

## **Patentverwertung: Lizenzmodell oder Schutzgelderpressung? Innovativem Mittelstand droht der GAU**

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

Das Lizenzmodell eines weltweit bekannten Elektronik-Konzerns klingt segensreich oder zynisch. Man will insbesondere den Mittelstand teilhaben lassen am eigenen Patentportfolio, das man als einer der patentaktivsten Großkonzerne aufgebaut hat. Mit einer Heerschar von Anwälten erreicht man offensichtlich Profit in dreistelliger Millionenhöhe mit der Lizenzierung seiner derzeit mehrere tausend Schutzrechte umfassenden Patentmacht.

Die Methoden zur Lizenzanbahnung bewerten die vermeintlichen Nutznießer gänzlich anders. Der kreative Patentverwerter schickt seine Rechtsanwälte auf die einschlägigen Messen und bietet die Lizenzen für Hersteller und Händler an, begleitet von Briefen im Tenor „Wir halten tausende von Patenten in Ihrem Geschäftsbereich, die Sie wahrscheinlich verletzen. Mit Zahlung von 5% (bis zu 9%) des Umsatzes lassen wir Sie in Frieden, sonst drohen Verletzungsverfahren auf Unterlassung und Schadensersatz“. Man will sich einhergehend zunächst eine Vertraulichkeitserklärung unterschreiben lassen, wohl um die Vertragsverhandlungen geheim zu halten. Konkrete Verletzungsvorwürfe mit Angabe von Patentangaben erfolgen nur in Ausnahmen, man begnügt sich mit dem pauschalen Angebot zur Abhilfe der Bedrohung.

Eine Auflistung auf der Homepage des Patentinhabers mit angeblich zahlenden Lizenznehmern ist beeindruckend aber fehlerhaft und man bezieht eigene Wettbewerber per bestehender Cross-Lizenz gleich mit ein. Ein Bezug der Komponenten des Patentinhabers enthebt nicht der geforderten Lizenzzahlung bei ihrer angeblich patentgemäßen Verwendung. Die bedrohten, meist mittelständischen Firmen verwenden derartige Komponenten in eigenen weiterentwickelten Geräten und Systemen oder handeln damit. Auch Kleinstunternehmen unter 1 Million Euro Jahresumsatz werden vom Konzern zum Lizenzmodell aufgesucht und entsprechend angeschrieben.

Den auf den Jahresumsatz mit Endprodukten bezogenen Lizenzsatz bezeichnen betroffene Firmen in einem umkämpften Markt als ruinös; er scheint aber verhandelbar zu sein. Zur Überprüfung der Umsätze eines Lizenznehmers will der Konzern regelmäßig Mitarbeiter ins Haus schicken; die Verträge gelten nur für einen älteren Patentbestand und nicht gleichzeitig für neue und laufende Patentanmeldungen. Das Lizenzangebot gilt unabhängig vom Bestand der Patente, die teilweise bereits erfolgreich angegriffen und vernichtet wurden. Eine Auswahlliste der wohl wichtigsten Patentfamilien mit dem jeweiligen Rechtsstand wird vom Patentverein laufend aktualisiert und den Mitgliedern auf Anfrage zur Verfügung gestellt – ohne Anspruch auf Richtigkeit und Vollständigkeit.

Falls dieses „Lizenzmodell“ Schule macht, droht der mittelständischen Industrie der GAU, da auch Mitbewerber des Konzerns über ein großes Patentportfolio oder auch „Dickicht“ von mehr oder weniger gleichwertigen Schutzrechten verfügt. Andererseits verhindern

die Konzerne den Kampf der Giganten durch nicht öffentliche Cross-Lizenzen, d.h. durch Nichtangriffspakte. Ob diese Verträge den Vorgaben des Kartellrechts oder des Arbeitnehmer-Erfindungsgesetzes genügen, ist nicht nachprüfbar, erscheint aber zumindest zweifelhaft. Die großen Patentinhaber vermeiden damit gegenseitig Auseinandersetzungen zur Gültigkeit ihrer Patente. Dabei ist bekannt, dass das Bundespatentgericht, das DPMA und das Europäische Patentamt in Einspruchs- oder Nichtigkeitsverfahren Patente in hoher Zahl für nichtig erklären bzw. widerrufen. Gründe sind mangelnde Erfindungshöhe und fehlende Neuheit, die der Prüfer im Patentamt nicht erkannt hatte. Solche Erteilungen wären damit zu Unrecht erfolgt.

