

Die europäische Patentreform – Das abgekartete Spiel

Rechtsanwalt Dr. Ingve Björn Stjerna, LL.M., Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz, Düsseldorf

Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

Die Notwendigkeit der Schaffung einer einheitlichen europäischen Patentgerichtsbarkeit haben deren Befürworter im Vorfeld und während des EU-Gesetzgebungsverfahrens über die europäische Patentreform vor allem mit einem angeblich hohen Einsparpotential und einem sehr vorteilhaften Kosten-Nutzen-Verhältnis begründet. Gestützt wurde dies auf die Ergebnisse einer einzigen, von der Europäischen Kommission beauftragten und bezahlten wissenschaftlichen Untersuchung, die, als methodisch fragwürdig und lückenhaft kritisiert, in zentralen Fragen mit Annahmen und Prognosen arbeitete, z. B. hinsichtlich der Verfahrenskosten beim Einheitlichen Patentgericht („EPG“). Angesichts der konkreten Ausgestaltung des EPG dürfte die ihm damals beschiedene ökonomische Vorteilhaftigkeit gegenstandslos sein. Das Gutachten und der Mechanismus, in dem es eingesetzt wurde, um ein offensichtlich gewünschtes Gesetzgebungsprojekt gegen alle Widerstände um jeden Preis durchzusetzen, sollen nachfolgend näher untersucht werden.

I. Die wissenschaftliche Grundlage der EU-Patentreform

Man würde eigentlich annehmen, dass der Gesetzgeber, bevor er in einem hochkomplexen Rechtsgebiet wie dem des Patentrechts tätig wird, die Auswirkungen vorgesehener Gesetzesänderungen vorab durch entsprechende Gutachten und Analysen wissenschaftlich fundiert und umfassend überprüfen lässt. Vor allem hinsichtlich der Schaffung einer einheitlichen Patentgerichtsbarkeit würde man schon angesichts des damit verbundenen Eingriffs in die Gerichtssysteme der teilnehmenden Staaten und damit in deren verfassungsmäßige Struktur davon ausgehen, dass die Folgen vorab umfassend wissenschaftlich untersucht und diskutiert wurden, um den betroffenen Staaten eine entsprechend breite Datengrundlage für ihre Entscheidung zu bieten, ob sie an einem solchen System teilnehmen möchten. Erstaunlicherweise sucht man dies vergeblich. Es gibt zur Patentgerichtsbarkeit nur eine einzige, von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebene Untersuchung, nämlich das am 26.02.2009 vorgelegte Gutachten „Economic Cost-Benefit Analysis of a Unified and Integrated European Patent Litigation System“¹ von Prof. *Dietmar Harhoff*, seinerzeit an der Ludwig-Maximilian-Universität in München tätig, nun am dortigen Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb.²

Obwohl seine Untersuchung für ihren eingeschränkten Ansatz, methodische Fehler und einen daraus resultierenden limitierten wissenschaftlichen Wert frühzeitig kritisiert wurde,³ blieb sie die einzige, die vor der Unterzeichnung des Übereinkommens über ein Einheitliches Patentgericht („EPGÜ“) seitens der beteiligten Institutionen eingeholt wurde. Auf nationaler Ebene der EU-Mitgliedstaaten in Auftrag gegebene Gutachten wie das in Polen⁴ erstellte – angesichts dessen negativer Ergebnisse die polnische Regierung von einer Teilnahme am EPGÜ abrückte –, blieben im EU-Gesetzgebungsverfahren unberücksichtigt.⁵ Hier stützten sich die politischen Protagonisten bei ihrer Entscheidung für die Schaffung einer einheitlichen EU-Patentgerichtsbarkeit einzig auf das *Harhoff*-Gutachten. Die diesem Gutachten zugrunde gelegten Annahmen und die auf dieser Grundlage gewonnenen Ergebnisse sollen nachfolgend näher untersucht werden.

II. Harhoff, „Economic Cost-Benefit Analysis of a Unified and Integrated European Patent Litigation System“ (2009)

Das Gutachten von Prof. *Harhoff* sollte im Auftrag der seinerzeit von *Margot Fröhlinger* geleiteten GD Binnenmarkt der Europäischen Kommission („Tender No. MARKT/2008/06/D“) die Vorteile aufzeigen, welche die Schaffung eines integrierten europäischen Patentstreitsystems gegenüber dem Status Quo bringen würde. Es bescheinigte einer solchen Gerichtsbarkeit u. a. ein sehr günstiges Kosten-Nutzen-Verhältnis, wonach ihr ökonomischer Nutzen die für Errichtung und Betrieb anfallenden Kosten um den Faktor 5 bis 10 übersteigen werde.

Das Gutachten beruht auf zwei zentralen Annahmen. Die eine ist ein weiter Begriff zur Bestimmung duplizierter Patentstreitverfahren, demzufolge zwischen 16 und 31 Prozent aller untersuchten Verfahren vor den Gerichten mehreren Staaten ausgetragen werden („Duplizierungsrate“). Die zweite Annahme ist die, dass die Verfahrenskosten

¹ Abrufbar bei der EU-Kommission unter bit.ly/2oneD3l.

² Profil abrufbar unter bit.ly/2CSxKa2.

³ Vgl. die Untersuchung „The Unified Patent Court: help or hindrance?“ des European Scrutiny Committee des britischen House of Commons, abrufbar unter bit.ly/2CUBQYV, Ev2, r. Sp.; näher *Xenos*, *Scripted* 2013, S. 246 ff., abrufbar unter bit.ly/2FKcqXe.

