

Methodenfragen des Patentrechts

Herausgegeben von
AXEL METZGER

*Geistiges Eigentum und
Wettbewerbsrecht*
136

Mohr Siebeck

Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht

herausgegeben von

Peter Heermann, Diethelm Klippel,
Ansgar Ohly und Olaf Sosnitzer

136



Methodenfragen des Patentrechts

Theo Bodewig zum 70. Geburtstag

herausgegeben von
Axel Metzger

Mohr Siebeck

Axel Metzger, geboren 1971, ist seit 2014 Professor für Bürgerliches Recht und Immaterialgüterrecht, insbesondere Gewerblicher Rechtsschutz an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. Er hatte von 2008–2014 eine Professur an der Leibniz-Universität Hannover inne und war Gastprofessor in Basel, Schanghai und an der Bucerius Law School. Seine Forschungsschwerpunkte liegen in den Bereichen europäisches und internationales Immaterialgüterrecht sowie im Informationstechnologierecht.

ISBN 978-3-16-156332-4 / eISBN 978-3-16-156336-2

DOI 10.1628/978-3-16-156336-2

ISSN 1860-7306 / eISSN 2569-3956 (Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Theo Bodewig hat am 20. April 2016 seinen 70. Geburtstag gefeiert. In der ihm eigenen Bescheidenheit hat er den vorsichtig geäußerten Plänen für eine echte Festschrift eine Absage erteilt. Langatmige Lobpreisungen sind seine Sache nicht. Immerhin konnte der Jubilar aber zur Teilnahme an einem Symposium zu seinen Ehren überredet werden, welches er dann auch selbst mit einer Quintessenz zur „wettbewerbpolitischen Dimension der Schutzvoraussetzungen des Patentrechts“ bereichert hat (siehe den Beitrag auf S. 261).

Seine wissenschaftliche Laufbahn begann Theo Bodewig am Münchner Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, wo er zunächst als Stipendiat und später als Referent von 1974 bis 2002 tätig war. In München an der Ludwig Maximilians Universität hatte er von 1998 bis 2004 auch seine erste Professur inne. Seit 2004 war er Inhaber des GRUR-Stiftungslehrstuhls für Bürgerliches Recht, Immaterialgüterrecht, insbesondere Patentrecht, Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung an der Humboldt Universität zu Berlin. Seit 2014 ist er dort Seniorprofessor. Er war u. a. Gastprofessor an der Tulane University, New Orleans, der Santa Clara University, Santa Clara, und der University of Washington, Seattle. Von 2000 bis 2011 war er Richter am OLG München. Seine Forschungsschwerpunkte sind der Gewerbliche Rechtsschutz und das Kartellrecht.

Die in dem vorliegenden Band vereinigten Beiträge des Symposiums vom 2. Dezember 2016 behandeln verschiedene Methodenfragen des Patentrechts, wobei „Methodenfragen“ weit im Sinne von Grundlagenfragen zu verstehen ist. Zum Gelingen des Bandes haben zuallererst die Autoren beigetragen. Besonderer Dank gebührt zudem Marvin Bartels, Antonia Felber, Felix Janousek und Martina Labinski für die vielfältige Unterstützung bei der Edition der Beiträge und des Bandes. Die Autoren, der Herausgeber und die Mitarbeiter des Lehrstuhls wünschen Theo Bodewig Glück, Gesundheit und Schaffenskraft für den kommenden Lebensabschnitt.

Berlin, im April 2018

Axel Metzger

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Ingrid Schneider</i> Patentrechtsexperten als epistemische Gemeinschaft	1
<i>Rainer Moufang</i> Rechtsprechung und Auslegungsmethodik der Großen Beschwerdekammer des EPA	31
<i>Matthias Leistner und Philipp Simon</i> Auswirkungen eines möglichen Brexit auf das europäische Patentsystem	79
<i>Raimund Lutz</i> Service oder Bias: Patentämter im Dienste der Anmelder oder der Allgemeinheit?	101
<i>Axel Metzger</i> Das Einspruchsverfahren als politische Arena: Zur Rolle von NGOs im Patentrecht	111
<i>Herbert Zech</i> Technizität im Patentrecht – Eine intra- und interdisziplinäre Analyse des Technikbegriffs	137
<i>Horst-Peter Götting</i> Ethische Aspekte der Technikregulierung: Patentrecht oder Ordnungsrecht?	177
<i>Christine Godt</i> Überforderung des EuGHs im Recht des Geistigen Eigentums? Autonome Unionsrechtsauslegung versus immaterialgüterrechts- immanente Prinzipien	193

