

Sind mündliche Verhandlungen mittels Videokonferenz vor dem EPA das neue Normal (G1/21)?

Darf eine mündliche Verhandlung auch ohne Zustimmung aller Parteien per Videokonferenz durchgeführt werden?

Mittels Videokonferenz durchgeführte mündliche Verhandlungen sind zwar mit dem Europäischen Patentübereinkommen vereinbar, aber sie sind dennoch nicht gleichwertig zu vor Ort durchgeführten mündlichen Verhandlungen – dies ist eine mögliche Schlussfolgerung aus der jüngsten Entscheidung der Grossen Beschwerdekammer G 1/21. Doch was bedeutet das konkret für mündliche Verhandlungen vor den Beschwerdekammern des Europäischen Patentamts? Ist die Zustimmung aller Parteien erforderlich, um eine mündliche Verhandlung mittels Videokonferenz durchzuführen? Die G 1/21 gibt einige klare Antworten, lässt aber zugleich wichtige Fragen unbeantwortet.

Les procédures orales par visioconférence sont certes compatibles avec la Convention européenne des brevets, mais elles ne sont pas équivalentes aux procédures orales sur place – c'est une conclusion possible que l'on peut tirer de la récente décision de la Grande Chambre de recours G 1/21. Toutefois, on peut s'interroger sur la signification concrète de cette décision pour les procédures orales traitées devant les chambres de recours de l'Office européen des brevets: l'accord de toutes les parties est-il nécessaire pour organiser une procédure orale par visioconférence? La décision G 1/21 apporte quelques réponses claires à ce sujet, tout en laissant ouvertes plusieurs questions importantes.

I. Hintergrund der Entscheidung

1. Mündliche Verhandlungen mittels Videokonferenz vor dem Europäischen Patentamt zu Zeiten der Covid-19 Pandemie

Bereits 1998 ermöglichte das Europäische Patentamt (EPA) die Durchführung mündlicher Verhandlungen als Videokonferenz.¹ Diese Möglichkeit war bis Mai 2020 allerdings auf Rücksprachen und mündliche Verhandlungen vor Prüfungsabteilungen beschränkt, also auf einseitige Verfahren. Um auch während der Covid-19 Pandemie funktionsfähig zu bleiben, weitete das EPA den Einsatz von Videokonferenztechnologie auch auf zweiseitige Verhandlungen vor Einspruchsabteilungen und Beschwerdekammern aus.

Das EPA verschärfte zudem seine Gangart gegenüber unwilligen Parteien, die Videokonferenzen ablehnten und auf die herkömmliche Durchführung der mündlichen Verhandlung in den Räumlichkeiten des EPA (d.h. vor Ort) bestanden: Für Prüfungsverfahren beschloss der Präsident des EPA bereits im April 2020, dass die Durchführung mündlicher Verhandlungen als Videokonferenz der Regelfall ist, von dem nur dann abgewichen werden kann, wenn eine un-

mittelbare Beweisaufnahme erforderlich ist oder «andere ernsthafte Gründe» dagegen sprechen.² Pauschale Einwände mit Hinweis auf die technische Zuverlässigkeit oder die Nichtverfügbarkeit einer entsprechenden technischen Ausstattung werden nicht als «ernsthafte Gründe» angesehen. Diese strenge Praxis wurde im November 2020 auch auf Einspruchsverfahren³ ausgeweitet, im Januar 2021 auf Beschwerdeverfahren⁴ und im Juli 2021 auf mündliche Verhandlungen vor der Eingangsstelle⁵ und der Rechtsabteilung⁶. Für die Praxisänderung in Beschwerdeverfahren war eine Änderung der Verfahrensordnung der Beschwerdekammern in Form eines zusätzlichen Artikels 15a erforderlich,

1 Mitteilung des EPA, ABl. 1997, 572. Für weitere Mitteilungen vor April 2020, siehe ABl. 2006, 585, ABl. 2012, 354, ABl. 2018 A96.

2 Beschluss des Präsidenten des EPA vom 1. April 2020, EPA ABl. 2020, A39 und Mitteilung des EPA vom 1. April 2020, ABl. 2020 A40. Siehe auch ABl. 2020, A133, A134, A135.

3 Beschluss des Präsidenten des EPA vom 10. November 2020, EPA ABl. 2020 A121 und Mitteilung des EPA vom 10. November 2020, EPA ABl. 2020 A122. Für das zuvor eingeführte Pilotprojekt zur Durchführung mündlicher Verhandlungen vor Einspruchsabteilungen als Videokonferenz, siehe ABl. 2020 A41. Für nachfolgende Informationen, siehe: ABl. 2020, A72, ABl. 2020, A135, ABl. 2021, A41, A93.

