



An das  
Europäische Patentamt  
Geschäftsstelle der Großen Beschwerdekammer  
Herrn Nicolas Michaleczek  
80298 München

Per E-Mail an: EBAamicuscuriae@epo.org

27.04.2021

## **Vorlage G1/21 an die Große Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts**

### **Stellungnahme der Patentanwaltskammer gemäß Art. 10 (1) der Verfahrensordnung der Großen Beschwerdekammer**

#### **EXECUTIVE SUMMARY**

The position of the Patentanwaltskammer regarding the referral questions can be summarized as follows:

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?*

Conducting oral proceedings in the form a videoconference without the consent of all parties to the proceedings does not comply with the interpretation of the member states of Art. 116 (1) EPC of the term “oral proceedings” when applying their principles of procedural law. If such a way of conducting oral proceedings were to be

established, it would be up to the legislator to provide corresponding statutory law in the European Patent Convention. Using merely secondary legislation as a basis for requiring parties to conduct oral proceedings as a videoconference without their consent constitutes a violation of the parties' right to be heard, irrespective of whether the new Art. 15a RPBA will be enacted by the Administrative Council.

As a result, the answer to the question should be NO.

## **I. Die Vorlageentscheidung**

Die Beschwerdekammer 3.5.02 des Europäischen Patentamts hat der Großen Beschwerdekammer gemäß Art. 112 (1) a) EPÜ eine Rechtsfrage vorgelegt, die die Vereinbarkeit der Durchführung einer mündlichen Verhandlung als Videokonferenz mit Art. 116 (1) EPÜ betreffen. Das Verfahren ist unter dem Aktenzeichen G 1/21 anhängig.

Die Vorlagefrage lautet:

*Ist die Durchführung einer mündlichen Verhandlung in Form einer Videokonferenz vereinbar mit dem Recht auf eine mündliche Verhandlung, wie es in Artikel 116 (1) EPÜ vorgesehen ist, wenn nicht alle Verfahrensbeteiligten ihre Zustimmung zur Durchführung der mündlichen Verhandlung in Form einer Videokonferenz erteilt haben?*

## **II. Zur Vorlagefrage**

1. Nach Auffassung der Patentanwaltskammer sollte die Vorlagefrage wie nachfolgend dargelegt beantwortet werden.
2. Bis zur Mitteilung des Europäischen Patentamtes vom 1. April 2020 betreffend die Durchführung von mündlichen Verhandlungen und Rücksprachen als Videokonferenz lag es für einseitige Verfahren im Ermessen des Spruchkörpers,

einem Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung als Videokonferenz stattzugeben<sup>1</sup>. Durch die genannte Mitteilung hat sich die Situation grundlegend geändert: nunmehr sind mit Ausnahme von Einspruchsverfahren alle mündlichen Verhandlungen grundsätzlich als Videokonferenz durchzuführen; ein Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung in den Räumlichkeiten des EPA kann nur auf "ernsthafte" Gründe gestützt werden, die vom jeweiligen Spruchkörper restriktiv zu handhaben sind<sup>2</sup> und in der Praxis auch restriktiv gehandhabt werden. Diese Regelung wurde zeitlich nicht begrenzt und Vertreter des Europäischen Patentamts haben mehrfach bekräftigt (zuletzt während des EPO User Day am 19./20.04.2021), diese Regelung auch nach dem Ende der durch das Coronavirus bedingten Situation beibehalten zu wollen und darauf verwiesen, dass zwischenzeitlich sogar Beweisaufnahmen per Videokonferenz durchgeführt werden. Die diesbezügliche Praxis der Beschwerdekammern weicht von der der ersten Instanz insoweit ab, als auch einseitige Verfahren nur auf Antrag der Partei als Videokonferenz durchgeführt werden, wobei die Entscheidung über einen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung als Videokonferenz dem Ermessen der Beschwerdekammer vorbehalten bleibt und (im zweiseitigen Verfahren) das Einverständnis aller Parteien erforderlich ist. Beide Situationen können rechtliche Belange der Beteiligten beeinträchtigen. So ist weithin anerkannt, dass ein persönlicher Vortrag der Beteiligten in der mündlichen Verhandlung insbesondere aus psychologischen Gründen überzeugender wirken kann als derselbe Vortrag während einer Videokonferenz. Auch kann sich der persönliche Eindruck von dem Spruchkörper und anderen Beteiligten verfahrensleitend auswirken. Diese Wirkung ist bei Durchführung einer mündlichen Verhandlung als Videokonferenz, wenn überhaupt, nur eingeschränkt gegeben. Dies wird besonders deutlich, wenn man sich die Situation einer "hybriden" mündlichen Verhandlung vor Augen führt, bei der eine Partei und der Spruchkörper am Verhandlungsort präsent sind und die andere Partei per Videokonferenz teilnimmt. An diesem Beispiel ist erkennbar ohne dass es näherer Ausführungen bedarf, dass die Teilnahme an einer mündlichen

---

<sup>1</sup> vgl. Aktualisierte Mitteilung des Europäischen Patentamts vom 15. November 2018 über die Durchführung von Rücksprachen und mündlichen Verhandlungen als Videokonferenz, ABl. EPA 2018, A96

<sup>2</sup> vgl. Mitteilung des Europäischen Patentamts vom 1. April 2020 über mündliche Verhandlungen und Rücksprachen als Videokonferenz, ABl. EPA 2020, A40, Nr. 3

Verhandlung per Videokonferenz qualitativ nicht ansatzweise an eine in Präsenz durchgeführte mündliche Verhandlung heranreicht.