Hanns Ullrich

EuGH und EPG im europäischen Patentschutzsystem:

Wer hat was zu sagen? Versuch einer Standortbestimmung 229

Theo Bodewig

Die wettbewerbspolitische Dimension der Schutzvoraussetzungen

des Patentrechts 261

Herausgeber- und Autorenverzeichnis 267

Patentrechtsexperten als epistemische Gemeinschaft

Ingrid Schneider

A. Einführung

Das Patentrecht ist ein wirtschafts- und technologiepolitisches Instrument des Staates mit dem Zweck der Innovationsförderung. Es wird von Experten dominiert, die eine besondere Kompetenz und Deutungsmacht in diesem Feld entfalten. Neben Institutionen, Arenen und Diskursen sind es diese Experten als Akteure, die ein konstitutives Element des Patentsystems bilden. Hauptsächlich handelt es sich dabei um juristische Experten. Für diese, wie für andere Juristen gilt die rechtssoziologische Einsicht, „those involved in the practice of law interpret, redefine, recreate and reconstitute the meaning of law in particulars“.¹ Juristisches Wissen ist also in weitaus höherem Maße als das Wissen anderer Disziplinen wie etwa jenes der Mathematik oder der Sozialwissenschaften handlungs- und entscheidungsrelevant. Eine weitere Beobachtung entstammt der Rechtspolitik und der Governance-Forschung. *Julia Black* vermerkt: „The patent system in particular is striking in its closure and its resistance to external interventions“.² Mit dieser These einer besonderen Abgeschirmtheit des Patentsystems will sich dieser Beitrag konstruktiv, aber auch kritisch beschäftigen.

Viele sozialwissenschaftliche und inzwischen auch juristische Autoren, die sich mit der Governance der Immaterialgüterrechte befassen, greifen dabei auf das Konzept der „epistemischen Gemeinschaft“ als theoretisches und analytisches Rüstzeug zurück, um Wirken und Wirkung einer spezifischen Expertenkonstellation zu erklären.³ Um dieses Theorem für die Erklärung der Patent-Governance fruchtbar zu machen, wird in diesem Beitrag zunächst das Konzept der „epistemischen Gemeinschaft“ von *Peter Haas*⁴ vorgestellt. Dieses ist akteurs- und handlungstheoretisch angelegt, gleichzeitig integriert es die Rolle von Wissen, Ideen und Normen. Das Haas'sche Konzept wird sodann auf

¹ *Schmidt*, in: Jordana/Levi-Faur (Eds.): *The Politics of Regulation*, 2004, S. 273, 274.

² *Black*, *The Modern Law Review*, vol. 61(5), Sept. 1998, 621, 651.

³ Vgl. *Dobusch/Quack*, *Epistemic Communities and Social Movements: Transnational Dynamics in the Case of Creative Commons*, 2008, passim; *Morin*, *Paradigm shift in the global IP regime: The agency of academics*, *Review of International Political Economy*, Vol. 21, No. 2, 2014, 275, passim; *Godt*, *Eigentum an Information*, 2007, S. 54.

⁴ *Haas*, *Introduction: epistemic communities and international policy coordination*, *International Organization*, 46(1), 1, 35.

die epistemische Gemeinschaft des Patentrechts hin angewandt und die „Glaubenssätze“ des Patentrechts im Sinne von geteilten normativen und kognitiven Prinzipien, aber auch von geteilten Kausalvorstellungen, Geltungsansprüchen des Wissens und einer gemeinsamen Policy-Enterprise untersucht. Da dieser Aufsatz sich auch als Beitrag zur Rechtspolitologie versteht, werden außerdem unter Rückgriff auf *Frans van Waarden und Michaela Drahos*⁵ Besonderheiten der *rechtlichen* epistemischen Gemeinschaft sowie der Patentanwaltschaft als Profession für Policy-Prozesse und patentrechtsspezifische Governance-Muster herausgearbeitet. Der nächste Abschnitt widmet sich der Bedeutung der epistemischen Gemeinschaft für die gesellschaftspolitische Ausrichtung der Governance des Patentrechts. Hier wird auch die Auseinandersetzung mit der vermeintlichen Hermetik des Patentsystems geführt und nachgewiesen, dass diese nicht als vollkommene Abkapselung zu verstehen ist. Neuere Entwicklungen, die auf eine Heterogenisierung und Öffnung der Patentgemeinschaft hindeuten, aber auch erneute Abschließungsprozesse werden aufgenommen. Im Schlussteil wird die Bedeutung und Funktion der epistemischen Gemeinschaft für die Governance des Patentrechts zusammenfassend dargestellt.