⁴ Deloitte, „Analysis of the potential economic impact from the introduction of Unitary Patent Protection in Poland“, abrufbar unter bit.ly/2GX8ou4; vgl. *Xenos* (Fn. 3), S. 266 ff., Ziffer 4.2.2.

⁵ So Kommissar *Barnier* am 23.02.2013 auf eine parlamentarische Anfrage des MEP *Nikolaos Chountis* vom 10.12.2012, abrufbar unter bit.ly/2CT8mkv.

ten vor dem EPG denen kostengünstiger kontinentaler Systeme wie dem deutschen entsprechen würden.

1. Inhalt des Gutachtens

Es war stets eine Grundprämisse der Patentreform, dass durch die grundsätzliche Notwendigkeit der separaten Durchsetzung der verschiedenen nationalen Designationen eines europäischen „Bündelpatents“ vor den jeweiligen nationalen Gerichten eine hohe Zahl an duplizierten Rechtsstreitigkeiten verursacht werde, was gravierende Kosten hervorrufe. Daher ist Umfang dieser Duplizierung einer der zentralen Parameter der Untersuchung.⁶

Während nach landläufiger Ansicht ein dupliziertes Verfahren vorliegt, wenn die gleichen Parteien vor den Gerichten verschiedener Staaten über das gleiche Patent streiten, ging das *Harhoff*-Gutachten von einem erweiterten Duplizierungsbegriff aus:⁷

“Duplication as referred to in this report does not require that exactly the same legal matter is brought by identical parties into different national courts. For the purpose of the computations below, we can speak of duplicated cases if the introduction of the unified Court would render one or several of the cases unnecessary, i.e. if the different national cases are substitutes in a legal and economic sense.”

Was dabei maßgebend für die Beurteilung ist, wann Verfahren als „Surrogate in einem rechtlichen und wirtschaftlichen Sinn“ zu verstehen sind, wurde nicht definiert.

Die genannte Umschreibung wirkt insofern etwas zirkel-schlüssig, als sie den Umfang der Duplizierung von der Zuständigkeit des zu schaffenden Gerichts her zu bestimmen versucht, während dieser Umfang erst zeigen soll, ob überhaupt ein Bedarf für ein solches Gericht besteht. Da eine Duplizierung nach Einschätzung erfahrener Patentpraktiker schon damals für lediglich 5 bis 8 Prozent aller Patentstreitverfahren angenommen wurde,⁸ bedurfte es vermutlich schon aus Sicht der auftraggebenden Kommission einer breiteren Definition, um der Untersuchung nicht von vornherein jeden Nutzen zur Überzeugung der Betroffenen von der Notwendigkeit eines EPG zu nehmen.

Dementsprechend gelangte das *Harhoff*-Gutachten anhand des gewählten Duplizierungsbegriffs zu der erwähnten Duplizierungsrate von – je nach Szenario – zwischen 16 und 31 Prozent,⁹ resultierend in gravierenden Kosten, die sich perspektivisch sogar noch erheblich erhöhen sollten:¹⁰

“Currently, the parties to patent litigation are estimated to spend between EUR 89 and 189 million on duplication of litigation. Due to the increase in the stock of patents “at risk”, the private costs of duplication

would range between EUR 148 and 289 million in 2013.”

Diese Kosten könnten durch die Schaffung einer einheitlichen Patentgerichtsbarkeit eingespart werden, was Prof. *Harhoff* indes von einer zentralen Bedingung abhängig machte: Die Verfahrenskosten dieser Gerichtsbarkeit müssten sich auf dem Niveau der vergleichsweise kostengünstigen kontinentalen Systeme, insbesondere des deutschen bewegen, die er als „low-cost litigation countries“ bezeichnete.¹¹ Unter dieser Voraussetzung führe die Schaffung eines EPG zu Einsparungen infolge vermiedener Duplizierung („avoided duplication“) sowie einer Kostenreduzierung („cost reduction“) für Parteien, die nicht mehr hochpreisige Gerichtssysteme wie das britische nutzen müssten.¹² Er erklärte (Hervorhebungen diesseits):¹³

“The preceding considerations were based on the assumption that the unified [sic] Patent Court will allow parties to litigate at the relatively low cost levels which characterize the national systems in low-cost litigation countries such as Germany, France and the Netherlands. A close reading of the Presidency’s proposal shows that several cost-reducing measures are planned. As has been pointed out in the discussion already, the cost of litigation is a central parameter which affects not only the extent of litigation, but also settlement activities and the potential for strategic behavior in the patent system. To strive for a low-cost system is therefore important.”

Ohne entsprechend niedrige Verfahrenskosten stünden die berechneten Vorteile ohne weiteres in Frage:¹⁴

“It is simple to see that these savings could be reduced substantially if the unified [sic] Patent Court system were to come with an increase in the cost of litigation beyond the level now present in Germany, France and the Netherlands.”

Dabei legte Prof. *Harhoff* seiner Untersuchung für die besagten „low-cost litigation countries“ durchschnittliche Kosten pro Partei von EUR 145.000,- zugrunde.¹⁵ Eine Steigerung dieses Wertes um EUR 50.000,- auf EUR 195.000,- führte bereits zu einer gravierenden Reduktion des Kosten-Nutzen-Verhältnisses der einheitlichen Patentgerichtsbarkeit.¹⁶ Bei einem Anstieg des Durchschnittsbetrages um 50 Prozent würden die berechneten Vorteile vollständig beseitigt:¹⁷

“It would take roughly a 50% increase in average litigation costs to dissipate the private benefits computed above completely.”

