

Vorsicht Patent!

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

Juni 2016

Angst vor Patenten zu haben ist 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, ohne die gerichtliche Patent-Überprüfung abzuwarten, die sehr oft die Patente widerruft und damit die Erteilung und das Verletzungsurteil hinfällig macht. Das neue EU-Patent wird mit seinen Wahlmöglichkeiten und Optionen das System noch komplizierter machen und spezialisierte Anwälte erfordern, d.h. auch die Kosten erhöhen. Das alles wird dem Mittelstand nicht gerecht, der sich im Verhältnis zur Großindustrie weiter aus dem Patentsystem zurückzieht, sich damit aber in ein gefährliches Abseits begibt. Selbsthilfe und Schutzmaßnahmen sind gefragt, die im Folgenden behandelt werden und auch darauf abzielen, das Risiko des Angreifers aus zweifelhaften Patenten deutlich zu erhöhen.

Bekannte Literatur zu Patentstrategien beschreiben den Einsatz von Patenten als taktisches Machtmittel, teilweise mit Tipps zu Winkelzügen bis hin zu „Playing Ugly“ als Vorlage für Patent-Trolle. Abwehrstrategien gegen Patente und Angriffe aus Patenten finden sich dagegen praktisch nicht. Dabei braucht Innovation 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. Zweifelhaft, da die derzeitige Vernichtungsrate vor den Einspruchs- und Patentgerichten mit mehr als 50 Prozent auffallend hoch ist, d.h. jedes zweite erteilte Patent ist potenziell rechtswidrig. Eigentlich ein Skandal, der das gesamte Patentsystem in Frage stellt. Patentämter werden diese mangelhafte Qualität 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. Diese Vernichtungsentscheidungen fallen erst in einer gründlichen Überprüfung nach mehreren, nicht selten über fünf Jahren und machen manches Verletzungsurteil zum Fehlurteil: zu spät für den Beklagten. Auch zweifelhafte Patente geben vom ersten Tag ihrer Erteilung durch einen Verwaltungsakt der Patentämter dem Patentinhaber einen durchsetzbaren Ausschließlichkeitsanspruch und stellen eine Bedrohung für Dritte dar, die evtl. tangierte Neuprodukte praktisch unverkäuflich macht und Existenzen vernichten kann. Dabei 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. Der

nachfolgende Beitrag benennt Abwehrstrategien für innovative Hersteller gegen die Bedrohung aus Patenten.

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 Schadensersatz und Herausgabe des Unternehmergewinns. Falls er nach einem rechtskräftigen Verletzungsurteil das Patent vor dem Patentgericht vernichten kann, wird es umgekehrt schwer, Schadensersatz zu erreichen, da der Patentinhaber sich auf den Spruch des Verletzungsgerichts in zweiter Instanz verlassen hat. Das Fehlurteil hat der Staat zu verantworten, kaum der Kläger aus seinem Patent, der das Urteil auf Unterlassung und Vernichtung von Waren vollstreckt hat. Entschädigungen des Staates sind bekannt marginal.

Einer vorsorgenden Anti-Patent-Strategie kommt daher existenzielle Bedeutung insbesondere für den meist kapitalschwächeren Mittelstand zu. Neben den nachfolgenden Vorschlägen zum Selbstschutz engagiert sich der Patentverein u.a. mit einem Gesetzesentwurf zum vorläufigen Rechtsschutz gegenüber der Patenterteilung und verlangt die 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.

10 Tipps gegen die Bedrohung durch Patente:

1. Recherchen

Schon während Ihrer Entwicklung eines Produkts müssen Sie die relevanten Patente insbesondere Ihres Wettbewerbs kennen und analysieren und im Zweifel technisch umgehen. Die Abgrenzung wird Ihnen aber nicht sicher gelingen, da die Anspruchstexte verklausuliert sind und Sie auch als Fachmann verunsichert werden. Auch Patentanwälte können keine Garantien und absolute Sicherheit bieten.

2. Stand der Technik

Sammeln Sie den Stand der Technik, also Schriften zeitlich vor dem Anmeldetag relevanter Patente Dritter. Möglichst auch 20 Jahre alte Schriften, neben Patenten z.B. Fachartikel und Firmenbroschüren. Archivieren Sie eigene Produktkataloge und Beschreibungen mit Nachweis der Veröffentlichung. Legen Sie sich Ordner an mit den Fundstellen und Ihren Kommentaren, die Sie später bei Bedarf heranziehen können.

