

Dr. Heiner Flocke, patentverein.de e.V.

**Stellungnahme zum Diskussionsentwurf
des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 14.01.2020
zum 2. Patentrechtsmodernisierungsgesetz – 2. PatMoG**

Wir begrüßen die Initiative mit dem vorgelegten Diskussionsentwurf zum geplanten 2. Patentrechtsmodernisierungsgesetz (2. PatMoG) mit dem das BMJV die Verhältnismäßigkeit zum Unterlassungsanspruch klarstellen und die Verletzungsverfahren und Nichtigkeitsverfahren besser synchronisieren und „verzahnen“ will. Falls die Verletzungsgerichte einen kurzfristigen qualifizierten Hinweisbeschluss des Bundespatentgerichts berücksichtigen, würden sich die Rechtssysteme zum EU-Patent und nach dem deutschen Trennungsprinzip durchaus angleichen und damit wichtige Weichen für die Zukunft stellen.

Holistische Herleitung der Positionierung

Aus den Statistiken und Jahresberichten der Patentämter in Deutschland (DPMA) lässt sich ablesen, dass die Hälfte der Anmeldungen durch nur ca. 3% der Anmelder erfolgt, hier sogenannte Vielanmelder bzw. Großunternehmen und Konzerne. Der Mittelstand nimmt das Patentwesen nicht oder nicht mehr entsprechend seiner Stellung als „Motor der Wirtschaft“ an. Eine gefährliche Enthaltensamkeit oder Abkehr, zu deren Veränderung nicht am Mittelstand, sondern am Patentsystem anzusetzen ist.

Weitere Statistiken und Erhebungen zeigen auf, dass je nach Branche um die Hälfte der Patente einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhält und damit potenziell rechtswidrig ist. Solange diese Zahlen auch nur zweistellig sind, werfen sie ein schlechtes Licht auf die Patentqualität und auf die Gerichtsbarkeit, auf einer derartigen Grundlage vermeintliche Verletzer zu verurteilen.

Zwischen-Fazit

- Das Patentwesen ist Sache der Großindustrie
- Patente sind nicht zweifelsfrei valide
- Patente entwickeln Droh-Potenziale und sind Machtmittel

Aus seinem Streitpatent kann der Patentinhaber zunächst eine Verletzungsklage vor einem (Patent-)Zivilgericht seiner Wahl erwirken. Richter in Düsseldorf, Mannheim und München gelten als patentinhaber-freundlich und setzen auf eigenen technischen Sachverstand, oft ohne Rückgriff auf Sachverständige. Der Beklagte versucht

den Verletzungsvorwurf zu entkräften und greift das Patent selbst mit einem Einspruch oder einer Nichtigkeitsklage vor den Patentkammern in asynchronen Verfahren an.

Ein Landgericht (LG) als 1. Instanz verurteilt (bei erkannter Verletzung) auf Herausgabe des Verletzergewinns, Unterlassung und Offenlegung. Zumindest letztere vollstreckt der Patentinhaber und erhält sämtliche Daten, Angebote, Kalkulationen und Kundenkontakte. Allein mit der vor dem LG erhobenen Verletzungsklage ist insbesondere ein neues innovatives Produkt für den vermeintlichen Verletzer bereits unverkäuflich, da für ihn und seine Kunden ein Risiko entsteht bzgl. Schadensersatz und Unterlassung, d.h. Fertigungsstopp. Allein die auch auf zweifelhafte Patente erhobene Klage verhindert ein Design-In zum Produkt-Einsatz beim B2B-Endkunden.

In einer Berufungsverhandlung vor dem Oberlandesgericht (OLG) entsteht ein rechtskräftiges Urteil, das der Patentkläger praktisch ohne Risiko vollstrecken kann, insbesondere auf Unterlassung, d.h. Fertigungs- und Verkaufsstopp. Das wiederum allein juristisch besetzte OLG setzt seine Entscheidung selten aus, selbst bei inzwischen terminierten Patent-Prüfungsverfahren vor einem Patentgericht. Diese vollumfängliche Prüfung auf Validität des Streitpatents durch technische Richter findet meist erst Jahre später seinen Abschluss und führt eben viel zu oft zu einer Vernichtung zumindest der wesentlichen und für die Verletzung relevanten Ansprüche des Patents. Damit wird dem Verletzungsgericht im Nachhinein die Basis entzogen und Verletzungsurteile erweisen sich als Fehlurteile. Wirtschaftlich verloren bis hin zum Existenzverlust hat aber der vermeintliche Verletzer, da er über Jahre nicht anbieten und produzieren konnte und seinerseits den entgangenen fiktiven Gewinn kaum nachweisen kann. Der Kläger sieht sich dagegen durch ein rechtskräftiges Urteil abgesichert.