⁶ *Harhoff* (Fn. 1), S. 16, zweiter Abs.

⁷ *Harhoff* (Fn. 1), S. 15, Fn. 19.

⁸ Vgl. z. B. *Pagenberg*, GRUR 2012, 582 (585, I. Sp.).

⁹ *Harhoff* (Fn. 1), S. 40, Table 6.2; 146 von 872 Fällen im günstigsten Szenario, 311 von 992 im schlechtesten.

¹⁰ *Harhoff* (Fn. 1), S. 41, zweiter Abs. und Table 6.3.

¹¹ *Harhoff* (Fn. 1), S. 21, letzter Abs.; S. 41, dritter Abs.; S. 43, vorletzter Abs.

¹² *Harhoff* (Fn. 1), S. 22.

¹³ *Harhoff* (Fn. 1), S. 42, Abschnitt 6.4.

¹⁴ *Harhoff* (Fn. 1), S. 42, Abschnitt 6.4.

¹⁵ *Harhoff* (Fn. 1), S. 42, letzter Abs.

¹⁶ *Harhoff* (Fn. 1), S. 43, Table 6.4.

¹⁷ *Harhoff* (Fn. 1), S. 43, erster Abs.

Als Ergebnis der Untersuchung wurde festgestellt:¹⁸

“Avoiding duplication of infringement or revocation cases is likely to generate large benefits for the European economy. The results obtained here suggest that currently, between 146 and 311 infringement cases are being duplicated in the Member States. By 2013, this number is likely to increase to between 202 and 431 cases. Total private savings in 2013 would span the interval between EUR 148 and 289 million. Comparing the benefits to operating cost of EUR 27.5 million shows that the benefit-cost ratio ranges between 5.4 and 10.5 in 2013. Hence, the cost-benefit assessment focusing on avoided duplication leads to a highly positive evaluation of the proposal. (...) The results also show that the level of litigation costs at the new unified [sic] Patent Court will play a crucial role for access and for the monetary benefits from avoided duplication.”

Die Kommission nutzte die Ergebnisse dieser von ihr beauftragten Untersuchung und das darin bestimmte maximale Einsparpotential von jährlich EUR 289 Mio. ausgiebig zur Werbung für die Patentreform und das EPG.¹⁹

2. Die Duplizierungsrate

Schon die im *Harhoff*-Gutachten angenommene Duplizierungsrate von 16 bis 31 Prozent ist erkennbar zu hoch. Selbst die Kommission rückte noch während des laufenden EU-Gesetzgebungsverfahrens in einer eigenen Studie hiervon ab. Nach dessen Abschluss erschien eine weitere Studie, an der u. a. Prof. *Harhoff* mitwirkte, und die eine Duplizierungsrate von nur noch rund 8 Prozent ermittelte.

a) Kommission, „Study on the Caseload and financing of the Unified Patent Court“ (2011)

Die GD Binnenmarkt der Kommission veröffentlichte im November 2011 eine eigene Studie²⁰ mit dem Titel „Preliminary Findings of DG Internal Market and Services – Study on the Caseload and financing of the Unified Patent Court“. Man legte dieser den weiten Duplizierungsbegriff des *Harhoff*-Gutachtens zugrunde,²¹ nahm jedoch eine Duplizierungsrate von nur noch 10 Prozent an.²² Dies zeigt, dass der reale Umfang der Duplizierung abermals niedriger liegt, bestätigt durch eine Aussage in der Studie, wonach die Expertengruppe²³ der Kommission maximal 8 Prozent annehme.²⁴

¹⁸ *Harhoff* (Fn. 1), S. 53, zweiter Abs.

¹⁹ Vgl. die Erwähnung des angeblichen Einsparpotentials von EUR 289 Mio. in den Artikeln „EU plant neues Patentgericht“, FAZ vom 08.12.2009, abrufbar unter bit.ly/2CHnlOw; „EU-Patent vor dem Aus“, FAZ vom 27.08.2010 oder „Durchbruch für das EU-Patent“, FAZ vom 25.05.2011.

²⁰ Abrufbar unter bit.ly/2F2OMYk.

²¹ Preliminary Findings (Fn. 20), S. 14, Fn. 36.

²² Preliminary Findings (Fn. 20), S. 15, erster Abs.

²³ Gemeint ist wohl die frühere Kommissions-Expertengruppe „Geistiges Eigentum“.

²⁴ Preliminary Findings (Fn. 20), S. 15, Fn. 37.

Bereits diese deutliche Reduktion der Duplizierungsrate als einem der beiden maßgeblichen Parameter des *Harhoff*-Gutachtens bedeutete eine gravierende Minderung sowohl des darin bezifferten Einsparpotentials als auch des Kosten-Nutzen-Verhältnisses einer einheitlichen europäischen Patentgerichtsbarkeit. Zu einer Neubewertung der Situation und des Bedürfnisses für eine solche Gerichtsbarkeit führte dies gleichwohl nicht, vielmehr setzte man das Gesetzgebungsverfahren unbeirrt fort.

b) ZEW, „Patent Litigation in Europe“ (2013)

Nach der Annahme der beiden Verordnungen über den einheitlichen Patentschutz durch das EU-Parlament und der Unterzeichnung des EPGÜ, veröffentlichte das Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung („ZEW“) im September 2013 die Studie „Patent Litigation in Europe“²⁵, an der u. a. Prof. *Harhoff* mitgewirkt hatte. Darin wurden Patentstreitfälle aus Deutschland, Frankreich, den Niederlanden und Großbritannien während der Jahre 2000 bis 2008 miteinander verglichen.