4 Beschluss des Verwaltungsrats vom 23. März 2021, EPA ABl. 2021, A19. Siehe auch die Mitteilung auf der Website des EPA: «Mündliche Verhandlungen vor den Beschwerdekammern – Fortführung der aufgrund der Coronavirus-Pandemie (COVID-19) getroffenen Maßnahmen und überarbeitete Praxis hinsichtlich der Durchführung mündlicher Verhandlungen als Videokonferenz» vom 15. Dezember 2020.

5 Beschluss des Präsidenten des EPA, EPA ABl. 2021, A49.

6 Beschluss des Präsidenten des EPA, EPA ABl. 2021, A50.

MORITZ HÖNIG, Dr. sc. ETH, Patentingenieur, Zürich.

ALFRED KÖPF, Dr. sc. nat. ETH, Schweizer und Europäischer Patentanwalt, Zürich.

welcher vorsieht, dass eine Beschwerdekammer beschliessen kann, «die mündliche Verhandlung gemäss Artikel 116 EPÜ auf Antrag eines Beteiligten oder von Amts wegen als Videokonferenz durchzuführen, wenn sie dies für zweckmässig erachtet». Obwohl der neue Artikel 15a erst am 1. April 2021 in Kraft trat, wurde die Praxis der Beschwerdekammern bereits per 1. Januar 2021 angewendet und anschliessend durch den neuen Artikel 15a «bestätigt».⁷

Insbesondere die Umstände der Einführung und Umsetzung des Artikels 15a VOBK haben kontroverse Reaktionen unter den Nutzern des europäischen Patentsystems hervorgerufen und erhebliche Zweifel genährt, ob die Durchführung mündlicher Verhandlungen als Videokonferenz nicht mehr ist als nur eine Übergangslösung während der Covid-19 Pandemie ist.⁸ Der neu eingeführte Artikel 15a VOBK unterliegt nach bestem Wissen der Autoren keiner zeitlich beschränkten Anwendbarkeit, sodass auch nach dem Ende der Covid-19 Pandemie eine Durchführung als Videokonferenz von einer Beschwerdekammer gegen den Wunsch der Parteien angeordnet werden kann.

Es stellt sich daher die Frage, ob als Videokonferenz durchgeführte mündliche Verhandlungen der neue Regelfall in Verfahren vor dem EPA bleiben werden.

Viele Nutzer des europäischen Patentsystems erkennen im Grundsatz an, dass die Covid-19 Pandemie aussergewöhnliche Herausforderungen für die Durchführung mündlicher Verhandlungen darstellt und Videokonferenztechnologie eine geeignete Möglichkeit bietet, um einen Zugang zum Recht zu ermöglichen.⁹ Es wird jedoch kontrovers diskutiert, ob eine Partei ein legitimes Interesse an einer Durchführung vor Ort haben kann und, falls ja, ob dieses Interesse grösser wiegt als das Interesse der Allgemeinheit an Rechtssicherheit durch zügige Erteilungsverfahren. In zweiseitigen Verfahren ist zudem das Interesse der Gegenpartei zu berücksichtigen, welches beispielsweise auf zeitnahe Durchsetzung eines Patents, gegen das Einspruch eingelegt wurde, oder auf Rechtssicherheit gerichtet sein kann.

Was den rechtlichen Status einer als Videokonferenz durchgeführten mündlichen Verhandlung betrifft, stellte das EPA bereits 2006 im Kontext mündlicher Verhandlungen vor Prüfungsabteilungen fest, dass eine «als Videokonferenz durchgeführte mündliche Verhandlung und eine in der herkömmlichen Form in den Räumlichkeiten des EPA abgehaltene mündliche Verhandlung [...] gleichwertig» sind. Die Autoren dieses Artikel vermuten, dass diese Feststellung zumindest teilweise auch durch die damit einhergehende Implikation getrieben war, dass ein Antrag auf erneute mündliche Verhandlung vor demselben Organ unabhängig von der Durchführungsform unter Anwendung von Artikel 116(1) EPÜ abgelehnt werden konnte.¹⁰ Die Feststellung der Gleichwertigkeit wurde vom EPA sodann auch für mittels Videokonferenz durchgeführte mündliche Verhandlungen vor Einspruchsabteilungen¹¹ übernommen.

2. Vorlage an die Grosse Beschwerdekammer und Befangenheit einiger ihrer Mitglieder

In einem Verfahren vor der technischen Beschwerdekammer 3.5.02 wurden die Parteien zu einer mündlichen Verhandlung am 3. Juni 2020 geladen, welche mit Hinweis auf die Covid-19 Pandemie auf Parteiwunsch auf den 8. Februar 2021 verschoben wurde. Eine erneute Verschiebung der per Videokonferenz anberaumten mündlichen Verhandlung lehnte die Beschwerdekammer jedoch ab, obwohl sowohl die Beschwerdegegnerin, als auch die Beschwerdeführerin keine Zustimmung zur Durchführung der mündlichen Verhandlung als Videokonferenz gegeben hatten. Um einen Verfahrensmangel zu vermeiden, ersuchte die Beschwerdekammer die Grosse Beschwerdekammer um Klarstellung.

