Recht auf rechtliches Gehör quasi selbst im Weg steht. Wird auch ohne Willen der Parteien im Rahmen einer Videokonferenz verhandelt, greift das in ihr Recht auf rechtliches Gehör ein. Wird nicht in das rechtliche Gehör eingegriffen und stattdessen abgewartet bis persönlich verhandelt werden kann, ist auf unabsehbare Zeit überhaupt keine Verhandlung möglich. Zudem liefe das System ohne Möglichkeit der Videokonferenz Gefahr, durch einen Verfahrensstau funktionsunfähig zu werden. Letzteres in Kombination mit der Situation, dass sich das Recht auf rechtliches Gehör quasi selbst im Weg steht, ist ein gewichtiger Grund, um das rechtliche Gehör einzuschränken. In Pandemiezeiten, wie wir sie gerade erleben, ist es folglich durchaus zulässig eine Regelung zu treffen, der zufolge auch ohne Zustimmung der Parteien mündlich als Videokonferenz verhandelt werden kann.

Trotzdem bestehen gleich zwei Probleme, wenn Art. 15a VOBK künftig vorsehen soll, dass die mündliche Verhandlung immer dann als Videokonferenz durchgeführt werden kann, wenn die Beschwerdekammer das für zweckmäßig erachtet. Erstens ist völlig unklar, welche Voraussetzungen konkret vorliegen müssen, damit die Beschwerdekammer von einer

⁵⁰ Zu den Vorteilen insgesamt siehe auch *Lang/Kaufmann*, Nutzerbefragung zur Änderung der Verfahrensordnung der Beschwerdekammern durch Einfügung eines neuen Artikel 15a (Mündliche Verhandlung als Videokonferenz), 2.a), abrufbar unter: <https://www.bardehle.com/de/ip-news-wissen/kanzlei-news/news-detail/nutzerbefragung-zur-aenderung-der-verfahrensordnung-der-beschwerdekammern-durch-einfuegung-eines-neuen-artikel-15a-muendliche-verhandlung-als-videokonferenz> (zuletzt aufgerufen am 29. Januar 2021).

⁵¹ *Bühler* in Singer/Stauder EPÜ, Vor Art. 113-126 EPÜ, Rn. 8.

Zweckmäßigkeit der Durchführung als Videokonferenz ausgeht.⁵² Für die Parteien ist so nicht vorhersehbar, in welchen Fällen ihr Recht auf rechtliches Gehör eingeschränkt werden soll. Das begründet erhebliche Bedenken an der Rechtmäßigkeit der Regelung. Zweitens ist „Zweckmäßigkeit“ auch eine denkbar niedrige Hürde, um ein solch gewichtiges Recht, wie das Recht auf rechtliches Gehör einzuschränken. Die Norm müsste viel eher klarstellen, dass die Durchführung einer Videokonferenz gegen den Willen der Parteien nur bei Vorliegen besonders gewichtiger Gründe im Einzelfall angeordnet werden kann. Das gilt nicht nur für den geplanten Art. 15a VOBK, sondern für alle Normen, die einen Eingriff in das rechtliche Gehör durch Durchführung einer mündlichen Verhandlung als Videokonferenz vorsehen. Dann wäre ein Eingriff in das rechtliche Gehör auch gerechtfertigt, sofern er im Einzelfall verhältnismäßig ist.

2. Weitere Verfahrensgrundsätze und -regeln

a) Art. 116 Abs. 3, 4 EPÜ („Öffentlichkeitsgrundsatz“)

In Verfahren vor dem EPA existiert kein einheitlicher Öffentlichkeitsgrundsatz. Vielmehr differenziert das EPÜ nach den unterschiedlichen Verfahrensabschnitten und Organen, um deren speziellen Bedürfnissen und Anforderungen gerecht zu werden.⁵³ Bei Durchführung mündlicher Verhandlungen als Videokonferenz bestehen – je nach Verfahrensstadium – erhebliche Bedenken hinsichtlich einer ordnungsgemäßen Beteiligung der Öffentlichkeit.