In der Studie finden sich aufschlussreiche Aussagen insbesondere zum Umfang der Duplizierung von Patentstreitverfahren. Auf der Grundlage der landläufigen Definition, wonach ein duplizierter Fall vorliegt, wenn dieselben Parteien vor den Gerichten unterschiedlicher Staaten über dasselbe Patent streiten, wurde die Duplizierungsrate wie folgt beziffert (Hervorhebungen diesseits):²⁶

“Our analysis also offers evidence on the fragmentation of the European patent system. In UK and the Netherlands we find a relatively high number of cases that are litigated in several jurisdictions (26% and 15% of all cases litigated in the UK and the Netherlands respectively). These shares are a lot lower in Germany (2%) and France (6%). The lower shares are also explained by the fact that the overwhelming share of patents litigated in the UK and the Netherlands are national parts of EP patents (81% and 73% respectively) that have also been validated in Germany and France. The share of litigated EP patents is a lot lower in Germany and the Netherlands (42% and 39% respectively). If we restrict attention to EP patents only, overall the incidence of duplication is small: only 8.4% of all litigated EP patents are subject to litigation in more than one country. Of course, the patents affected by duplicated litigation are likely to be particularly important, and the cases will be more resource-intensive than those for other patents.”

Diese Zahlen liegen deutlich unter der in der *Harhoff*-Studie von 2009 angenommenen Duplizierungsrate von 16 bis 31 Prozent.

Auch die Schlussfolgerung der ZEW-Studie war vorsichtiger als das *Harhoff*-Papier (Hervorhebung diesseits):²⁷

²⁵ Abrufbar unter bit.ly/2F3gOUo.

²⁶ Patent Litigation (Fn. 25), S. 5, zweiter Abs.; S. 50, Table 6.

²⁷ Patent Litigation (Fn. 25), S. 60, zweiter Abs.

“We also obtain insights regarding one of the main motivations for the current reforms of the European patent system: fragmentation. We show that most EPO-granted patents that are litigated in a given jurisdiction have also been validated in all other jurisdictions (possibly with the exception of the Netherlands). This means that there is scope for parallel litigation of the same patent in multiple jurisdictions. However, our data reveals that the share of duplicated cases (cases that involve the same patent and litigating parties in multiple jurisdictions) is low in Germany (2%) and France (6%). Nevertheless, the share attains 26% in the UK and 15% in the Netherlands. This provides mixed evidence for fragmentation and the resulting need for parallel litigation in multiple jurisdictions. (...) However, we note that the vast majority of patents are litigation [sic] only once.”

Im Ergebnis bestätigt dies, worauf Praktiker seit jeher hingewiesen haben: Die große Mehrheit der Patentstreitverfahren findet vor den Gerichten eines einzigen Landes statt. Duplizierungen kommen vor, indes keineswegs in einem Umfang, der für sich gesehen die Schaffung einer einheitlichen Gerichtsbarkeit rechtfertigen würde. Die angenommene Duplizierungsrate ist somit deutlich übersetzt.

3. Die Verfahrenskosten beim EPG

Auch die zweite Prämisse des *Harhoff*-Gutachtens, wonach eine einheitliche Patentgerichtsbarkeit, um gegenüber dem Status Quo vorteilhaft zu sein, Verfahrenskosten auf dem niedrigen Niveau z. B. Deutschlands bieten müsse, wurde nicht erfüllt. Das Gegenteil ist der Fall.²⁸

a) Gerichtskosten

Dabei sind die Gerichtskosten noch wenig problematisch, diese bewegen sich im Vergleich mit den vor den deutschen Gerichten anfallenden Beträgen auf einem gleichwertigen bis günstigeren Niveau.²⁹

b) Maximal erstattungsfähige Vertretungskosten beim EPG vs. gesetzliche Kostenerstattung nach RVG

Gänzlich anders ist dies bei den vor dem EPG erstattungsfähigen Vertretungskosten. Vergleicht man die entsprechenden Maximalbeträge mit dem derzeitigen gesetzlichen Kostenerstattungsanspruch aufgrund des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes („RVG“), zeigen sich gravierende Unterschiede. Im Anhang zu diesem Artikel befinden sich tabellarische Gegenüberstellungen für die jeweils erstattungsfähigen Vertretungskosten

- in erster Instanz,
- in erster und zweiter Instanz, sowie
- in erster und zweiter Instanz des EPG im Vergleich mit der ersten bis dritten Instanz eines deutschen Verfahrens.

²⁸ Vgl. *Stjerna*, Die europäische Patentreform – Ein vergiftetes Geschenk für KMU, abrufbar unter www.stjerna.de/kmu.

²⁹ *Stjerna* (Fn. 28), S. 6, Ziffer V.2.b).