Der Vorsitzende der Grossen Beschwerdekammer gab am 17. März 2021 die Zusammensetzung bekannt, in der die Grosse Beschwerdekammer über die Vorlage zu entscheiden beabsichtigte. Gegen zwei der Mitglieder und den Vorsitzenden wurde sodann ein Einwand wegen mutmasslicher Befangenheit gestellt, da diese zuvor an der Ausarbeitung des Artikels 15a VOBK beteiligt waren. Es ist gerade dieser Artikel, welcher es den Beschwerdekammern ermöglicht, gegen einen Parteiwunsch die Durchführung einer mündlichen Verhandlung als Videokonferenz anzuordnen. Ein weiteres Mitglied der Grossen Beschwerdekammer machte die Grosse Beschwerdekammer anschliessend von sich aus auf seine Beteiligung an der Ausarbeitung des Artikels 15a VOBK aufmerksam.¹²

Die erhobenen Einwände wegen mutmasslicher Befangenheit wurden von der Grossen Beschwerdekammer da-

7 Mitteilung auf der Website des EPA «Oral proceedings before the Boards of Appeal by Videoconference» vom 24. März 2021.

8 Eine kontroverse Diskussion zu diesem Thema findet sich in der Kommentarsektion zu dem Blogbeitrag der Fussnote 12. Eine Zusammenfassung der in den Amicus Curiae Eingaben vertretenen Positionen findet sich unter Rz. 44 des Entscheids G 1/21; Für eine detaillierte Übersicht des Verfahrens vor der Grossen Beschwerdekammer, einschliesslich einer Einordnung der Amicus Curiae Eingaben und der Einwendungen Dritter, siehe den Blogartikel «G 1/21: State of Play (continuously updated)» von Dr. Martin Wilming (<https://www.patentlitigation.ch/g-1-21-state-of-play-continuously-updated/>), Datum des letzten Aufrufs: 27. April 2022).

9 Siehe Fn. 8.

10 Die Feststellung der Gleichwertigkeit wurde in der vormaligen Mitteilung des EPA, ABl. 1997, 12, 572, durch welche mündliche Verhandlungen mittels Videokonferenz 1998 eingeführt wurden, noch nicht getroffen. Gemäss damaliger Praxis war vielmehr eine unwiderrufliche Verzichtserklärung des Anmelders auf sein Recht erforderlich, «nach der beantragten Videokonferenz eine mündliche Verhandlung in der herkömmlichen Form in den Räumlichkeiten des EPA über denselben Gegenstand durchführen zu lassen» (ABl. 1997, 12, 572, 1. Abschnitt). Diese Praxis legt für die Autoren dieses Artikels nahe, dass mit der Einführung noch keine Aussage über den rechtlichen Status von als Videokonferenz durchgeführten mündlichen Verhandlungen getroffen werden sollte.

11 Siehe Fn. 3.

12 Für eine detaillierte Übersicht des Verfahrens vor der Grossen Beschwerdekammer, einschliesslich einer Einordnung der Amicus Curiae Eingaben und der Einwendungen Dritter, siehe den Blogartikel «G 1/21: State of Play (continuously updated)» von Dr. Martin Wilming (<https://www.patentlitigation.ch/g-1-21-state-of-play-continuously-updated/>), Datum des letzten Aufrufs: 27. April 2022).

hingehend berücksichtigt, dass sie den Vorsitzenden und das Mitglied, das seine mutmassliche Befangenheit selbst angezeigt hatte, von dem Fall ausschloss. Den Vorsitz der Grossen Beschwerdekammer übernahm das Schweizer Mitglied Dr. Fritz Blumer.

II. Entscheidung der Grossen Beschwerdekammer

1. Umformulierung der Rechtsfrage

Die konkrete Rechtsfrage, die die Beschwerdekammer 3.5.02 der Grossen Beschwerdekammer vorgelegt hat, lautete:

«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?»

«Ist die Durchführung einer mündlichen Verhandlung in Form einer Videokonferenz mit dem in Artikel 116(1) EPÜ verankerten Recht auf mündliche Verhandlung vereinbar, wenn nicht alle Verfahrensbeteiligten ihre Zustimmung zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung in Form einer Videokonferenz erteilt haben?» (deutsche Übersetzung der Autoren dieses Artikels)

Die Grosse Beschwerdekammer nahm die Vorlage mit der Feststellung an, dass es sich um eine Rechtsfrage «von grundsätzlicher Bedeutung» handle und diese für die «einheitliche Rechtsanwendung» relevant sei und somit die Erfordernisse nach Art. 112 EPÜ erfüllt seien. Diese Feststellung ist insoweit bemerkenswert, als vorherige Entscheide von Beschwerdekammern befanden, dass per Videokonferenz durchgeführte mündliche Verhandlungen mündliche Verhandlungen im Sinne von Artikel 116 EPÜ seien und eine Zustimmung zur Durchführung der mündlichen Verhandlung als Videokonferenz nicht erforderlich sei (T1378/16, T2068/14, T2320/16). Die Grosse Beschwerdekammer hinterfragt diese früheren Entscheide direkt und explizit mit dem Hinweis «[t]he [Enlarged] Board questions whether this is so».