3. Das EPÜ kennt keine Vorschriften zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung als Videokonferenz. Im Gegensatz dazu hat das deutsche Zivilverfahrensrecht in § 128a ZPO die Möglichkeit einer mündlichen Gerichtsverhandlung als Videokonferenz normiert. Im britischen Recht wurde diesbezüglich eine ausdrückliche Regelung in Schedule 26 des Coronavirus 2020 Act getroffen. Dies ist ein Indiz dafür, dass die verfahrensrechtlichen Grundsätze der EPÜ-Mitgliedstaaten eine ausdrückliche Normierung dieser Möglichkeit verlangen. Mithin ist in Übereinstimmung mit der in Punkt 5.10.1 (letzter Absatz) der Gründe der Vorlageentscheidung geäußerten Auffassung der vorlegenden Beschwerdekammer davon auszugehen, dass Art. 116 EPÜ die Durchführung einer mündlichen Verhandlung als Videokonferenz nicht deckt. Auch die Ausführungsordnung zum EPÜ schweigt hierüber. Es darf nicht vergessen werden, dass der Anmelder bzw. Einsprechende mit seiner Entscheidung über die Verfahrenseinleitung Herr des Verfahrens vor dem EPA ist und ein Beteiligter im Gegensatz zum Europäischen Patentamt stets von den Maßnahmen des Amtes rechtlich betroffen sein kann, so dass ihm die schwerwiegende Entscheidung über die Durchführung einer mündlichen Verhandlung als Videokonferenz grundsätzlich vorbehalten sein sollte. Die Patentanwaltskammer folgt der Feststellung unter Punkt 5.10.1 (letzter Absatz) der Gründe der Vorlageentscheidung, dass die neue Praxis des EPA in Bezug auf die Durchführung mündlicher Verhandlungen als Videokonferenz nicht die Praxis aller Mitgliedsstaaten betreffend die Auslegung des EPÜ widerspiegelt.
  
4. Ebenfalls schließt sich die Patentanwaltskammer den in Punkten 5.7, 5.8.7, 5.9.3 (letzter Satz) und 5.11.5 der Gründe der Vorlageentscheidung geäußerten Bemerkungen der vorlegenden Beschwerdekammer an, denen zufolge der Begriff „mündliche Verhandlung“, wie er von Art. 116 (1) EPÜ verwendet wird, eine mündliche Verhandlung in physischer Präsenz im Sitzungssaal meine und dass eine Regelung der Durchführung mündlicher Verhandlungen als Videokonferenz in einem zum EPÜ nachrangigen Regelwerk nicht rechtmäßig sein könne. Vielmehr wäre hier der Gesetzgeber gefordert, eine entsprechende

Regelung im EPÜ zu treffen, denn eine grundsätzliche Einschränkung der vom Gesetzgeber gewährten prozessualen Grundrechte (vgl. T 1807/15, Gründe Nr. 3.7) der Verfahrensbeteiligten darf nicht durch ein nachrangiges Regelwerk oder die Rechtsprechung der Beschwerdekammern erfolgen.

5. In diesem Zusammenhang weisen wir auf die Praxis deutscher Gerichte hin, die auch während der Corona-Pandemie mündliche Verhandlungen mit persönlichem Erscheinen der Parteien bei Einhaltung der üblichen Hygienemaßnahmen wie Einhaltung von Abstandsregeln und Raumbelüftung sowie Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung im Gerichtsgebäude durchführen. Während der Verhandlung selbst bleibt die Verpflichtung zum Tragen der Mund-Nasen-Bedeckung dem sitzungspolizeilichen Ermessen des Vorsitzenden überlassen. Die Öffentlichkeit der Verhandlung kann unter Wahrung der Abstandsregeln durch Audio-/Videoübertragung in einen getrennten Raum oder über das Internet erreicht werden.
  
6. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst, dass es im Ermessen des Verfahrensbeteiligten liegt, auf welche Weise er sich zu den Gründen für eine Entscheidung des EPA äußert. Wenn dem Verfahrensbeteiligten die Mittel und Wege zur Äußerung beschnitten werden, so führt dies zu einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Zur Veranschaulichung möglicher Probleme in diesem Zusammenhang sei auf die Gefahr einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bei Durchführung einer mündlichen Verhandlung als Videokonferenz auf folgendes Beispiel hingewiesen: Ein Grund für einen Antrag eines Verfahrensbeteiligten auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung kann darin liegen, dass er ein Anschauungsobjekt, z.B. einen Prototypen, der die beanspruchte Erfindung darstellt, vorführen oder komplexe technische Sachverhalte mit graphischer Unterstützung, z.B. am Flipchart, erläutern möchte. Diese Möglichkeiten würden ihm genommen werden, wenn infolge seines Antrags ohne seine Zustimmung die Durchführung der mündlichen Verhandlung als Videokonferenz verfügt werden würde. Damit liefe der Antrag des Verfahrensbeteiligten ins Leere, was zu einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäß Art. 113 (1) EPÜ führen würde, da der begründete Antrag von vornherein aussichtslos wäre.