Die gute Nachricht ist, dass bisher keine der angedrohten Verletzungsklagen losgetreten wurde. Allerdings werden die Betroffenen in regelmäßigen Abständen von den Anwälten diesbezüglich „kontaktiert“.

In Verletzungsprozessen, die sich auf konkrete Produkte und Streitpatente beziehen, entscheiden zwei Instanzen über Unterlassung und Schadensersatz. Allein mit pauschalen und undifferenzierten Verletzungsvorwürfen aus einem Patentportfolio ließe sich dagegen von einem Angreifer kein Titel vor einem Zivilgericht erwirken.

Einige angesprochene Unternehmen haben offensichtlich der Bedrohung nachgegeben und Lizenzzahlungen vereinbart. Eine Lösung gegenüber anderen Großkonzernen mit ähnlichem Patentportfolio, die das Lizenzmodell evtl. beispielgebend kopieren könnten, ist damit allerdings nicht erreicht.

Für viele der betroffenen Firmen ist allein die Höhe der Forderung eine existenzielle Gefahr, sie sind aber einhellig empört über die Methode, die sie als Schutzgelderpressung empfinden. Einige Unternehmen sind in die Öffentlichkeit gegangen (s. ZDF in Frontal21 vom 24.05.2016), andere führen Nichtigkeitsklagen gegen einzelne ausgesuchte Patente. In Italien vereinigen sich bereits Betroffene und bilden eine Phalanx mit Abwehrmaßnahmen. In Deutschland führt u.a. der Patentverein die Interessen auch patentstrategisch zusammen und bietet sich als Ansprechpartner an. Hier werden Expertisen gebündelt mit Unterstützung durch Rechts- und Patentanwälte.

Der Patentverein geht davon aus, dass weder dem Patentinhaber noch den Patentämtern an einer Eskalation gelegen sein kann, in der das Patentsystem in der öffentlichen Wahrnehmung in Frage gestellt wird.

Angst vor Patenten zu haben ist offensichtlich nicht unberechtigt. In den missbräuchlichen Auswüchsen des Patentsystems sieht Dr. Heiner Flocke, Vorstand des Patentvereins, die größte Bedrohung für den innovativen produzierenden Mittelstand. Ein wirksamer Rechtsschutz gegenüber der Patenterteilung fehlt. Taktierer und Trolle führen das Patentsystem ad absurdum. Patentinhaber-freundliche Verletzungsurteile ergehen zu oft, ohne die patentgerichtliche Validierung abzuwarten. Diese widerruft häufig Patente wegen fehlender Neuheit oder mangelnder erfinderischer Höhe, erklärt damit ihre Erteilung für nichtig und deklariert ein zuvor ergangenes Verletzungsurteil als Fehlurteil.

Die Idee der Schaffung eines EU-Patentsystems ist grundsätzlich zu begrüßen. Das beschlossene neue europäische Patentsystem bestehend aus dem neuen Einheitlichen Patentgericht und dem Patent mit einheitlicher Wirkung bietet zwar die Möglichkeit der Vereinheitlichung von Verletzungs- und Überprüfungsverfahren, wird aber mit seinen Wahlmöglichkeiten und Optionen das Patentsystem noch komplizierter machen und spezialisierte Anwälte erfordern, d.h. auch die Kosten erhöhen. Patentklägern wird neben dem bekannten „Forum-Shopping“ durch das neue Europäische Patent mit einheitlicher Wirkung auch ein „Law-Shopping“ eröffnet. Das alles wird dem Mittelstand nicht gerecht, der sich gemessen an den Anmeldezahlen im Verhältnis zur Großindustrie weiter aus dem Patentsystem zurückzieht, damit aber in ein gefährliches Abseits gerät. Mehr als 50% der Patentanmeldungen entfallen auf nur 3% der Anmelder als Konzerne. Selbsthilfe und Schutzmaßnahmen sind gefragt, die darauf abzielen, das Risiko des Angreifers aus zweifelhaften Patenten deutlich zu erhöhen.