Trotz der grundsätzlichen Annahme der vorgelegten Rechtsfrage sah die Grosse Beschwerdekammer die Notwendigkeit, die Rechtsfrage umzuformulieren, da die vorinstanzliche Beschwerdekammer die Rechtsfrage zugleich zu breit und zu eng formuliert habe: Zu eng, da die vorgelegte Frage auf die Kompatibilität mit Artikel 116 EPÜ mit dem Titel «Mündliche Verhandlung» beschränkt ist. Aus Sicht der Grossen Beschwerdekammer betrifft die Praxis der Anordnung einer virtuellen Durchführungsform für mündliche Verhandlungen jedoch auch das übergeordnete, in Art. 113 EPÜ verankerte Prinzip des rechtlichen Gehörs. Es sei daher angemessen, die vorgelegte Frage auf die Kompatibilität mit dem EPÜ allgemein auszuweiten.

Die Frage sei gleichzeitig breiter als für eine Entscheidung notwendig formuliert, da sie sich auf mündliche Verhandlungen vor sämtlichen Instanzen und Abteilungen erstrecke und die wesentlichen, durch die Covid-19 Pandemie bedingten Umstände ausser Acht liesse. Im vorliegenden

Fall sei es jedoch einzig entscheidungswesentlich, ob die Beschwerdekammer die Parteien ohne Zustimmung zu einer als Videokonferenz durchgeführten mündlichen Verhandlung laden darf. Zudem sei die Frage der Durchführungsform der mündlichen Verhandlung im vorliegenden Fall verstrickt gewesen mit besonderen, pandemiebedingten äusseren Umständen, beispielsweise Reisebeschränkungen und gesundheitspolitischen Erwägungen. Aus diesen Gründen formulierte die Grosse Beschwerdekammer die Rechtsfrage wie folgt um:

«During a general emergency impairing the parties' possibilities to attend in-person oral proceedings at the EPO premises, is the conduct of oral proceedings before the boards of appeal in the form of a videoconference compatible with the EPC if not all of the parties have given their consent to the conduct of oral proceedings in the form of a videoconference?»

«Ist die Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor den Beschwerdekammern in Form einer Videokonferenz mit dem EPÜ vereinbar, wenn nicht alle Beteiligten der Durchführung einer mündlichen Verhandlung in Form einer Videokonferenz zugestimmt haben, wenn ein allgemeiner Notfall vorliegt, der die Möglichkeiten der Beteiligten beeinträchtigt, persönlich an einer mündlichen Verhandlung in den Räumlichkeiten des EPA teilzunehmen?» (deutsche Übersetzung der Autoren dieses Artikels)

Bereits aufgrund dieser Umformulierung hat die Rechtsfrage erheblich an Brisanz verloren: Selbst unter den Kritikern der jüngsten Praxisverschärfungen sahen viele ein, dass unter den besonderen äusseren Umständen der Covid-19 Pandemie aussergewöhnliche Massnahmen wie die Durchführung mündlicher Verhandlungen mittels Videokonferenz auch in zweiseitigen Verfahren erforderlich und gerechtfertigt sein können.¹³ Selbst einschneidende Massnahmen wie die Möglichkeit zur Anordnung des virtuellen Durchführungsformats entgegen dem ausdrücklichen Parteiwunsch werden von vielen als zweckmässig angesehen, um den Zugang zum Recht aufrechtzuerhalten und den verschiedenen Interessen – sowohl der beteiligten Parteien, als auch Dritter – gerecht zu werden.

Wirklich strittig war hingegen insbesondere die Frage, ob das EPA seine strenge Praxis zukünftig auch ausserhalb besonderer pandemiebedingter Umstände fortsetzen darf. Diese Frage bleibt leider unbeantwortet, wenngleich bereits die Umformulierung der vorgelegten Rechtsfrage nach Ansicht der Autoren den vorsichtigen Rückschluss zulässt, dass die bisherige Praxis des EPA aus Sicht der Grossen Beschwerdekammer untrennbar mit der Covid-19 Pandemie verknüpft ist und nach Ende der Pandemie möglicherweise erneut zu beurteilen ist.¹⁴

¹³ Siehe Fn. 8.

¹⁴ Für eine Diskussion möglicher Implikationen für die Zeit nach dem Ende der Covid-19 Pandemie, siehe auch den Blogbeitrag «EPO – G 1/21 – VIDEOCONFERENCE» von Dr. Georg Anetsberger und Dr.-Ing. Felix Grödl (<http://eplaw.org/epo-g-1-21-videoconference/>, Datum des letzten Aufrufs: 27. April 2022).