B. Das theoretische Konzept der „epistemischen Gemeinschaft“

Unter einer Governance-Perspektive auf das Patentsystem dient das Konzept der epistemischen Gemeinschaft dazu, einige auf die Wissens- und Akteurs-Aspekte fokussierte Elemente der Selbstregulierung des Patentsystems einem analytischen Verständnis zugänglich zu machen. Patentjuristen und insbesondere die Patentanwälte sind dabei eine eminent wichtige Berufsgruppe von hoher professionspolitischer Bedeutung.⁶

Eine *epistemic community* beschreibt der Definition von *Peter Haas* zufolge, der dieses Konzept für die Politikwissenschaft prägte,

“a network of professionals with recognized expertise and competence in a particular domain and an authoritative claim to policy relevant knowledge within that domain or issue-area.”⁷

Dieses Konzept der epistemischen Gemeinschaft wurde zunächst vor allem für wissenschaftliche und technische Expertisen im Bereich der internationalen Umweltpolitik entwickelt. Inzwischen wurde es auch für andere Arenen

⁵ *Van Waarden/Drahos*, Courts and Epistemic Communities in the Convergence of Competition Policies, *Journal of European Public Policy* 9(6), 2002, 913, passim.

⁶ Teile dieses Beitrags beruhen auf Kapitel 1.E meiner Habilitationsschrift (*Schneider*, Das Europäische Patentsystem. Wandel von Governance durch Parlamente und Zivilgesellschaft, 2010, S. 188–218) und wurden für diese Veröffentlichung verändert, aktualisiert und erweitert.

⁷ *Haas*, (Fn. 4), S. 3.

und Politikfelder sowie für Beiträge zur europäischen Integration fruchtbar gemacht.⁸ Es stellt ein theoretisches Instrument dar, um den Einfluss von wissenschaftlichen Experten auf Politikprozesse zu beschreiben. Der Anspruch auf politikrelevantes *Wissen* in einem bestimmten Themenfeld verleiht den Experten Zugang zur politischen Arena und stellt ihre primäre Machtquelle dar, im Unterschied zu anderen kollektiven Akteuren wie etwa Verbänden, welche ihre Teilhabeansprüche vor allem auf eine Interessenrepräsentation stützen. Mit *Pierre Bourdieu*⁹ könnte man beim autoritativen Wissen auch von symbolischem Kapital sprechen.

Bevor auf die definitorischen Merkmale der epistemischen Gemeinschaft eingegangen wird, soll das Konzept von zwei anderen theoretisch-analytischen Konzepten, der Profession einerseits und Netzwerken und Organisationen andererseits, abgegrenzt werden.

Eine *Profession* wird in der Soziologie als Berufsgruppe mit folgenden Merkmalen definiert:

- *Lizenz*: Ihre Tätigkeit beruht auf spezialisiertem, in der Hochschule erworbenem und danach systematisch weiterentwickeltem Expertenwissen.
- *Gesellschaftliches Mandat*: Ihre Leistungen werden weitgehend als – staatlich unterstütztes – Monopol angeboten.
- *Selbstkontrolle*: Ihre Tätigkeiten unterwirft sie einer normativen kollegialen Eigenkontrolle, etwa durch Berufsgerichte, womit sie sich sozialer Kontrolle durch Nicht-Experten tendenziell entzieht.
- *Autonomie*: Sie ist durch ein hohes Maß an beruflicher Autonomie (Freiberuflichkeit) gekennzeichnet.
- *Sozialprestige*: Mit der Zugehörigkeit sind in der Regel hohes Ansehen, gesellschaftliche Wertschätzung und hohes Einkommen verbunden.¹⁰

Nach diesen Kriterien kann die Patentanwaltschaft als Profession verstanden werden.