Ausgewiesen ist auch der Faktor, um den der jeweilige EPG-Maximalbetrag den korrespondierenden RVG-Betrag überschreitet. Nicht in den Beträgen inbegriffen sind jeweils Auslagen und sonstige Kosten sowie die deutsche Umsatzsteuer von aktuell 19 Prozent.³⁰ Der dritte, naturgemäß schiefe Vergleich dient vorrangig der Anschauung.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die beim EPG in erster Instanz maximal erstattungsfähigen Vertretungskosten im niedrigeren Streitwertbereich von bis zu EUR 500.000,- den gesetzlichen Erstattungsanspruch nach RVG um mehr als das Dreifache überschreiten. Bei einem Streitwert bis zu EUR 1 Mio. liegt das EPG-Limit um rund das 4,75-fache über RVG, bei bis zu EUR 2 Mio. Streitwert ist es rund das Fünffache. Das Maximum wird bei einem Streitwert ab EUR 4 Mio. mit dem fast Sechsfachen des RVG-Betrages erreicht, bevor die Spreizung wieder abnimmt. Ab einem Streitwert von EUR 8 Mio. liegt der EPG-Aufschlag bei rund dem Faktor 4,7, ab EUR 16 Mio. beträgt er circa das Dreifache des korrespondierenden RVG-Betrages.

Das Verhältnis der Erstattungsbeträge in zweiter Instanz ist sehr ähnlich dem für die erste Instanz beschriebenen, es fällt unwesentlich günstiger aus.

Interessant mag sein, dass die in den zwei Instanzen des EPG maximal erstattungsfähigen Vertretungskosten selbst den gesetzlichen Erstattungsanspruch für alle drei deutschen Instanzen immer noch um durchschnittlich das rund Zweieinhalb- bis Dreifache übersteigen.

Ergänzend ist zu bedenken, dass das EPG das Ermessen hat, den einschlägigen Maximalbetrag „in eingeschränkten Situationen“ auf Antrag einer Partei anzuheben, beispielhaft werden eine „besondere Komplexität“ oder die Verwendung mehrerer Sprachen genannt.³¹ Entsprechendes Ermessen besteht in bestimmten Fällen hinsichtlich einer Absenkung auf Antrag einer Partei.³²

Weiter ist zu berücksichtigen, dass der zugrunde zu legende Streitwert anhand des vom Kläger mit der Klage verfolgten „objektiven Interesses“ zu ermitteln ist.³³ Maßgebend hierfür ist vorrangig der Umfang an Lizenzgebühren, den der Beklagte für eine fiktive lizenzierte Nutzung der als patentverletzend angegriffenen Ausführungsform von dessen Markteinführung bis zum Patentablauf zu zahlen haben würde.³⁴ Schon wegen der geografischen Reichweite der Entscheidungen des EPG und der Anzahl der betroffenen Märkte dürften Verfahren mit einem Streitwert

³⁰ Die in dem Beitrag nach Fn. 24 auf S. 6, Ziffer V.2.c)aa) aufgeführten DE-Beträge beinhalten die deutsche Umsatzsteuer.

³¹ Dokument „Rules on Court fees and recoverable costs“ vom 16.06.2016, abrufbar unter bit.ly/2udTnS5, Art. 2(1).

³² Rules on Court fees etc. (Fn. 31), Art. 2(2).

³³ Regel 370(6)1 der EPG-Verfahrensordnung vom 15.03.2017 („EPG-VO“), abrufbar unter bit.ly/2vbYscY.

³⁴ Dokument „Guidelines for the determination of Court fees and the ceiling of recoverable costs“ vom 26.02.2016, abrufbar unter bit.ly/1WS4B2I, Ziffern I.1., II.1.a) und b).

im Bereich zwischen EUR 4 und 8 Mio. vor dem EPG keinesfalls selten sein.

Umfasst das Verfahren mehr als ein Patent und/oder richtet es sich gegen mehr als eine Partei, ist der Streitwert anhand einer kombinierten Lizenz für alle Patente und alle Parteien in allen von den Patenten abgedeckten Ländern zu bestimmen.³⁵ Insofern ist die Vorgabe, wonach die entsprechenden Vertretungskostenlimits unabhängig von der Anzahl der Parteien, der geltend gemachten Ansprüche und der betroffenen Patente gälten,³⁶ im Ergebnis irrelevant, denn die entsprechende Erhöhung des Streitwerts bewirkt im Regelfall auch eine Erhöhung des einschlägigen Erstattungsbetrages.

Hierbei ist auch zu bedenken, dass bei Erhebung einer Nichtigkeitswiderklage – die eher die Regel als eine Ausnahme darstellen dürfte – die Streitwerte von Verletzungs- und Nichtigkeitsverfahren addiert werden,³⁷ wobei das Gericht den des letztgenannten mit bis zu 50 Prozent über ersterem ansetzen kann.³⁸ Umfasst eine Nichtigkeitsklage bzw. eine Nichtigkeitswiderklage mehrere Patente, ist der Streitwert auch hier für jedes einzelne zu berechnen; die Summe ergibt den Streitwert.³⁹ Die Erstattung der Vertretungskosten erfolgt jeweils nach dem Gesamtstreitwert.⁴⁰

Letztlich darf nicht vergessen werden, dass die entsprechenden Maximalbeträge nur die Vertretungskosten abdecken.⁴¹ Hinzu kommen Auslagen wie z. B. Kosten für Parteigutachter, Zeugen oder Übersetzungen,⁴² die häufig nicht unerheblich sein werden.