2. Sind mittels Videokonferenz durchgeführte mündliche Verhandlungen «mündliche Verhandlungen» im Sinne von Artikel 116 EPÜ?

Um die umformulierte Rechtsfrage zu beantworten erwog die Grosse Beschwerdekammer in einer ersten Teilfrage, ob per Videokonferenz durchgeführte mündliche Verhandlungen überhaupt «mündliche Verhandlungen» im Sinne von Artikel 116 EPÜ sind. In Artikel 116 EPÜ ist das Recht von Verfahrensbeteiligten auf «oral proceedings», «eine mündliche Verhandlung» beziehungsweise «procédure orale» statuiert. Der Begriff «oral» sei für sich genommen weitläufig und offen und drücke lediglich die Übermittlung durch das gesprochene Wort aus. Es gäbe daher keinen grundsätzlich keinen Anlass zu einer Beschränkung des Ausdrucks «mündliche Verhandlung» auf eine physische Durchführung vor Ort.

Die Grosse Beschwerdekammer hat keinen Zweifel daran, dass die am Gesetzgebungsverfahren zum EPÜ 1973 beteiligten Personen bei der Formulierung von Artikel 116 EPÜ vor Ort durchgeführte mündliche Verhandlungen vor Augen hatten. Dieser Umstand liesse jedoch nicht den Rückschluss zu, dass der für sich genommen breite Ausdruck «mündliche Verhandlung» tatsächlich auf eine Durchführung vor Ort einzuschränken sei. Vielmehr sei für eine derartige enge Auslegung ein positiver Hinweis erforderlich, dass dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Derartige Hinweise würden jedoch sowohl im EPÜ selbst, als auch in den Vorbereitungsdokumenten zum EPÜ 1973 und der Revision EPÜ 2000 fehlen. Die Grosse Beschwerdekammer schlussfolgert daher, dass es sich bei per Videokonferenz durchgeführten mündlichen Verhandlungen um «mündliche Verhandlungen» im Sinne von Art. 116 EPÜ handelt.

Mit warnendem Unterton deutet die Grosse Beschwerdekammer in einer Randnotiz auf die möglichen Implikationen hin, die sich ergeben würden, falls per Videokonferenz durchgeführte mündliche Verhandlungen nicht als «mündliche Verhandlungen» im Sinne von Artikel 116 EPÜ angesehen würden: In diesem Fall fänden mündliche Verhandlungen per Videokonferenz mithin in einem rechtlichen Vakuum statt, in welchem unklar sei, ob grundlegende prozedurale Schritte wie das Stellen von Anträgen oder die Verkündung einer Entscheidung überhaupt möglich seien.

3. Sind mittels Videokonferenz durchgeführte mündliche Verhandlungen und vor Ort durchgeführte mündliche Verhandlungen gleichwertig?

Unter den Nutzern des europäischen Patentsystems wurde bereits im Vorfeld der Entscheidung kontrovers diskutiert, ob die Durchführung einer mündlichen Verhandlung mittels Videokonferenz und die herkömmliche Durchführung vor Ort gleichwertig sind. Der Präsident des EPA ist bekanntlich ein starker Befürworter der Annahme der Gleichwertigkeit. Im Gegensatz dazu wurde in vielen Amicus Curiae Eingaben die Ansicht vertreten, dass keine Gleichwertig-

keit zwischen den zwei Formaten bestehe.¹⁵ Als Gründe wurden insbesondere das Fehlen der Unmittelbarkeit, inhärente Einschränkungen der digitalen Kommunikation, eine instabile Verbindung sowie die Verpflichtung angeführt, eine angemessene elektronische Ausstattung zu besitzen. Einige sahen in der Praxis des EPA gar einen Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention. Der VESPA hat eine Stellungnahme eingereicht, in der auf evidenzbasierte Forschung zum Thema Videokonferenzen in Gerichtsverfahren hingewiesen wird. Diese Forschung zeigt eindeutig, dass Videokonferenzen und Verhandlungen mit persönlicher Anwesenheit nicht gleichwertig sind, und dass die Unterschiede das Ergebnis tatsächlich beeinflussen.¹⁶

Mit erfrischend eindeutiger und unmissverständlicher Wortwahl stellt die Grosse Beschwerdekammer zunächst fest, dass «communicating via videoconference cannot, at least for the time being, be put on the same level as communicating in person. [...] In terms of communication, in person oral proceedings are for now the optimum format». Derartige Aussagen wurden unter vielen Nutzern des europäischen Patentsystems mit grosser Freude wahrgenommen und geben den Verfechtern des Rechts auf die Wahl der Durchführungsform mündlicher Verhandlungen die Hoffnung, dass die jüngst strenge Praxis des EPA nach Ende der Covid-19 Pandemie wieder gelockert werden könnte.¹⁷