Innovation braucht insbesondere im produzierenden Mittelstand mehr denn je „Freedom to Operate“ und keine Behinderung durch zudem oft zweifelhafte Patente, die zu einer Patentflut anschwellen oder Patentdickichte bilden. Zweifelhafte Patente, die zu einer Vernichtungsrate vor den Einspruchs- und Patentgerichten zwischen 30 und 70% auffallend hoch ist, d.h. „jedes zweite erteilte Patent ist potenziell rechtswidrig“.

Patentämter allein werden diese Defizite im System kaum beheben können oder wollen, aber warum Verletzungsrichter sich oft ohne technische Gutachter auf die vermeintliche Qualität und Validität der Patente verlassen, bleibt ein Rätsel. Eine Patentvernichtung nach gründlicher Überprüfung erfolgt oft erst nach mehreren, nicht selten über fünf Jahren: zu spät für den Beklagten im Verletzungsverfahren. Auch zweifelhafte Patente geben vom ersten Tag ihrer Erteilung dem Patentinhaber einen durchsetzbaren Ausschließlichkeitsanspruch, der tangierte Neuprodukte praktisch unverkäuflich macht und Existenzen vernichten kann. Andererseits besteht für den Patentinhaber und Angreifer im Verletzungsverfahren nur ein geringes und kalkulierbares Kostenrisiko. Er übernimmt bei einer Niederlage vor deutschen Gerichten je nach Streitwert vergleichsweise moderate Gerichts- und Anwaltskosten, kann aber allein durch die Klageerhebung ihn störende Innovationen Dritter beschädigen und vom Markt fernhalten.

Einer Bedrohung durch Patente kann kein Hersteller aus dem Weg gehen, der seine Produkte beispielsweise im Internet weltweit bewirbt. Damit ist sein Produkt am Ort der Bewerbung aus dort geltenden Patenten angreifbar. Wer darauf setzt, die Angriffe vor Gericht abzuwehren oder das Patent zu vernichten, braucht einen langen Atem und kann in der Zwischenzeit sein Produkt praktisch nicht vermarkten. Jedenfalls droht bei gerichtlicher Niederlage Unterlassung und Vernichtung von Waren neben Schadensersatz beispielsweise in Form der Herausgabe des Unternehmergewinns. Falls er nach einem rechtskräftigen Verletzungsurteil das Patent vor dem Patentgericht vernichten kann, wird es umgekehrt schwer, Schadensersatz zu erreichen, z.B. für kaum nachweisbaren entgangenen Gewinn.

Einer vorsorgenden Verteidigungsstrategie kommt daher existenzielle Bedeutung insbesondere für den meist kapitalschwächeren Mittelstand zu. Neben Vorschlägen zum Selbstschutz engagiert sich der Patentverein u.a. mit einem Gesetzesentwurf zum vorläufigen Rechtsschutz gegenüber der Patenterteilung und erarbeitet Strategien zur Erhöhung des Klagerisikos für den Patentinhaber.

Es muss „weh tun“, aus schwachen Patenten anzugreifen. Zunehmender Missbrauch und weltweite Klagewellen bringen inzwischen das vom Ansatz her vernünftige Patentsystem in Misskredit. Bis zu einer Reform könnte es aber manchen Mittelständler die Existenz kosten.

Auch im konkreten Fall des hier kritisierten „Lizenzmodels“ bestehen folgende Abwehrstrategien für den betroffenen Mittelstand.

#### 1. Vereinigung

Interessen sind zu bündeln zur Vertretung in Organisationen wie dem Patentverein. Klassische Industrieverbände sind dagegen oft geprägt von den großen Beitragszahlern und Konzernen und haben die kritischen Patentthemen bisher ausgeklammert.