⁸ Siehe *Radaelli*, The Role of Knowledge in the Policy Process, *Journal of European Public Policy* 2(2), 159, 1995, passim; *Radaelli*, The Public Policy of the European Union: Whither Politics of Expertise?, *Journal of European Public Policy* 6(5), 1999, 757, passim; *Zito*, Epistemic Communities, Collective Entrepreneurship and European Integration, *Journal of European Public Policy* 8(4), 2001, 585, passim; *Stone*, Transfer Agents and Global Networks in the ‚Transnationalisation‘ of Policy, *Journal of European Public Policy* 11(3), 2004, 545, passim; *Egeberg/Schaefer/Trondal*, The Many Faces of EU Committee Governance, *West European Politics* 26(3), 2003, 19, passim; vgl. *Fischer*, Technocracy and the Politics of Expertise, 1990, passim; *Löblová*, When Epistemic Communities fail: exploring the mechanism of policy influence, *Policy Studies Journal*, vol. 45(3), 2017, Version online: 26 AUG 2017 | DOI: 10.1111/psj.12213; *van Waarden/Drahos* (Fn. 5) schreiben etwa die Konvergenz der EU-Regulierung in der Wettbewerbspolitik maßgeblich der epistemischen Gemeinschaft von Wettbewerbsjuristen zu.

⁹ *Bourdieu*, Sozialer Raum und Klassen, 1985, passim.

¹⁰ *Freidson*, Professional Powers. A Study of the Institutionalization of Formal Knowledge, 1986, passim; vgl. *Siegrist*, Medizinische Soziologie, 5. Aufl., 1995, 227.

Wenn mit der Herausbildung und Etablierung einer Profession bestimmte Machtmechanismen assoziiert sind¹¹, so gilt dies auch für das Konzept der epistemischen Gemeinschaft. Im Unterschied zur Profession sind in dieser jedoch in der Regel *mehr* als eine Berufsgruppe oder Disziplin vertreten. Insofern kann eine Profession als Unterform der epistemischen Gemeinschaft betrachtet werden.

In Bezug auf das Konzept von *Netzwerken* ist darauf hinzuweisen, dass epistemische Gemeinschaften durch starke kognitive und normative Bindungen zusammengehalten werden, „die in Netzwerken nicht erreichbar sind, weil diese primär auf informellen, relativ schwachen Bindungen aufrufen, und die in Organisationen entbehrlich sind, weil diese ihre Mitglieder formal über Mitgliedschaftsregeln auf den Organisationszweck verpflichten“¹².

Haas zufolge teilen epistemische Gemeinschaften eine bestimmte Weltsicht (Episteme¹³), die sowohl kognitive wie auch normative Dimensionen hat.

Diese Episteme besteht aus vier analytisch zu trennenden Aspekten:

(1.) Geteilte normative Prinzipien und Vorstellungen (*beliefs*), welche eine Wertorientierung für die Handlungen bereitstellen.

(2.) Geteilte kausale Vorstellungen, die aus der Analyse zentraler Probleme in ihrem Arbeitsfeld stammen und eine Verbindung zwischen politischen Handlungen und erwünschten Ergebnissen herstellen.

(3.) Eine konsensuelle Wissensbasis, die auf geteilten Validitäts-Annahmen beruht, welche intersubjektive, intern definierte Kriterien für die Abwägung und Bewertung von Wissen in ihrem Wissensbereich umfasst oder gar einen geteilten Glauben an eine bestimmte Methode der Wahrheitsproduktion.

(4.) Eine geteilte „*policy enterprise*“, womit ein gemeinsames Ensemble von Praktiken gegenüber Problemsets umrissen ist, auf welche sich die professionelle Kompetenz richtet.¹⁴

Epistemische Gemeinschaften lassen sich also durch die Kombination dieser vier Charakteristika von anderen Gruppen, wie etwa Interessengruppen, welche nicht notwendigerweise kausale Vorstellungen und eine gemeinsame Wis-

¹¹ Die freie Berufstätigkeit des Patentanwaltsstandes ist in der Patentanwaltsordnung geregelt und unterliegt einer Selbstverwaltung.