Die Durchführung mündlicher Verhandlungen per Videokonferenz wird von der Grossen Beschwerdekammer zwar als «suboptimal» erachtet, aber dennoch als ausreichend, um das rechtliche Gehör der Parteien zu wahren. In diesem Zusammenhang ruft die Grosse Beschwerdekammer in Erinnerung, dass der Grossteil der Verfahren vor dem EPA schriftlich stattfindet und die mündlichen Verhandlungen der Ergänzung des schriftlichen Teils dienen. Die mit einer Videokonferenz einhergehenden Einschränkungen sind aus Sicht der Grossen Beschwerdekammer normalerweise auf ein Ausmass beschränkt, welches das rechtliche Gehör der Parteien sowie ihr Recht auf ein faires Verfahren wahrt. Mit dem expliziten Hinweis, dass es selbstverständlich der zuständigen Kammer obliege, in Einzelfällen, in denen diese Rechte nicht gewahrt werden können, angemessene Massnahmen zu ergreifen, schafft die Grosse Beschwerdekammer aus Sicht der Autoren dieses Artikels effektiv eine Hintertür für allfällige Abweichungen von dem Regelfall einer Durchführung per Videokonferenz.

¹⁵ Siehe Fn. 13.

¹⁶ https://www.vespa.swiss/images/dokumente_intern/2021/vespa_a_micus-curiae_g1-21-20210408.pdf, Datum des letzten Aufrufs: 27. April 2022.

¹⁷ Vgl. u.a. den Blogbeitrag «In the aftermath of G 1/21: The Future of Video Proceedings in the EPO» von Dr. Thorsten Bausch (<http://patentblog.kluweriplaw.com/2021/11/01/in-the-aftermath-of-g-1-21-the-future-of-video-proceedings-in-the-epo/>, Datum des letzten Aufrufs: 27. April 2022).

4. Ist die Zustimmung der Parteien erforderlich?

Die Grosse Beschwerdekammer bezeichnet die traditionelle Durchführung mündlicher Verhandlungen vor Ort als «Goldstandard» und ist der Ansicht, dieses Durchführungsformat sollte der Regelfall sein («default option»). Da der Grossteil der mündlichen Verhandlungen vor dem Europäischen Patentamt auf Antrag einer Partei und nicht von Amts wegen durchgeführt wird, würde es für die Grosse Beschwerdekammer auch Sinn machen, dass die antragstellende Partei die Wahl der Durchführungsform hat, insbesondere, weil per Videokonferenz durchgeführte mündliche Verhandlungen aus Sicht der Grossen Beschwerdekammer nicht dasselbe Mass an Kommunikationsmöglichkeiten mit sich bringen wie vor Ort durchgeführte mündliche Verhandlungen.

Die Grosse Beschwerdekammer ist jedoch der Ansicht, dass es in einigen Fällen gerechtfertigt sein kann, einer Partei den Wunsch einer bestimmten Durchführungsform zu verwehren. Hierfür müssen grundsätzlich drei Kriterien erfüllt sein:

Erstens muss es zumindest eine geeignete, wenn auch nicht zwingend gleichwertige, Alternative geben. Wie zuvor beschrieben, sieht die Grosse Beschwerdekammer dieses erste Kriterium durch Videokonferenztechnologie erfüllt.

Zweitens muss es fallspezifische Umstände geben, die die Entscheidung rechtfertigen, die mündliche Verhandlung nicht vor Ort durchzuführen. Derartige Umstände können beispielsweise in Folge einer Pandemie in Form von Reisebeschränkungen, Quarantäneverpflichtungen oder anderen gesundheitsbezogenen Massnahmen bestehen. Die Entscheidung, eine mündliche Verhandlung per Videokonferenz durchzuführen, dürfe jedoch nicht durch administrative Erwägungen motiviert sein, wie beispielsweise die Möglichkeit amtsseitiger Effizienzsteigerungen durch optimierte Konferenzsaalbelegungen oder Übersetzungsmöglichkeiten. Die Grosse Beschwerdekammer weist die Exekutive – nach Ansicht der Autoren mit einem warnend erhobenen Zeigefinger – darauf hin, dass es in der Verantwortung des EPA läge, die nötigen Ressourcen bereitzustellen, um die Durchführung der im EPÜ vorgesehenen Verfahren zu erleichtern.

Drittens muss es aus Sicht der Grossen Beschwerdekammer im Ermessen der angerufenen Beschwerdekammer liegen, die Entscheidung zu fällen, ob von dem Wunsch einer Partei auf eine bestimmte Durchführungsform abgewichen werden kann.

Basierend auf diesen Überlegungen gelangt die Grosse Beschwerdekammer daher zu dem Schluss, dass es im vorinstanzlichen Verfahren unter den gegebenen Umständen der Covid-19 Pandemie gerechtfertigt war, über die mündliche Verhandlung über den Parteiwunsch hinweg als Videokonferenz durchzuführen.