Demnach bewegen sich die Verfahrenskosten beim EPG keineswegs auf dem als „lost-cost“ verstandenen deutschen Niveau, sondern um ein Vielfaches darüber. Dies beseitigt auch die zweite Säule der Berechnungen des *Harhoff*-Gutachtens und damit das auf dieser Grundlage ermittelte vorteilhafte Kosten-Nutzen-Verhältnis einer einheitlichen europäischen Patentgerichtsbarkeit

4. Bewertung

Schon die Absenkung der im *Harhoff*-Gutachten unterstellten Duplizierungsrate von 16 bis 31 Prozent auf maximal 10 Prozent reduzieren das Einsparpotential als auch das Kosten-Nutzen-Verhältnis einer einheitlichen Patentgerichtsbarkeit deutlich. Beide verschlechtern sich weiter durch die fehlende Bestimmung der EPG-Verfahrenskosten auf dem niedrigen deutschen Niveau. Nachdem Prof. *Harhoff* selbst erklärte, dass ein Anstieg der seinen Berechnungen zugrunde gelegten durchschnittlichen Parteikosten um 50 Prozent alle berechneten Vorteile aufzehre, kann man sich vorstellen, welchen Effekt der

dem EPG gegebene Kostenrahmen hat, der schon bei den erstattungsfähigen Vertretungskosten Steigerungen von bis zu 600 Prozent gegenüber dem korrespondierenden deutschen RVG-Betrag vorsieht. Man darf nach alledem annehmen, dass sich weder das Einsparpotential noch das Kosten-Nutzen-Verhältnis des EPG in der Realität annähernd so günstig darstellen wie im *Harhoff*-Gutachten beziffert. Es wäre keineswegs überraschend, wenn eine Wiederholung der Berechnungen mit den tatsächlichen Parametern ein indiskutables Ergebnis offenbaren würde.

Nicht von ungefähr hatte die britische IP Federation vor Unterzeichnung des EPGÜ im Februar 2013 nachdrücklich die Erstellung und öffentliche Diskussion einer Folgenabschätzung für die britische Wirtschaft verlangt.⁴³

“We are urging the Government to conduct a robust economic impact analysis based on the effect on the UK economy and publish the results for scrutiny before ratifying the Unified Patent Court Agreement.”

Die Vorlage dieser „robusten wirtschaftlichen Folgenabschätzung“ steht bis heute aus. Die IP Federation, der vor allem Großunternehmen angehören, hat ihre Haltung inzwischen auch ins Gegenteil verkehrt und fordert nun bei jeder Gelegenheit die britische Ratifikation des EPGÜ.⁴⁴

III. Ausblick

Es wird nach alledem eine gewisse Strategie zur erfolgreichen Durchsetzung eines ebenso kontroversen wie gewünschten Gesetzgebungsprojekts sichtbar. Im Vorfeld bzw. während des Gesetzgebungsverfahrens wird ein wissenschaftliches Gutachten in Auftrag gegeben, um sich einen Bedarf für ein gesetzgeberisches Tätigwerden und die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit eines solchen begründen zu lassen. Dieses Gutachten bleibt selektiv und stützt sich in entscheidenden Parametern auf übertriebene Vermutungen und Prognosen und bescheinigt den geplanten gesetzgeberischen Maßnahmen überaus positive Auswirkungen. Anderweitige, besser fundierte wissenschaftliche Untersuchungen holt man nicht ein, vorhandene werden ignoriert. Auf dieser eingeschränkten wissenschaftlichen Grundlage wird das Gesetzgebungsverfahren forciert. In dem Gutachten auf Annahmen und Prognosen gestützte Parameter, insbesondere Kostenfragen, werden auch im Gesetzgebungsverfahren nicht geregelt, dies verschiebt man auf einen Zeitpunkt nach Abschluss des Verfahrens.

Die konkrete Bestimmung dieser Parameter erfolgt dann mit einigem zeitlichen Abstand nach Ende des Gesetzgebungsverfahrens, wenn die Motive der Gesetzesänderungen und deren angeblich vorteilhafte Folgen im Bewusstsein der Betroffenen und der Öffentlichkeit bereits verblasst sind. Dabei erfolgt die Bestimmung völlig losgelöst von den Äußerungen und Versprechen des Gesetzgebungsverfahrens und den Annahmen des dort benutzten wissen-

³⁵ Guidelines (Fn. 34), Ziffer II.1.a)(5).

³⁶ Rules on Court fees etc. (Fn. 31), Art. 1(3).

³⁷ Guidelines (Fn. 34), Ziffer II.2.b)(4).

³⁸ Guidelines (Fn. 34), Ziffer II.2.b)(2)(ii).

³⁹ Guidelines (Fn. 34), Ziffer II.2.b)(3).

⁴⁰ Guidelines (Fn. 34), Ziffer II.2.b)(4).

⁴¹ Rules on Court fees etc. (Fn. 31), Art. 1(2).

⁴² Vgl. Regeln 150(1)2, 151(d), 152 ff. EPG-VO (Fn. 33).

⁴³ S. die Mitteilung der IP Federation vom 13.02.2013, abrufbar unter bit.ly/2tqZbbx.

