

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

„Patentmissbrauch als Systemfehler“

Zusammenfassung zum gleichnamigen Vortrag auf der Leitveranstaltung Patente 2020, MANAGEMENT CIRCLE AG, München 18.02.2020

Nach dem Patentgesetz werden Schutzrechte auf Antrag vergeben auf Erfindungen, die neu und erfinderisch sind. Damit wollen Industriegesellschaften Innovationen, Wettbewerb und Wachstum fördern „zum Nutzen der Bürger“.

Der Erfinder meldet seine Diensterfindung seinem Arbeitgeber, der als Patentanmelder über das Patentamt in einem Verwaltungsakt eingetragene Schutzrechte erwirkt. Die kommerzielle Verwertung steht dem Patentinhaber zu, meistens dem Anmelder selbst oder einem beauftragten Verwerter. Patente sind Machtmittel oder ein „scharfes Schwert“ in der Hand der Inhaber, durchaus auch zweckgerichtet als reine Angriffswaffe in der Hand von sog. Patent-Trollen.

Die Industrienationen pflegen ihre eigenen Patentsysteme nach ähnlichen Grundsätzen mit stark steigender Tendenz in den Anmeldezahlen. China hat die Besonderheiten des deutschen Patentrechts übernommen und verzeichnet den größten Zuwachs mit bereits mehr Anmeldungen als alle anderen Länder zusammen.

Aus den Statistiken und Jahresberichten der Patentämter in Deutschland (DPMA) lässt sich ablesen, dass der Erfinder nur in 10% der Fälle sein Patent auch selbst anmeldet. Die Hälfte der Anmeldungen erfolgt durch nur ca. 3% der Anmelder, 1/3 der Anmeldungen ist konzentriert auf 0,3% der Anmelder, hier sogenannte Vielanmelder bzw. Großunternehmen und Konzerne. Der Mittelstand stellt sich zunehmend ins Abseits und ist tendenziell als „patentfreie Zone“ zu bezeichnen, obwohl nach VDI-Statistik 40% der Maschinenbau-Ingenieure in KMUs arbeiten. Trotz dieses Erfindungspotentials in eigenen Reihen nimmt der Mittelstand 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 50 bis 70% der Patente einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhalten und damit potenziell rechtswidrig sind. Solange diese Zahlen auch nur zweistellig sind, werfen sie ein katastrophales 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.

Die Berufung vor dem Oberlandesgericht (OLG) bildet in der Regel die letzte Instanz und führt dann zu einem rechtskräftigen 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.
- 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 Bearbeitung 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 Europäisches Patent mit einheitlicher Wirkung (EPeW oder EU-Patent) mit 7 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; Interessen der Gesellschaft und der Wirtschaft)
- Aussetzung des Verletzungsurteils oder der Vollstreckung als Regelfall (Gesetzesentwurf 2011)
- Selbsthilfe zur Verteidigung (relevant für den Mittelstand)

Die Selbsthilfe zur Verteidigung umfasst folgende Ansätze:

1. Recherche

Jede Produktentwicklung muss von einer Patentrecherche begleitet sein, unterstützt von Patentanwälten und gezielt gerichtet auf Patente von Wettbewerbern und zur Abgrenzung gegenüber Wettbewerbsprodukten.

2. Stand der Technik

Die Recherche soll auch den Stand der Technik und damit Nachweise ermitteln, um „Freedom to Operate“ abzusichern.

3. Abgrenzung

Eine Patentanmeldung zum eigenen Produkt dient einer von Amts wegen bescheinigten Abgrenzung. Damit können spätere Verletzungsvorwürfe abgewehrt werden. Bei ablehnender Patentprüfung bleibt die Umgehungslösung.

4. Umgehungslösung

Die Umgehungslösung erfordert wieder die Recherche, Abgrenzung und Risikoanalyse mit Unterstützung durch den Patentanwalt.

5. Prior Art Publishing

Damit wird die eigene Idee zum Stand der Technik gemacht, entweder direkt publiziert und öffentlich zugänglich oder schwer auffindbar. Letzteres bieten externe Services, Papierarchive oder ein befristeter und beglaubigter Aushang. Auch eine vor Veröffentlichung zurückgezogene Schutzrechtsanmeldung beim DPMA oder eine hinterlegte Vorbenutzung können Argumente gegen den Verletzungsvorwurf bieten, ohne die eigene Entwicklung direkt und im Internet öffentlich zu machen.

6. Crowd Sourcing

Externe Services bieten eine weltweite Recherche nach dem Stand der Technik mit einer Belohnung des „tödlichen Treffers“, der ein Streitpatent zu Fall bringen kann. Dabei wird die Weltliteratur mit Firmenschriften, Berichte von Konferenzen etc. durchforstet und eben nicht nur die Patentschriften.

7. Gesetzesentwurf

Dieser Gang über die Gesetzgebung sieht die Aussetzung des Verletzungsurteils oder der Vollstreckung als Regelfall vor, um zunächst die Validität eines Patents in einer vollumfänglichen Prüfung durch das Bundespatentgericht (BPatG) oder die Patentämter festzustellen. Dabei sind die zentralen Rechte von Patentinhabern zu berücksichtigen und die Risiken für den Beklagten und den Patentinhaber abzuwägen. Einen entsprechenden Gesetzesentwurf hat der Patentverein bereits im Jahr 2011 in die Fachdiskussion eingebracht.

8. Patent-Versicherung

Die Assekuranz ist noch in der Findungsphase und setzt Prämien im Bereich von 1% bis 5% der Versicherungssumme pro Jahr an. Es bestehen nur wenige Angebote und Erfahrungen; die IP-Haftpflicht ist noch kein Standard in den Betriebsversicherungen.