Probleme im Patentsystem

- Patent-Qualität (auch für gut ausgebildete Prüfer besteht Zeitmangel, allein den Stand der Technik aus der Weltliteratur in nur wenigen Tagen zu sichten)
- Deutsches Trennungsprinzip mit unabhängigen und asynchronen Verfahren vor Verletzungs- und Patentgerichten
- Technische Expertise in Verletzungsprozessen; kaum Aussetzungen bis zur Klärung der Validität eines Streitpatents
- Forum-Shopping; geringes Kläger-Risiko
- Verhältnismäßigkeit bei Unterlassung; Schadensersatzanspruch des vermeintlichen Verletzers fraglich

Den Streitparteien steht final noch der Gang zum Bundesgerichtshof (BGH) offen, sowohl zum OLG-Verletzungsurteil als auch zur Berufung in der Patentvernichtung. Diese weitere Verzögerung um Jahre wird von Patentklägern auch bewusst genutzt,

um sogar aus einem bereits vom Patentgericht vernichteten Patent noch die vom OLG zugesprochene Unterlassung und den Schadensersatz durchzusetzen. Egal wie der BGH entscheidet, der Patentkläger bleibt wirtschaftlicher Sieger; ein Mittelständler muss mit Entlassungen und Sonderabschreibungen mit Konkursrisiko reagieren.

Systemfehler

- Das Patentsystem lädt ein, Patentdickichte aufzubauen und Angriffe auch aus schwachen oder zumindest zweifelhaften Patenten zu starten.
- Sogenannte Patent-Trolle sind als reine Patentverwerter unangreifbar; Angreifer tragen außer Gerichts- und Anwaltskosten kaum ein finanzielles Risiko.
- Auch angegriffenen Konzernen droht eine unverhältnismäßige Unterlassung und sind zur Vermeidung zu hohen Lizenzzahlungen erpressbar.
- KMUs sind existenziell bedroht allein durch die Klageerhebung.
- Patentprüfer sind überlastet mit wenigen Tagen Bearbeitungszeit pro Anmeldung.
- Gerichte sind überlastet und überfordert.

Die missbräuchliche Zweckentfremdung des Patentsystem als Machtmittel, die Monopolisierung und die Patentflut sind zum Schaden der Gesellschaft und nicht – wie vom Patentgesetz vorgegeben - zu ihrem Nutzen. Hier ist der Gesetzgeber gefordert.

Lösungsansätze

- Patentqualität erhöhen (aber: langfristig, globaler Patent-Wettlauf, Lobby, Personalprobleme)
- Abschaffung des Trennungsprinzips (aber: geplantes EU-Patent mit sieben Jahren Übergangsfrist, Interessenskonflikte)
- Technisch besetzte Gerichte (siehe Unified Patent Court UPC für EU-Patente)
- Kläger-Risiko erhöhen (Schadens-Nachweise für vermeintliche Verletzer)
- Verhältnismäßigkeit bzgl. Unterlassung (Gesetzesentwurf zum 2. PatMoG; Interessen der Gesellschaft und der Wirtschaft)
- Vorläufiger Rechtsschutz gegenüber der Patenterteilung (siehe Entwurf des Patentvereins aus dem Jahre 2011: <https://www.patentverein.de/ge-entwurf.php>; <https://www.sierke-verlag.de/shop/index.php/vorlaufiger-rechtsschutz-gegenuber-der-patenterteilung.html>).
- Selbsthilfe zur Verteidigung (relevant für den Mittelstand)

Zur Selbsthilfe in der Verteidigung hat der Patentverein zehn Maßnahmen definiert und veröffentlicht, u.a. mit den Schlagworten: *Prior Art Publishing*; *Crowd Sourcing*; *Gesetzesentwurf zum vorläufigen Rechtsschutz*; *Risiko für den Angreifer*.

Quintessenz und Slogans

- Die Erhöhung der Patent-Qualität bleibt Wunschvorstellung. „Raising the bar“ bleibt stecken in den Interessen der Anmelder, der Patent-Ämter und Anwälte und vor dem Hintergrund der weltweiten Patentoffensive und Anmeldezahlen. „Infringed, but invalid“ wird das System ohne wesentliche Reformen weiter begleiten.
- Verletzungsgerichte erlauben dem Kläger ein „Forum shopping“ und fördern einen Wettbewerb der Kammern um die Gunst der Kläger.
- Das grundsätzliche zu begrüßende EU-Patent stockt wegen des Brexit und der ausstehenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG). Die mindestens für sieben Jahre geplante Parallelität der DE- und der EP-Bündel-Patente neben dem neuen EU-Patent erlaubt dem klagenden Patentinhaber zusätzlich ein „Law shopping“. Mit der eingeführten Doppel-Anmeldung identischer Patente kann der Patentinhaber wie bisher einer Überprüfung seines Patents durch ein vereinheitlichtes Patentgericht (UPC) aus dem Weg gehen und das Trennungsprinzip in der Gerichtsbarkeit erhalten.
- Das Patentsystem wird derzeit „ad absurdum“ geführt und ist mit den beschriebenen Möglichkeiten zum Missbrauch auch durch Verzögerungen von Gerichtsurteilen („injunction gap“) ungerecht und wirtschafts- und insbesondere mittelstandsfeindlich.
- Außer der Selbsthilfe für den Klagefall besteht der inzwischen angestoßene politische Druck zu Reformen, der diesbezüglich Mittelstand und Konzerne zusammenführt. Konzerne erleben derzeit die „Büchse der Pandora“ bzgl. dem gerichtlich u.a. von Trollen durchgesetzten Unterlassungsanspruch, der bestehende EU-Vorgaben zur Verhältnismäßigkeit in keiner Weise berücksichtigt. Auch hier entsteht ein Schaden für die ganze Gesellschaft, wenn eine Auto-Produktion durch geltend gemachte Telekommunikations-Patente gestoppt wird.