⁴⁴ Vgl. z. B. die Mitteilung der IP Federation vom 26.02.2018, abrufbar unter bit.ly/2oStgMf.

schaftlichen Gutachtens, erforderlichenfalls auch in offenem Widerspruch zu diesen. Am Ende steht ein in Kraft befindliches Gesetzespaket, das ggf. nicht nur den ursprünglich kommunizierten politischen Motiven und Versprechen widerspricht, sondern dem auch die behaupteten Vorteile fehlen. Gelingt dies, wurde bestimmten Partikularinteressen Gesetzeskraft verschafft, wenn nötig auch zum Nachteil der Allgemeinheit und ungeachtet der Wirtschaftlichkeit.

Gemäß diesem Strickmuster wurde die europäische Patentreform auf EU-Ebene sowohl hinsichtlich des einheitlichen Patentschutzes als auch hinsichtlich der Verfahren beim EPG ohne konkrete Kostenregelungen verabschiedet, beides erfolgte erst nach Ende des Gesetzgebungsverfahrens. Der EU-Gesetzgeber hat die Reform demnach hinsichtlich der Schaffung des EPG allein im Vertrauen auf das im nunmehr erkennbar gegenstandslosen *Harhoff*-Gutachten versprochene Einsparvolumen und das angeblich überragend gute Kosten-Nutzen-Verhältnisses gebilligt, ohne dass die Substanz dieser Prognosen je anhand konkreter Zahlen hätte nachgerechnet oder belegt werden können. Bei der Festlegung der Verfahrenskosten des EPG störte man sich nicht daran, dass deren Umfang die angeblichen Vorteile der Schaffung der Gerichtsbarkeit völlig konterkariert.

Ganz ähnlich verfuhr man auch mit rechtlichen Problemen, die das Inkrafttreten der Patentreform gefährden könnten. Diese wurden bzw. werden ignoriert oder wegmoderiert oder, wenn dies nicht möglich ist, wird eine Lösung wiederum in die unbestimmte Zukunft verschoben. Die Auseinandersetzung um die ehemaligen Artikel 6 bis 8 der Verordnung zum einheitlichen Patentschutz und die Zuständigkeit des EuGH zur Auslegung materiellen Patentrechts, die Vereinbarkeit des EPGÜ mit dem Unions- und Verfassungsrecht oder zuletzt die Möglichkeit einer britischen Mitgliedschaft im EPGÜ nach einem Austritt aus der EU – in allen Fällen wurde bzw. wird versucht, die offensichtlich nötigen Problemlösungen zu vertagen und zunächst die Schaffung vollendeter Tatsachen durch die Inkraftsetzung der Reform zu erreichen.

Die Besonderheit liegt vorliegend darin, dass nunmehr ein Gericht die Möglichkeit hat, zunächst die aus zahlreichen Gründen zweifelhafte rechtliche Tragfähigkeit des EPGÜ umfassend zu überprüfen. Es kann damit nachholen, was sowohl im europäischen als auch im nationalen deutschen Gesetzgebungsverfahren wiederholt und vermutlich bewusst versäumt wurde und kann den Nutzern so letztlich doch noch die dringend benötigte Rechtssicherheit verschaffen.

* * *

Möglichkeiten zur Unterstützung meiner Arbeit zur europäischen Patentreform finden Sie unter www.stjerna.de/kontakt/. Vielen Dank!

Vergleich der Maximalbeträge der erstattungsfähigen Vertretungskosten beim EPG mit dem gesetzlichen Kostenerstattungsanspruch nach derzeitigem deutschem Recht

1. Instanz¹

| Streitwert bis zu | Erstattungsfähig beim EPG ² | Erstattungsfähig in einem deutschen Verfahren (RVG) ³ | Faktor |
|-------------------------------|--|--|--------|
| EUR 250.000,- | bis zu EUR 38.000,- | EUR 11.305,- | 3,36 |
| EUR 500.000,- | bis zu EUR 56.000,- | EUR 16.105,- | 3,48 |
| EUR 1.000.000,- | bis zu EUR 112.000,- | EUR 23.605,- | 4,75 |
| EUR 2.000.000,- | bis zu EUR 200.000,- | EUR 38.605,- | 5,18 |
| EUR 4.000.000,- | bis zu EUR 400.000,- | EUR 68.605,- | 5,83 |
| EUR 8.000.000,- | bis zu EUR 600.000,- | EUR 128.605,- | 4,67 |
| EUR 16.000.000,- | bis zu EUR 800.000,- | EUR 248.605,- | 3,22 |
| EUR 30.000.000,- ⁴ | bis zu EUR 1.200.000,- | EUR 458.605,- | 2,62 |
| EUR 50.000.000,- | bis zu EUR 1.500.000,- | (EUR 758.605,-) ⁵ | 1,98 |
| über EUR 50.000.000,- | bis zu EUR 2.000.000,- | (nach Streitwert) | |
| EUR 100.000.000,- | wie vor | (EUR 1.508.605,-) ⁶ | 1,33 |