Bei einem gerichtlich festgesetzten Streitwert von 1 Mio € ist mit Prozesskosten von 0,3 Mio €, einem Schadensersatz von 1 Mio €, Betriebsausfällen von 1 Mio € und Kosten einer Nichtigkeitsklage von 0,1 Mio € zu rechnen.

9. Risiko für den Angreifer

Das finanzielle Risiko für den Patentkläger kann auch der Beklagte deutlich erhöhen, wenn er direkt mit einem Einspruch gegen das Streitpatent oder mit einer Nichtigkeitsklage antwortet. Um einen späteren Schadensersatz geltend machen zu können, ist ein Nachweis vorzubereiten, z.B. durch Aufträge, die Kunden von dem Ausgang der Patentstreitigkeiten abhängig machen und verzögern oder stornieren.

Bei einer unberechtigten Schutzrechtsverwarnung bestehen nach BGH-Urteil aus dem Jahr 2015 Haftungen der Rechtsanwälte und Geschäftsführer der Patentkläger, die diesen bewusst sein sollten.

Ein weiteres Risiko für einen Vielanmelder, der auch mit schwachen Patenten aus seinem Patent-Portfolio droht, besteht darin, gleichzeitig gegen viele dieser Patente Nichtigkeitsklagen einzureichen. Der Patentinhaber wäre gezwungen, Rückstellungen zu bilden und zu bilanzieren. Damit entsteht Druck der Finanzabteilung auf die innerbetrieblichen Patentabteilungen, insbesondere in börsennotierten Unternehmen.

10. Lizenzierung

Der Versuch zur Einigung unter ungleichen Partnern kommt einem „Friedensgesuch“ durch den Bittsteller gleich. Die Augenhöhe ist nur mit Extras zu erreichen, insbesondere für Mittelständler aber kaum durch ein eigenes Patentportfolio und Cross-Licensing.

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 europäische Patentpaket aus EU-Patent und Einheitlichem Patentgericht (UPC) stockt wegen des Brexit und der ausstehenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG). Die mindestens für sieben Jahre geplante parallele Zuständigkeit von einzelstaatlichen Gerichten und dem Einheitlichen Patentgericht sowie die dauerhaft angelegte Möglichkeit des doppelten Schutzes durch deutsche und Europäische Patente erlaubt dem klagenden Patentinhaber ein erweitertes „Forum shopping“ sowie zusätzlich ein „Law shopping“. Mit der eingeführten Doppel-Anmeldung identischer Patente kann der Patentinhaber wie bisher einer Überprüfung seines Patents durch das Einheitliche Patentgericht aus dem Weg gehen und das Trennungsprinzip in der Gerichtsbarkeit in Bezug auf das DE-Patent 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 den „Flaschengeist“ 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 Autoproduktion durch geltend gemachte Telekommunikations-Patente gestoppt wird.

EU-Patent und UPC als Rettung für innovative Mittelständler im Patentdickicht?

Zunächst wird die Einführung des EU-Patents und des neuen Einheitlichen Patentgerichts aufgehalten durch die Unwägbarkeit des Brexit und die Entscheidungen des BVerfG. Die erforderliche Zustimmung ist durch den früheren Bundestag bereits erfolgt, aber vor dem höchsten deutschen Gericht noch streitig und nicht ratifiziert.

Mindestens für sieben Jahre bestehen für Anmelder Wahlmöglichkeiten zwischen dem neuen EU-Patent und den klassischen DE- und EP-Bündelpatenten. Die zuständige lokale oder regionale Kammer des UPC kann einen technischen Richter hinzuziehen und

gleichzeitig über Verletzung und Validität entscheiden, also anders als nach deutschem Trennungsprinzip. Diese einteilige Gerichtsbarkeit ist für Europäische Patente absehbar, allerdings entscheiden die befassen Kammern des UPC im Streitfall im eigenen Ermessen über eine einheitliche oder getrennte Verhandlung von Verletzungs- und Nichtigkeitsfragen. Außerdem fehlen noch wichtige Verfahrensregeln. Auch über die Kosten ist noch nicht entschieden. Die Akzeptanz der Vielmelder und im Mittelstand wird von den Ergebnissen und Regelungen abhängen. Grundsätzlich ist das neue Patentpaket 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 folgende Positionen zu berücksichtigen und zu beeinflussen:

- Erhöhung der finanziellen Risiken für Kläger und Trolle
- Aussetzung als Regelfall für Verletzungsverfahren nach dem Trennungsprinzip
- Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit beim Unterlassungsanspruch

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 BVerf-Gericht 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.

Dort bewegt sich aktuell der Gesetzgeber und greift mit einem Diskussionsentwurf zum geplanten 2. Patentrechtsmodernisierungsgesetz (2. PatMoG) die Verhältnismäßigkeit zum Unterlassungsanspruch auf und will die Verletzungsverfahren und Nichtigkeitsverfahren besser synchronisieren und „verzahnen“. Dazu soll das Patentgericht nach sechs Monaten den Verletzungsgerichten einen qualifizierten Hinweisbeschluss zur Validität eines Streitpatents vorlegen. Wenn die Verletzungsrichter diese Hinweise dann auch berücksichtigen, würden sich die Rechtssysteme zum EU-Patent und nach dem deutschen Trennungsprinzip durchaus angleichen. Bis zu Beschlüssen im Patentwesen wird weiter Geduld gefragt sein, aber vielleicht kann die richterliche Praxis in Deutschland den absehbaren Entwicklungen im Sinne der Patent-Gerechtigkeit etwas vorgreifen.