¹² *Stichweh*, Strukturen der Weltgesellschaft. Starke und schwache Bindungen: Ein Überblick über die neue globale Sozialordnung, Frankfurter Rundschau, 13.3.2001; *Stichweh* charakterisiert zudem als typisch für epistemische Gemeinschaften ihre immanente Globalisierungswirkung, da sie sich auf eine Sache und den ihr zugeordneten Wissensbestand beziehe und damit regionale oder lokale Einschränkungen ihrer sozialen Bedeutsamkeit als unbegründet erscheinen ließen, und er prognostiziert einen Bedeutungsgewinn für globale epistemische Gemeinschaften, der sich aus deren sach- und wissenschaftgestützter Autonomie ergäbe.

¹³ Vom griechischen Wort ἐπιστήμη, epistémē – Erkenntnis, Wissen, Wissenschaft. Episteme bezeichnet im allgemeinen Sinne historisch variable Denkstrukturen, welche Erkenntnis und Wissen einer Epoche oder eines bestimmten Feldes bestimmen, beherrschen und auch begrenzen.

¹⁴ *Haas*, (Fn. 4), S. 3.

sensbasis teilen, unterscheiden. Sie lassen sich außerdem durch professionelles Training, Sozialisation und Habitualisierung sowie Kriterien von Exzellenz, Reputation und Prestige von anderen sozialen Gruppen abgrenzen. In diesen Gemeinschaften wirken besondere Inklusions- und Exklusionsmechanismen.

Eine Funktion der epistemischen Gemeinschaften besteht darin, Politiker in ihrer Meinungs- und Willensbildung zu beraten und sie bei der Analyse von Problemen und der Identifikation von Korrelationen oder Kausalitätsbeziehungen zu unterstützen. Sie identifizieren Verhandlungsthemen und schlagen bestimmte politische Maßnahmen vor. Sie agieren typischerweise *transnational* und üben durch die Zirkulation und die Diffusion von Informationen sowie über *peer pressure* aufeinander Anpassungsdruck aus.¹⁵

C. Die epistemische Gemeinschaft des Patentrechts

I. Wer zählt dazu?

Bevor die von *Haas* formulierten vier Kriterien auf den Gegenstandsbereich des Patentrechts und sein Politikfeld angewandt werden, sollen vorab die empirischen Arbeitsfelder der Mitglieder der Patent-Community umrissen werden. Die epistemische Gemeinschaft der Patentexperten im Patentrecht als Politikfeld setzt sich aus Spezialisten unter anderem aus folgenden Arbeitsfeldern zusammen:

- Mitarbeiter von nationalen und supranationalen Patentämtern (Patentprüfer, Juristen, Mitglieder der Beschwerdekammern);
- Mitarbeiter von internationalen Patentorganisationen (WIPO, WTO-TRIPS, aber auch von OECD, WHO und anderen internationalen Organisationen, die mit Fragen des gewerblichen Rechtsschutzes befasst sind);
- Hochschullehrer für gewerbliche Schutzrechte und Urheberrecht an Universitäten und außeruniversitären Forschungsinstituten (z. B. Max-Planck-Institute);
- praktizierende Patentanwälte und Rechtsanwälte in Patentanwaltskanzleien oder in Patentabteilungen größerer Firmen;
- Beamte von nationalen Behörden, Ministerien und anderen Exekutivinstitutionen bzw. Verwaltungseinheiten;
- Richter an allgemeinen Gerichtshöfen und Patentgerichten, sowohl bei Verletzungs- wie auch bei Nichtigkeitsklagen, welche in Deutschland institutionell und verfahrensrechtlich getrennt sind;
- Angestellte von universitären Technologietransferstellen;
- sowie Wirtschaftsberater.

¹⁵ Vgl. *Van Waarden/Drahos* (Fn. 5).

Bezieht man die von Haas genannten vier Charakteristika auf den Gegenstandsbereich des Patentrechts, dann zeigt sich, dass diese epistemische Gemeinschaft zwar transnational, aber kaum wirklich interdisziplinär zusammengesetzt ist. Sie besteht zudem aus „zwei Kulturen“, den Technikern, Ingenieuren und Naturwissenschaftlern einerseits und Juristen andererseits, wobei Patentjuristen häufig eine naturwissenschaftlich-technische und juristische Doppelqualifikation aufweisen, womit gleichzeitig angedeutet ist, dass die Trennungslinie zwischen beiden Kulturen nicht sehr stark ausgeprägt ist. Akademische Patentrechtler sind dabei für die Weiterentwicklung der Patenttheorie, Patentanwälte und Patentrichter für die Fortbildung der Rechtspraxis zuständig.