aa) Im Prüfungsverfahren

Im Rahmen des Prüfungsverfahrens ist besondere Rücksicht auf die Vertraulichkeit noch nicht offengelegter Patentanmeldungen zu nehmen.⁵⁴ Insofern schließt Art. 116 Abs. 3 EPÜ eine Beteiligung der Öffentlichkeit in Verfahren vor den Prüfungsabteilungen ausdrücklich und von

⁵² *Lang/Kaufmann*, Nutzerbefragung zur Änderung der Verfahrensordnung der Beschwerdekammern durch Einfügung eines neuen Artikel 15a (Mündliche Verhandlung als Videokonferenz), 3. f), abrufbar unter: <https://www.bardehle.com/de/ip-news-wissen/kanzlei-news/news-detail/nutzerbefragung-zur-aenderung-der-verfahrensordnung-der-beschwerdekammern-durch-einfuegung-eines-neuen-artikel-15a-muendliche-verhandlung-als-videokonferenz> (zuletzt aufgerufen am 29. Januar 2021).

⁵³ *Schäfers/Unland*, in Benkard EPÜ, Art. 116 Rn. 30.

⁵⁴ Gem. Art. 93 Abs. 1 EPÜ werden Patentanmeldungen regelmäßig erst nach Ablauf von 18 Monaten ab dem Anmelde- bzw. Prioritätstag offengelegt, es sei denn, der Anmelder beantragt die Offenlegung ausdrücklich bereits vor Ablauf dieser Frist.

vorneherein aus.⁵⁵ Damit stellt der Öffentlichkeitsgrundsatz zumindest in diesem Verfahrensabschnitt kein Hindernis für die Durchführung von mündlichen Verhandlungen als Videokonferenz dar.

bb) Im Einspruchs- bzw. Beschwerdeverfahren

Anders verhält es sich im Rahmen mündlicher Verhandlungen im Einspruchs- und Beschwerdeverfahren: Art. 116 Abs. 4 EPÜ legt fest, dass mündliche Verhandlungen in Verfahren vor den Einspruchsabteilungen grundsätzlich öffentlich stattfinden. Gleiches gilt für Verfahren vor den Beschwerdekammern sowie der Großen Beschwerdekammer, soweit die europäische Patentanmeldung zu diesem Zeitpunkt bereits veröffentlicht ist. In Ausnahmefällen kann von einer Beteiligung der Öffentlichkeit abgesehen werden, wenn anderenfalls schwerwiegende und ungerechtfertigte Nachteile für die Verfahrensbeteiligten entstehen könnten. Gemeint sind damit etwa Fälle, in denen ein Beteiligter Geschäftszahlen oder sonstige innerbetriebliche Geheimnisse preisgeben möchte bzw. muss, um seinen Vortrag zu stützen.⁵⁶

Nach aktueller Praxis ermöglicht das EPA eine Teilnahme der Öffentlichkeit an virtuellen mündlichen Verhandlungen in Einspruchs- oder Beschwerdeverfahren per Fernverbindung – entweder in entsprechenden Räumlichkeiten des EPA bzw. der Beschwerdekammern, die der Öffentlichkeit zu diesem Zweck zur Verfügung gestellt werden, oder von jedem beliebigen anderen Ort aus.⁵⁷ Interessierte müssen dazu einen formlosen Teilnahmeantrag beim EPA stellen, in dem die betreffende Verhandlung, der Name des Antragsstellers sowie dessen E-Mail-Adresse anzugeben sind.⁵⁸ Der Antrag muss spätestens drei Arbeitstage vor dem

⁵⁵ Gleiches gilt gem. Art. 116 Abs. 3 EPÜ für Verfahren vor der Eingangsstelle sowie der Rechtsabteilung des EPA, die nicht Gegenstand dieses Gutachtens sind.

⁵⁶ *Cimniak*, in BeckOK Patentrecht, Art. 116 Rn. 64; *Schäfers/Unland*, in Benkard EPÜ, Art. 116 Rn. 32.

⁵⁷ Für Einspruchsverfahren siehe Art. 5 EPA-Beschluss vom 10. November 2020, ABl. EPA 2020, A121; für Beschwerdeverfahren vgl. Mitteilung der Beschwerdekammern des Europäischen Patentamts vom 15. Dezember 2020, abrufbar unter: https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/communications/2020/20201215_de.html (zuletzt aufgerufen am 29. Januar 2020).