#### 2. Öffentlichkeit

Mittelstand und Verbraucher können gegenüber offensichtlichen oder auch nur empfundenen Missständen und Ungerechtigkeiten wirksam agieren. Image-Schäden müssen auch Großkonzerne ernst nehmen.

#### 3. Nichtigkeitsklagen vor Patentgerichten

Dieser Weg ist durchaus mühsam, langwierig und teuer und richtet sich immer nur gegen einzelne Dornen in einem Dickicht. Auf der anderen Seite bestehen aber rein statistisch gute Chancen zur Vernichtung einzelner Patente, die die Qualität im Ganzen in Zweifel ziehen können.

#### 4. Anwaltliche Recherchen gegenüber dem Stand der Technik

Eine Interessensgemeinschaft kann anwaltliche Aufgaben bündeln und finanzieren, Stand der Technik gegenüber den wichtigsten Streitpatenten des Patentinhabers zu ermitteln, um diese in ihrer Qualität und Bestandskräftigkeit zu beurteilen. Weiterhin sind vermeintlich verletzende Produkte abzugrenzen gegenüber den Streitpatenten.

#### 5. Crowd Sourcing

Gegen störende Patente Dritter werden im Internet Dienste angeboten, weltweit nach Fundstellen zu suchen. Dabei wird der neuheitsschädliche „tödliche Treffer“ gegen das erteilte Patent finanziell belohnt als Anreiz, z.B. für Studenten, Patentprüfer, Technikexperten und Ingenieure. Zusätzlich zu den Recherchen in Patentschriften ermittelt Crowd Sourcing auch älteren Stand der Technik aus weltweiter Literatur, die der Patentprüfer bei seiner Erteilung wegen der Fülle der Schriften gar nicht erkennen konnte.

Eine Interessensgemeinschaft kann gezielt ein ganzes Bündel von Patenten zum Crowd Sourcing ausschreiben und auf weltweitem Stand der Technik zum Erteilungszeitpunkt abklopfen.

## 6. Patent-Versicherung

Der Patentverein ist im Gespräch mit der Assekuranz, zumindest für den Verteidigungsfall in Patentstreitigkeiten ein Angebot zu unterbreiten. Ein Interessensverbund erhält hier ein deutliches Gewicht.

## 7. Risiko für den Angreifer

Das Risiko eines Angreifers auf Schadensersatz kann deutlich erhöht werden, wenn er auch den entgangenen Gewinn während der Verletzungsverfahren einbeziehen muss. Dazu wird die Bestätigung von Kunden benötigt, Produkte wegen des schwelenden Patentstreits nicht erworben bzw. alternativ investiert zu haben. Der Patentverein schlägt einen Pool vor, derartige Zusagen rechtlich abzusichern, die der Angreifer als Risiko berücksichtigen muss.

Ein weiteres Risiko für einen Kläger, der auch mit schwachen Patenten aus seinem Patent-Portfolio droht, besteht darin, aus einem Pool heraus gleichzeitig gegen viele dieser Patente Nichtigkeitsklagen einzureichen. Der Patentinhaber wäre gezwungen, Rückstellungen zu bilden und zu bilanzieren. Damit würde Druck der Finanzabteilung auf die innerbetrieblichen Patentabteilungen entstehen, insbesondere in börsennotierten Unternehmen oder solchen, die zum Verkauf stehen.

Eine friedliche Lösung ist immer vorteilhaft und oft wesentlich wirtschaftlicher als ein jahrelanger Rechtsstreit mit ungewissem Ausgang. Diese Einsicht muss aber auch beim Patentinhaber und Lizenzanbieter bestehen, der sich im vorgenannten Fall bisher den versprengten und eher finanzschwachen Mittelstand ausgesucht hat. Für eine ausgewogene Verhandlungsposition auf Augenhöhe erscheint eine Interessensgemeinschaft unerlässlich.

Bodenheim, März 2018