1. und 2. Instanz⁷

| Streitwert bis zu | Erstattungsfähig beim EPG ⁸ | Erstattungsfähig in einem deutschen Verfahren (RVG) ⁹ | Faktor |
|--------------------------------|--|--|--------|
| EUR 250.000,- | bis zu EUR 76.000,- | EUR 23.922,- | 3,18 |
| EUR 500.000,- | bis zu EUR 112.000,- | EUR 34.098,- | 3,29 |
| EUR 1.000.000,- | bis zu EUR 224.000,- | EUR 49.998,- | 4,48 |
| EUR 2.000.000,- | bis zu EUR 400.000,- | EUR 81.798,- | 4,89 |
| EUR 4.000.000,- | bis zu EUR 800.000,- | EUR 145.398,- | 5,50 |
| EUR 8.000.000,- | bis zu EUR 1.200.000,- | EUR 272.598,- | 4,40 |
| EUR 16.000.000,- | bis zu EUR 1.600.000,- | EUR 526.998,- | 3,04 |
| EUR 30.000.000,- ¹⁰ | bis zu EUR 2.400.000,- | EUR 972.198,- | 2,47 |
| EUR 50.000.000,- | bis zu EUR 3.000.000,- | (EUR 1.608.198,-) ¹¹ | 1,87 |
| über EUR 50.000.000,- | bis zu EUR 4.000.000,- | (nach Streitwert) | |
| EUR 100.000.000,- | wie vor | (EUR 3.198.198,-) ¹² | 1,25 |

1. und 2. Instanz EPG und 1. bis 3. Instanz DE¹³

| Streitwert bis zu | Erstattungsfähig beim EPG ¹⁴ | Erstattungsfähig in einem deutschen Verfahren (RVG) ¹⁵ | Faktor |
|--------------------------------|---|---|--------|
| EUR 250.000,- | bis zu EUR 76.000,- | EUR 41.045,- | 1,85 |
| EUR 500.000,- | bis zu EUR 112.000,- | EUR 58.517,- | 1,91 |
| EUR 1.000.000,- | bis zu EUR 224.000,- | EUR 85.817,- | 2,61 |
| EUR 2.000.000,- | bis zu EUR 400.000,- | EUR 140.417,- | 2,85 |
| EUR 4.000.000,- | bis zu EUR 800.000,- | EUR 249.617,- | 3,21 |
| EUR 8.000.000,- | bis zu EUR 1.200.000,- | EUR 468.017,- | 2,56 |
| EUR 16.000.000,- | bis zu EUR 1.600.000,- | EUR 904.817,- | 1,77 |
| EUR 30.000.000,- ¹⁶ | bis zu EUR 2.400.000,- | EUR 1.669.217,- | 1,44 |
| EUR 50.000.000,- | bis zu EUR 3.000.000,- | (EUR 2.761.217,-) ¹⁷ | 1,09 |
| über EUR 50.000.000,- | bis zu EUR 4.000.000,- | (nach Streitwert) | |
| EUR 100.000.000,- | wie vor | (EUR 5.491.217,-) ¹⁸ | 0,73 |

¹ Ohne Auslagen und sonstige Kosten, ohne Umsatzsteuer.

² Standardbeträge gemäß der „Decision of the Administrative Committee of the Unified Patent Court on the scale of recoverable cost ceilings“ vom 16.06.2016 (abrufbar unter bit.ly/2udTnS5), eine Anpassung ist nach Art. 2 des Beschlusses möglich.

³ Gesetzlicher Kostenerstattungsanspruch der obsiegenden Partei aufgrund des RVG für rechts- und patentanwaltliche Vertretung in einem deutschen Patentverletzungs- oder Nichtigkeitsverfahren mit dem genannten Streitwert in erster Instanz, auf ganze Eurobeträge gerundet.

⁴ Maximaler Streitwert pro Partei nach deutschem Recht, bei mehreren Parteien auf Kläger- oder Beklagenseite beträgt der maximale Gesamtstreitwert EUR 100 Mio. (§§ 22 Abs. 2 RVG, 39 Abs. 2 GKG).

⁵ Vgl. Fn. 4, mindestens zwei Gegner.

⁶ Vgl. Fn. 4, mindestens zwei Gegner.

⁷ Ohne Auslagen und sonstige Kosten, ohne Umsatzsteuer.

⁸ Standardbeträge gemäß der „Decision of the Administrative Committee of the Unified Patent Court on the scale of recoverable cost ceilings“ vom 16.06.2016 (abrufbar unter bit.ly/2udTnS5), eine Anpassung ist nach Art. 2 des Beschlusses möglich.

⁹ Gesetzlicher Kostenerstattungsanspruch der obsiegenden Partei aufgrund des RVG für rechts- und patentanwaltliche Vertretung in einem deutschen Patentverletzungs- oder Nichtigkeitsverfahren mit dem genannten Streitwert in erster und zweiter Instanz, auf ganze Eurobeträge gerundet.

¹⁰ Vgl. Fn. 4.

¹¹ Vgl. Fn. 4, mindestens zwei Gegner.

¹² Vgl. Fn. 4, mindestens zwei Gegner.

¹³ Ohne Auslagen und sonstige Kosten, ohne Umsatzsteuer.

¹⁴ Standardbeträge gemäß der „Decision of the Administrative Committee of the Unified Patent Court on the scale of recoverable cost ceilings“ vom 16.06.2016 (abrufbar unter bit.ly/2udTnS5), eine Anpassung ist nach Art. 2 des Beschlusses möglich.

¹⁵ Gesetzlicher Kostenerstattungsanspruch der obsiegenden Partei aufgrund des RVG für rechts- und patentanwaltliche Vertretung in einem deutschen Patentverletzungs- oder Nichtigkeitsverfahren mit dem genannten Streitwert in erster, zweiter und dritter Instanz, auf ganze Eurobeträge gerundet.

¹⁶ Vgl. Fn. 4.

¹⁷ Vgl. Fn. 4, mindestens zwei Gegner.

¹⁸ Vgl. Fn. 4, mindestens zwei Gegner.