⁵⁸ EPA Informationen über den Zugang zu als Videokonferenz durchgeführten mündlichen Verhandlungen, abrufbar unter: https://www.epo.org/applying/online-services/proceedings/public-access_de.html (zuletzt aufgerufen am 29. Januar 2021).

Verhandlungstermin eingereicht werden.⁵⁹ Wird er später eingereicht, ist eine rechtzeitige Bearbeitung und infolgedessen die Teilnahme an der Verhandlung nicht gewährleistet.⁶⁰

Diese Vorgehensweise genügt dem Öffentlichkeitsgrundsatz nach Art. 116 Abs. 4 EPÜ nicht. Eine Teilnahme der Öffentlichkeit muss zu jedem Zeitpunkt der öffentlichen Verhandlung garantiert werden, es sei denn, triftige Gründe sprechen für deren (Teil-)Ausschluss. Administrative Gründe seitens des EPA können dabei keine Rechtfertigung sein, gegen einen derart essenziellen Verfahrensgrundsatz zu verstoßen. Die Ankündigung des EPA, verspätet eingereichte Teilnahmeanträge nicht mehr zu bearbeiten, führt faktisch zu einem nicht hinnehmbaren Ausschluss der Öffentlichkeit vom Verfahren.

Eine Teilnahme an öffentlichen Verhandlungen muss auch kurzfristig und spontan möglich sein. Anderenfalls bestünde die Gefahr, den Öffentlichkeitsgrundsatz, der höherrangig auch in Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 47 Abs. 2 EU-GRCharta verankert ist, zu unterlaufen. Dies könnte im schlimmsten Fall zu einem schwerwiegenden Verfahrensfehler und in der Folge zur Aufhebung der jeweiligen Entscheidung führen.

b) Art. 18, 19, 21 und 22 EPÜ („Kollegialsystem“)

Die Mitglieder der Prüfungs- und Einspruchsabteilungen sowie der Beschwerdekammern, einschließlich der Großen Beschwerdekammern, treffen ihre Entscheidungen grundsätzlich gemeinsam. Dieses sog. „Kollegialsystem“ ist für die einzelnen Verfahrensabschnitte in Art. 18 Abs. 2 S. 1, 19 Abs. 2 S. 1, 21 Abs. 2, 3, 4 sowie 22 Abs. 2 EPÜ fest verankert. Dabei ist essenziell, dass sich alle Mitglieder der Abteilungen bzw. Kammern umfassend mit der Sache sowie den Verfahrensbeteiligten auseinandersetzen und sich über die gewonnenen Erkenntnisse gemeinsam beraten, bevor eine endgültige Entscheidung getroffen wird.

Finden mündliche Verhandlungen in Form von Videokonferenzen statt, ist dies in bestimmten Fällen nur bedingt möglich. Neben den Parteien haben – zumindest nach aktuellem Stand – auch die Abteilungs- bzw. Kammermitglieder die Möglichkeit, von unterschiedlichen Orten aus per Fernverbindung an der mündlichen Verhandlung teilzunehmen. Wird von dieser

⁵⁹ EPA Informationen über den Zugang zu als Videokonferenz durchgeführten mündlichen Verhandlungen, abrufbar unter: https://www.epo.org/applying/online-services/proceedings/public-access_de.html (zuletzt aufgerufen am 29. Januar 2021).

⁶⁰ EPA Informationen über den Zugang zu als Videokonferenz durchgeführten mündlichen Verhandlungen, abrufbar unter: https://www.epo.org/applying/online-services/proceedings/public-access_de.html (zuletzt aufgerufen am 29. Januar 2021).