7. Zu den Ausführungen der vorlegenden Beschwerdekammer unter Punkt 2.1 der Gründe der Vorlageentscheidung betreffend Art. 15a VOBK ist folgendes anzumerken. In Abschnitt B.22 der Beschlussfassung zur Vorlage des neuen Art. 15a VOBK an den Verwaltungsrat, welche vom Präsidenten der Beschwerdekammern stammt (Dokument CA/5/21), heißt es: „Wie in BOAC/16/20 erwähnt, beabsichtigt der Beschwerdekammerausschuss, die Erfahrungen mit dem Einsatz von Videokonferenztechnik in mündlichen Verhandlungen vor den Beschwerdekammern zu evaluieren. Es ist vorgesehen, diese Evaluierung spätestens 18 Monate nach dem Inkrafttreten des vorgeschlagenen neuen Artikels 15a VOBK zu veranlassen. Die Nutzergemeinde wird auch dazu befragt werden, wie die neue Bestimmung in der Praxis funktioniert.“ Gerade bei letztinstanzlichen Entscheidungen erscheint es im Hinblick auf die Gewährung des rechtlichen Gehöres fragwürdig, eine ein prozessuales Grundrecht tangierende Änderung der Verfahrensordnung vorzunehmen und erst im Nachhinein zu evaluieren, anstatt mündliche Verhandlungen zunächst mit freiwilliger Zustimmung der Verfahrensbeteiligten durchzuführen, um so die - offensichtlich auch aus Sicht der Beschlussfassung - erforderlichen Erfahrungen zu sammeln. Die verspätete Durchführung der Evaluierung könnte den neuen Art. 15a VOBK zumindest vorübergehend dem Vorwurf aussetzen, ein prozessuales Grundrecht, nämlich den Anspruch auf rechtliches Gehör, zu verletzen, da seine Erforderlichkeit nicht vor seiner Einführung nachgewiesen wurde. Das heißt mit anderen Worten, dass auch die Einführung des neuen Art. 15a VOBK nicht von der Sichtweise wegführen kann, dass eine Durchführung einer mündlichen Verhandlung als Videokonferenz ohne Zustimmung aller Verfahrensbeteiligten zu einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt.
8. Das EPA sollte daher – im Gegensatz zur gegenwärtigen Praxis - verpflichtet sein, eine mündliche Verhandlung mit persönlichem Erscheinen in den Räumlichkeiten des EPA durchzuführen, wenn nicht alle Verfahrensbeteiligten der Durchführung der mündlichen Verhandlung als Videokonferenz zustimmen.
9. Die Vorlagefrage sollte in diesem Sinne mit NEIN beantwortet werden.

### III. Zur Besetzung der Großen Beschwerdekammer

10. Der Vorsitzende der hier erkennenden Großen Beschwerdekammer, Herr Carl Josefsson, teilte in seiner Funktion als Präsident der Beschwerdekammern gemäß Dokument BOAC/16/20 vom 10. Dezember 2020 der Öffentlichkeit seinen Vorschlag mit, den neuen Art. 15a VOBK einzuführen, der es in das Ermessen einer Beschwerdekammer stellt, ob eine mündliche Verhandlung als Videokonferenz durchgeführt wird. Dies greift der Beantwortung der Vorlagefrage durch die Große Beschwerdekammer vor. Der Vorsitzende hat ein persönliches Interesse daran, dass die Beantwortung der Vorlagefrage seinen eigenen Vorschlag betreffend den neuen Art. 15a VOBK nicht entwertet. Der Vorsitzende kann daher nicht unvoreingenommen und unparteiisch über die Beantwortung der Vorlagefrage entscheiden. Der Vorsitzende ist daher gemäß Art. 24 (1) EPÜ gehindert, an der Erledigung der Sache G 1/21 als Mitglied der Großen Beschwerdekammer mitzuwirken. Jedenfalls könnte er aus vorgenannten Gründen gemäß Art. 24 (3) S. 1 EPÜ wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden. Diesbezüglich wird darauf hingewiesen, dass es für die Begründetheit einer solchen Ablehnung nicht darauf ankommt, ob das betreffende Mitglied der Großen Beschwerdekammer tatsächlich befangen ist – allein die Besorgnis der Befangenheit genügt, um die Ablehnung zu begründen.



Dr. Christof Keussen  
Vizepräsident



Richard Bennett, LL.M.  
Vorsitzender des Ausschusses für den  
Schutz von Computersoftware