EU-Patent als Rettung für innovative Mittelständler im Patentdickicht?

Zunächst wird die Einführung des EU-Patents aufgehalten durch die Unwägbarkeit des Brexit und die Entscheidungen des BVerf-Gerichts. Die erforderliche Zustimmung ist durch den früheren Deutschen Bundestag bereits erfolgt, aber vor dem höchsten deutschen Gericht noch streitig und daher folgerichtig nicht durch den Bundespräsidenten ratifiziert.

Mindestens für sieben Jahre bestehen für Anmelder Wahlmöglichkeiten zwischen dem neuen EU-Patent und den klassischen DE- und den EP-Bündel-Patenten. Der Unified Patent Court (UPC) bestellt zusätzlich einen Technischen Richter und behandelt gleichzeitig Verletzung und Validität, also anders als nach deutschem Trennungsprinzip. Diese einteilige Gerichtsbarkeit ist für EU-Patente absehbar, allerdings entscheiden lokale Gerichte im Streitfall im eigenen Ermessen über den Rechtsweg. Außerdem fehlen noch wichtige Verfahrensregeln. Auch über die Kosten ist noch nicht entschieden. Die Akzeptanz der Vielanmelder und im Mittelstand wird von den Ergebnissen und Regelungen abhängen. Grundsätzlich ist das EU-Patent zu begrüßen und enthält wichtige Forderungen wie die einteilige Gerichtsbarkeit unter Mitwirkung von Technischen Richtern. Für ein mittelstandsgerechtes Patentwesen sind in der Ausgestaltung und Praxis die vorgenannten Ansätze zu berücksichtigen.

Ein Ausblick ist auf die letztlich unbestimmte Zukunft gerichtet, so dass hier nur Einschätzungen vorgenommen werden können, die aktuelle Bewegungen im Patentwesen registrieren: Für Europa ist zu wünschen, dass das BVerfG den Weg zum EU-Patent freimacht. Der Brexit wird die Kammer des UPC in London und die Anerkennung europäischer Gerichte durch England verhindern, so dass Italien als Ratifikant zum EU-Patent nachrückt. Damit wäre zumindest der Einstieg in eine vereinheitlichte Patentgerichtsbarkeit auch in Deutschland erreicht.

Kommentierung des Entwurfs Patentrechtsmodernisierungsgesetz (2. PatMoG)

Zur geplanten Synchronisierung und „Verzahnung“ von Verletzungsverfahren und Nichtigkeitsverfahren wäre festzustellen, dass der Hinweisbeschluss den Vortrag der Streit-Parteien berücksichtigt, dass laufende Einspruchsverfahren in gleicher Weise behandelt werden und inwieweit Verletzungsrichter an den Hinweisbeschluss gebunden sind. Dies könnte dann wieder die Aussetzung vor dem Verletzungsgericht zum Regelfall machen (<https://www.patentverein.de/ge-entwurf.php>).

Das Gebot der Verhältnismäßigkeit zum Unterlassungsanspruch sollte ein wesentlicher Grundsatz auch im Patentrecht werden. Dies würde Patent-Trolle abwehren und dem Ansatz des Patentgesetzes „zum Nutzen der Bürger“ entsprechen. Die Verhältnismäßigkeit ist aber nicht nur bezogen auf drohenden Fertigungsstopp in Großkonzernen zu bewerten, sondern auch für Mittelständler, denen Entlassungen und die Insolvenz drohen, sogar aus zu spät vernichteten Patenten. Daher gehören aus unserer Sicht beide Vorschläge des Diskussionsentwurfs zusammen und sind geeignet, bestehende Probleme und Ungerechtigkeiten im Patentwesen pragmatisch und in absehbaren Zeiträumen zu mindern, ohne das gesamte Rechtssystem mit dem bestehenden Trennungsprinzip zu kippen.