Möglichkeit Gebrauch gemacht, kann dies dazu führen, dass einige der Mitglieder gemeinsam in den Räumlichkeiten des EPA bzw. der Beschwerdekammern teilnehmen, während sich andere z.B. aus dem Home-Office zuschalten.⁶¹ Dabei besteht die Gefahr, dass letztere weniger intensiv in eine Beratung oder Diskussion einbezogen werden.⁶² Im Ergebnis kann dies dazu führen, dass das im EPÜ fest verankerte Kollegialsystem unterlaufen wird, weil die Entscheidungsfindung von denjenigen Abteilungs- oder Kammermitgliedern dominiert wird, die sich gemeinsam vor Ort befinden.⁶³

Dieses Risiko könnte leicht ausgeräumt werden, indem alle Mitglieder der Prüfungs- und Einspruchsabteilungen sowie der Beschwerdekammern dazu verpflichtet werden, sich gemeinsam aus derselben Räumlichkeit, also z.B. dem Sitzungssaal oder einem Beratungszimmer, zuschalten.

c) Art 6 Abs. 2 EPÜ („Verhandlungsort“)

Werden mündliche Verhandlungen als Videokonferenzen durchgeführt, finden diese nicht an einem tatsächlich greifbaren Standort statt. Vielmehr handelt es sich um einen rein virtuellen Verhandlungsort im World Wide Web. Ein solcher ist im EPÜ – zumindest bisher – nicht vorgesehen und damit unstatthaft, wenn er gegen Art. 6 Abs. 2 EPÜ verstößt. Denn Ausprägung des rechtlichen Gehörs nach Art. 113 Abs. 1 EPÜ ist nicht nur, überhaupt gehört zu werden, sondern auch am richtigen Verhandlungsort.⁶⁴ Wird für eine mündliche Verhandlung ein völlig unüblicher Ort gewählt, kann dies bei den Verfahrensbeteiligten den Eindruck erwecken, die Abteilungen bzw. Kammern wären nicht dazu bereit, sich angemessen

⁶¹ Zu dieser Problematik vgl. Stellungnahme der Patentanwaltskammer zu mündlichen Verhandlungen per Videokonferenz im EPA, abrufbar unter: https://www.patentanwalt.de/files/pak/pdf/kammer/stellungnahmen/4_2020_Stellungnahme_1.pdf (zuletzt aufgerufen am 29. Januar 2021).

⁶² Vgl. dazu auch Stellungnahme der Patentanwaltskammer zu mündlichen Verhandlungen per Videokonferenz im EPA, abrufbar unter: https://www.patentanwalt.de/files/pak/pdf/kammer/stellungnahmen/4_2020_Stellungnahme_1.pdf (zuletzt aufgerufen am 29. Januar 2021).

⁶³ Vgl. dazu auch Stellungnahme der Patentanwaltskammer zu mündlichen Verhandlungen per Videokonferenz im EPA, abrufbar unter: https://www.patentanwalt.de/files/pak/pdf/kammer/stellungnahmen/4_2020_Stellungnahme_1.pdf (zuletzt aufgerufen am 29. Januar 2021).

⁶⁴ EPA 16. Juli 2019 – G 0002/19 Egr. III.2.

mit der Sache zu befassen.⁶⁵ Dies würde in der Folge zu einer Beeinträchtigung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führen und einen Verfahrensfehler nach sich ziehen.⁶⁶

Der Sitz des EPA befindet sich gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 EPÜ in München, Verhandlungsort der Beschwerdekammern ist Haar.⁶⁷ Das EPA hat außerdem eine Zweigstelle in Den Haag, Art. 6 Abs. 2 S. 2 EPÜ. Finden mündliche Verhandlungen in virtuellen Verhandlungsräumen statt, begründet dies jedoch per se noch keinen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 EPÜ. Der Verhandlungsort ist angesichts der aktuellen Umstände, mittlerweile gängiger Praxis sowie aus Gründen fortschreitender Digitalisierung nicht so unüblich, dass daraus automatisch ein Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 113 Abs. 1 EPÜ resultiert. Etwas anderes könnte sich nur dann ergeben, wenn weitere belastende Umstände hinzukommen, wie z.B. eine komplett aus dem Rahmen fallende Terminierung der Verhandlung oder etwa völlig unübliche Software zur Teilnahme an der jeweiligen Videokonferenz.