5. Praxis des Bundespatentgerichts und anderer Gerichte

In ihrer Begründung stellt die Grosse Beschwerdekammer zuletzt fest, dass auch in den Vertragsstaaten als Reaktion

auf die Covid-19 Pandemie die Möglichkeiten eingeführt oder ausgeweitet wurden, gerichtliche Verhandlung per Videokonferenz durchzuführen. Während in einigen Vertragsstaaten hierzu noch immer die Zustimmung der Parteien erforderlich sei, hätten andere Vertragsstaaten eine ähnliche Praxis wie das EPA entwickelt. In Ermangelung einer einheitlichen Position der Vertragsstaaten sei die Position der Grossen Beschwerdekammer somit weder im Widerspruch zu, noch in Übereinstimmung mit der Praxis der Vertragsstaaten.

Auch in der Schweiz wurde als oberste Instanz das Bundesgericht mit der Frage befasst, ob die Durchführung einer Hauptverhandlung als Videokonferenz nach geltendem Recht ohne Zustimmung der Parteien angeordnet werden kann.¹⁸ Im zugrundeliegenden Verfahren vor dem Handelsgericht Zürich wurden die Parteien zu einer Hauptverhandlung geladen, die per Videokonferenz mittels Zoom anberaumt wurde. Nachdem die Beschwerdegegnerin ihre Zustimmung zu der Durchführung mittels Videokonferenz nicht gegeben hatte und der Verhandlung fernblieb, erging ein Urteil zu ihren Ungunsten. Die Beschwerdeführerin erhob gegen das Urteil Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht, welches die Beschwerde guthiess. In seinem Entscheid 4A_180/2020 vom 6. Juli 2020 stellte das Bundesgericht fest, dass die Zivilprozessordnung «die Hauptverhandlung mithin als mündliche Verhandlung im Gerichtssaal bei physischer Anwesenheit der Parteien und der Gerichtsmitglieder» konzipiere (E. 3.2). Unter geltendem Recht sei «das Mittel der Videokonferenz in der Zivilprozessordnung nicht vorgesehen».

Allerdings bleibt auch nach dem Entscheid des Bundesgerichts offen, ob die Schweizer Covid-19 Verordnung SR 272.81 (Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus) eine rechtliche Grundlage bieten könnte, eine Hauptverhandlung im Zivilprozess auch ohne Zustimmung der Parteien als Videokonferenz anzuordnen. Da diese Verordnung erst nach der vorinstanzlichen Hauptverhandlung in

18 Für Zusammenfassungen des Urteils 4A_180/2020, siehe mitunter: Blogbeitrag «Bundesgericht: Keine gesetzliche Grundlage zur Durchführung der Hauptverhandlung via Videokonferenz in Zivilprozessen ohne Zustimmung der Parteien» von Urs Boller und Mimoza Ademaj (<https://www.mll-news.com/bundesgericht-keine-gesetzliche-grundlage-zur-durchfuehrung-der-hauptverhandlung-via-videokonferenz-in-zivilprozessen-ohne-zustimmung-der-parteien/>), Datum des letzten Aufrufs: 27. April 2022), Blogbeitrag «4A_180/2020: De lege lata keine Möglichkeit, Hauptverhandlungen in Zivilprozessen ohne Zustimmung der Parteien mittels Videokonferenzen durchzuführen (amtl. Publ.)» von Dr. Martin Rauber (https://swissblawg.ch/2020/08/4a_180-2020-de-lege-lata-keine-moeglichkeit-hauptverhandlungen-in-zivilprozessen-ohne-zustimmung-der-parteien-mit-tels-videokonferenzen-durchzufuehren-amtl-publ.html), Datum des letzten Aufrufs: 27. April 2022), Blogbeitrag «Gemäss Bundesgericht unzulässige Hauptverhandlung per Videokonferenz» von Boris Etter (<https://lawstyle.ch/gemaess-bundesgericht-unzulaessige-hauptverhandlung-per-videokonferenz/>), Datum des letzten Aufrufs: 27. April 2022) und Blogbeitrag «Justiz in Coronazeiten: Dürfen Gerichte via Zoom verhandeln?» von Isabelle Oehri (<https://hub.hslu.ch/management-and-law/2020/08/10/justiz-in-coronazeiten-duerfen-gerichte-via-zoom-verhandeln/>), Datum des letzten Aufrufs: 27. April 2022).

Kraft getreten ist, sah das Bundesgericht keine Notwendigkeit, sich zu der Verfassungs- und Gesetzeskonformität der Verordnung zu äussern. Artikel 2, Abs. 1, lit. a der Verordnung sieht zwar vor, dass grundsätzlich das Einverständnis der Parteien für die Durchführung einer Verhandlung in Zivilverfahren mittels Videokonferenz erforderlich ist. Von diesem Grundsatz kann jedoch bei «besondere[r] Dringlichkeit» abgewichen werden (Artikel 2 Abs. 1 lit. d) oder, falls eine Partei, ihre Vertreterin oder ein Gerichtsmitglied zu einer Kategorie der durch das Coronavirus besonders gefährdeten Personen gehört (Art. 2 Abs. 1 lit. b, c). In den letzteren Fällen gemäss lit. b und c dürfen jedoch «keine wichtigen Gründe gegen eine Durchführung mittels Videokonferenz» sprechen.