3. Abwehrpatente

Zur Abgrenzung gegenüber einem evtl. relevanten Patent können Sie versuchen, unter Würdigung dieses Patents eine eigene Anmeldung vorzunehmen, die die Ausführungsform Ihres Produkts beschreibt und es gleichzeitig abgrenzt vom bedrohenden Patentanspruch Dritter. Damit nutzen Sie die Erteilungsfreude der Patentämter und erhalten eine offizielle Schrift zur Abwehr von Verletzungsvorwürfen oder eine mögliche Verletzung wird in einer Ablehnung Ihres Antrags aufgezeigt. Dann gilt es eine technische Umgehungslösung zu finden.

4. Umgehungslösungen

Riskieren Sie keine Patentverletzung mit Ihrem Produkt, das Sie auf ein schwaches und einsturzgefährdetes Fundament stellen würden. Prüfen Sie – mit anwaltlicher Hilfe - das bedrohende Patent genau, auch auf seine Berechtigung vor dem Stand der Technik, und suchen Sie im Zweifel nach einer technischen Umgehungslösung.

5. Prior Art Publishing

Falls Sie Ihr Produkt oder Verfahren auch nicht teilweise selbst zum Patent anmelden wollen, sollten Sie vermeiden, dass Dritte zufällig oder durch Indiskretion Anmeldungen tätigen und Ihnen zuvorkommen. Sie können daher Stand der Technik schaffen u.a. durch nachweisbare Veröffentlichung in Vorträgen, Fachartikeln und Aushängen mit notarieller Bestätigung. Fachartikel in eher unbekanntem, auch fremdsprachigen Printmedien verschaffen dabei eine vorhandene, aber schwer zu recherchierende Öffentlichkeit. Entsprechende Anbieter erfreuen sich steigender Nachfrage.

6. Crowd Sourcing

Gegen störende Patente Dritte 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.

7. Gesetzesentwurf zum Rechtsschutz gegenüber der Patenterteilung

Der patentverein.de e.V. wirbt für die politische Unterstützung seines eingebrachten Gesetzesentwurfs für einen vorläufigen Rechtsschutz gegenüber der Patenterteilung. Danach soll die Aussetzung eines Verletzungsurteils Regelfall werden, bis die Gültigkeit des Streitpatents von einem technisch besetzten Patentgericht festgestellt ist.

8. Patent-Versicherung

Selbst die EU-Kommission empfiehlt mit Einführung des EU-Patents in Sorge um den Mittelstand den Abschluss einer Prozesskostenversicherung, räumt aber ein, dass es diese noch nicht gibt. Der Patentverein ist im Gespräch mit der Assekuranz, hier zumindest für den Verteidigungsfall in Patentstreitigkeiten ein Angebot zu unterbreiten.

9. 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 benötigen Sie allerdings die Bestätigung Ihrer Kunden, Ihr Produkt 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 Vielanmelder, 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.

Weiteres Druckmittel ist die Veröffentlichung von missbräuchlichen Vorgängen mit trollhaftem Verhalten, von Schutzgelderpressungen zu angedrohten Patentverletzungsverfahren und zu den Fallzahlen aus Verletzungs- und Widerrufsverfahren. Leider können Bedrohungen nur auf gleicher Ebene beantwortet werden, um eine Verhandlungsposition auf Augenhöhe zu erreichen.

10. Lizenzierung

Eine friedliche Lösung ist immer vorteilhaft und oft wesentlich wirtschaftlicher als ein jahrelanger Rechtsstreit mit ungewissem Ausgang. Sie gehen aber mit dem Lizenzgesuch zum Rechte-Inhaber, den Sie zunächst über Ihre Bedenken zur möglichen Patentverletzung und über Ihre Produktplanungen aufklären. Dann kann der Patentinhaber über Bedingungen einer Lizenzierung oder die Ablehnung entscheiden. Eine Verhandlungsposition als reiner Bittsteller kann nicht erfolgreich sein.

Mancher Teilnehmer wird über ein vergrößertes eigenes Patent-Portfolio nachdenken, also zahlenmäßig halbwegs gleichziehen. Als Basis eines Cross-Licensing wird das Mittelständlern nicht gelingen, wenn man hier die Übermacht der das Patentsystem beherrschenden Vielanmelder betrachtet. Qualität ins Spiel zu bringen, kann das Tafelsilber betreffen und muss im Einzelfall bewertet werden.