Im Ergebnis muss daher im Einzelfall geprüft werden, ob eine Durchführung der mündlichen Verhandlung als Videokonferenz die Rechte der Verfahrensbeteiligten tangiert und die Verhandlung deshalb vor Ort und in Person durchgeführt werden muss. Zu diesem Zweck steht den Parteien in allen Verfahrensabschnitten die Möglichkeit offen, eine Durchführung in den Räumlichkeiten des EPA bzw. der Beschwerdekammern zu beantragen.⁶⁸

d) Verbotene Bild- und Tonaufnahmen

Grundsätzlich ist es in allen Verfahrensabschnitten verboten, Bild- oder Tonaufnahmen mündlicher Verhandlungen anzufertigen.⁶⁹ Dies gilt auch für mündliche Verhandlungen, die in Form von Videokonferenzen durchgeführt werden. Da zumindest die Öffentlichkeit bei Vorliegen triftiger Gründe gem. Art. 116 Abs. 4 EPÜ vom Verfahren (teil-)ausgeschlossen

⁶⁵ EPA 16. Juli 2019 – G 0002/19, Egr. C.III.1.

⁶⁶ Siehe dazu II. 1. a) bb).

⁶⁷ Diese Frage wurde abschließend durch die Entscheidung der Großen Beschwerdekammer EPA 16. Juli 2019 – G 0002/19, Egr. C.III.1.ff. geklärt.

⁶⁸ Vgl. für das Prüfungsverfahren: Art. 1 Abs. 2 Beschluss des Präsidenten des Europäischen Patentamts vom 17. Dezember 2020 über als Videokonferenz durchgeführte mündliche Verhandlungen vor Prüfungsabteilungen, ABl. EPA 2020, A134; vgl. für das Einspruchsverfahren: Art. 2 Abs. 2 EPA Beschluss vom 10. November 2020, ABl. EPA 2020, A121; vgl. für das Beschwerdeverfahren: Mitteilung der Beschwerdekammern des Europäischen Patentamts vom 15. Dezember 2020, abrufbar unter: https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/communications/2020/20201215_de.html (zuletzt aufgerufen am 29. Januar 2021).

⁶⁹ EPA Informationen über den Zugang zu als Videokonferenz durchgeführten mündlichen Verhandlungen, abrufbar unter: https://www.epo.org/applying/online-services/proceedings/public-access_de.html (zuletzt aufgerufen am 29. Januar 2021).

werden kann,⁷⁰ betrifft diese Problematik vor allem heimliche Bild- und Tonaufnahmen durch die Gegenpartei. Werden Geschäftsgeheimnisse vorgetragen, besteht die Gefahr, dass die Gegenpartei diese für die eigene Verwendung verewigt oder an die Öffentlichkeit trägt. Völlig unklar ist, wie derartige Aufnahmen gerade in Zeiten von Smartphones tatsächlich und effektiv verhindert werden sollen, zumal Verstöße in der Praxis kaum nachweisbar sein werden.

III. Fazit

Eine standardmäßige Durchführung mündlicher Verhandlungen als Videokonferenz beim EPA ist zumindest in Verfahren vor den Prüfungsabteilungen auch ohne Zustimmung der Beteiligten möglich. Für Verfahren vor den Einspruchsabteilungen und Beschwerdekammern, einschließlich der Großen Beschwerdekammer bestehen bei standardmäßiger Durchführung virtueller Verhandlungen ohne Zustimmung der Parteien hingegen erhebliche Bedenken im Hinblick auf das Recht auf rechtliches Gehör, Art. 113 Abs. 1 EPÜ sowie das Recht auf mündliche Verhandlung, Art. 116 Abs. 1 EPÜ. Ein Verzicht auf das Zustimmungserfordernis der Parteien ist nur möglich, wenn äußerst gewichtige Gründe für eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs sprechen. Das ist in Zeiten einer weltweiten Pandemie der Fall. Im Übrigen sind auch die Wahrung des Kollegialsystems, die ordnungsgemäße Beteiligung der Öffentlichkeit nach Art.116 Abs. 4 EPÜ und der effektive Geheimnisschutz in Einspruchs- und Beschwerdeverfahren bislang nicht ausreichend sichergestellt.

⁷⁰ Dazu unter II. 2. a) bb).