In seinen Erläuterungen stellte das Bundesamt für Justiz fest, dass «der Einsatz von Videokonferenz-Lösungen für Verhandlungen die Ausnahme darstellt».¹⁹ Auch in Zivilverfahren in der Schweiz scheinen in physischer Präsenz durchgeführte Verhandlungen also der «Goldstandard» zu bleiben.

Auch das Bundespatentgericht hat seine Verhandlungen bislang vor Ort in den Verhandlungssälen des Bundesverwaltungsgerichts in St. Gallen durchgeführt, wenngleich Instruktionsverhandlungen in Abweichung von der traditionellen, vergleichsstimulierenden Sitzordnung an einem runden Tisch während der Covid-19 Pandemie unter Einhaltung von Sicherheitsabständen und weiteren Schutzmassnahmen mit der Sitzordnung einer Hauptverhandlung durchgeführt wurden. Verfahrensbeteiligten mit Sitz im Ausland, die auf Grund von pandemiebedingten Reisebeschränkungen nicht in die Schweiz reisen konnten, wurde vom Bundespatentgericht auf Antrag verschiedentlich ermöglicht per Videoschaltung an Verhandlungen teilzunehmen, wobei diese hybride Format nichts daran änderte, dass die Streitparteien und der gesamte Spruchkörper jeweils zwingend vor Ort vertreten/anwesend waren.

III. Zusammenfassung und Ausblick

Unter Schweizer Vorsitz hat die Grosse Beschwerdekammer mit der G 1/21 eine ausgesprochen ausgewogene Entscheidung gefällt, die von vielen Nutzern des europäischen Patentsystems positiv aufgenommen worden ist. Innerhalb

des klar abgesteckten Umfangs der entscheidungsrelevanten Umstände gibt die Entscheidung klare Antworten: Die Durchführung mündlicher Verhandlungen mittels Videokonferenz ist suboptimal und nicht gleichwertig zu einer herkömmlichen physischen Durchführung vor Ort, aber dennoch geeignet, um das rechtliche Gehör zu wahren. Eine Durchführung mittels Videokonferenz kann von einer Beschwerdekammer auch ohne Zustimmung der Partei(en) angeordnet werden, wenn ausserordentliche Umstände dies rechtfertigen, beispielsweise Reisebeschränkungen, Quarantäneverpflichtungen oder gesundheitspolitische Erwägungen im Rahmen der Covid-19 Pandemie.

Darüber hinaus lässt die G 1/21 jedoch wichtige Fragen unbeantwortet und deutet höchstens Richtlinien für ihre spätere Beantwortung an. Völlig offen bleibt beispielsweise die Praxis in erstinstanzlichen Verfahren vor den Prüfungs- und Einspruchsabteilungen. Weiterhin bleibt offen, ob eine Fortführung der Praxis der Beschwerdekammern auch nach Ende der Covid-19 Pandemie noch rechtmässig wäre. Die in der G 1/21 getroffenen Erwägungen sowie die klare Feststellung, dass ausserordentliche Umstände erforderlich sind, um eine mündliche Verhandlung ohne Zustimmung der Parteien mittels Videokonferenz durchzuführen, legen jedoch nahe, dass ein Parteiwunsch auf eine auf eine physische Durchführung vor Ort nach dem Ende der Covid-19 Pandemie nicht mehr ohne Weiteres verwehrt werden kann. Falls die Beschwerdekammern ihre Praxis also auch nach dem Ende der Covid-19 Pandemie fortsetzen sollten, wird die Grosse Beschwerdekammer vermutlich erneut die Gelegenheit bekommen, sich zu der Rechtmässigkeit dieser Praxis zu äussern.

Die Entscheidung G 1/21 ist nicht zuletzt auch deshalb bemerkenswert, da in ihr einige Massnahmen der Exekutive des Europäischen Patentamts kritisiert werden und im Vorfeld der Entscheidung der Vorsitzende der Grossen Beschwerdekammer und ein weiteres Mitglied wegen Befangenheit ersetzt wurden. Insofern stärkt die Entscheidung die Unabhängigkeit der Grossen Beschwerdekammer und demonstriert, dass die Trennung von Exekutive, Legislative und Judikative trotz in den vergangenen Jahren wiederholt geäusserten Bedenken durch eine funktionsfähige Grosse Beschwerdekammer sichergestellt ist. Das ist eine beruhigende Nachricht.

¹⁹ Erläuterungen zu den Änderungen der Verordnung vom 25. September 2020.