II. Geteilte normative und kognitive Prinzipien: Die Glaubenssätze des Patentrechts

Zu den geteilten normativen und kognitiven Prinzipien, die *Haas* als konstitutiv für epistemische Gemeinschaften betrachtet (Punkt 1 seiner oben genannten Auflistung), lässt sich in Hinblick auf die epistemische Gemeinschaft des Patentrechts feststellen, dass diese bereits im Patentrecht als Rechtsinstitut, das der Innovationsförderung und der wirtschaftlichen Entwicklung dient, enthalten sind. Das Patentrecht selbst weist einige Glaubenssätze auf, welche Axiome für seine epistemische Gemeinschaft bilden und damit geteilte Auffassungen darstellen, die sich gewissermaßen „jenseits“ einer kritischen, rationalen Hinterfragung befinden und nicht, wie etwa wissenschaftliche Hypothesen, durch empirische Untersuchungen überprüft werden.

Diese Kernprinzipien lassen sich – idealtypisch gefasst – folgendermaßen kurz umreißen:

1. Wertneutralität

Das Patentrecht wird als weitgehend wertneutral betrachtet. Es ist kein Rechtsinstitut, das normativ über die Erwünschtheit oder soziale Nützlichkeit von Technologien urteilt.¹⁶

¹⁶ „The grant of a patent is an event from which nothing follows consequentially and inevitably in terms of human action. Therefore, patenting cannot be classified as wrong, or even right, but can be put in the category of ethically neutral.“ (*Crespi*, 1995, 435, hier zit. nach *Kreff*, Patente auf human-genomische Erfindungen, 2003, S.96. Kritisch wird dieses positivistische und szientistische Patentrechts-Verständnis von anderen analysiert: „[P]atent law is continually presented as a neutral, inert system, which is above or beyond ethics, politics, or cultural concerns (...) [T]he legitimacy of patent law has been grounded upon the idea that it operates in an apolitical way to reward and stimulate scientific progress, without discrimination or prejudice (...) [T]his image extends not only to the belief in the neutrality of the patent regime, but also to the idea that technical invention is itself intrinsically uncontroversial (...) [and] logically premised on the absence of morality“ (*Bently/Sherman*, The Ethics of Patenting: Towards a transgenic patent system, *Medical Law Review*, 3, Autumn 1995, 275).

2. Innovationsfreundlichkeit

Patentrecht wird gleichzeitig als technologie- und innovationsfreundliches Rechtsinstitut verstanden, das positiv zum wissenschaftlich-technischen Fortschritt beiträgt. Bestehender gesellschaftlich-rechtlicher Regelungsbedarf wird nicht als Aufgabe des Patentrechts betrachtet sondern zur Abarbeitung an andere Rechtsbereiche, wie etwa das Strafrecht, Medizin- oder Umweltrecht, delegiert. Technikregulation sei weder Aufgabe des Patentrechts, noch könne es diese Funktion ausfüllen. Kurz gefasst: Patentrecht wird ausschließlich als technologiestimulierendes und innovationsfreisetzendes Recht betrachtet.

3. Einheitlichkeit

Der Grundsatz des Unitarismus des Patentrechts unterstreicht die Einheitlichkeit des Patentsystems jenseits von territorialer Aufspaltung und technologischer Differenzierung. „*One size fits all*“ lautet das Credo.¹⁷ Das heißt, es wird weder eine Notwendigkeit noch ein Bedarf hinsichtlich einer patentrechtlichen Differenzierung für verschiedene Technologiebereiche, Branchen oder für wirtschaftlich entwickelte und weniger entwickelte Weltregionen gesehen. Auch eine Differenzierung der Konditionalitäten zwischen großen Firmen und kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) wird nicht für zielführend gehalten. Ebenso wenig wird eine explizite Differenzierung in den Laufzeiten von Patenten zwischen kurz- und langzyklischen Technologien befürwortet. Außerdem dürfe kein Feld der Technik von der Patentierbarkeit ausgenommen werden („Technikneutralität“). Das Patentsystem, so die Annahme, bedarf der Einheit und Einheitlichkeit, um gleiche Wettbewerbs- und Innovationsbedingungen über verschiedene Industriebranchen und Regionen hinweg zu gewährleisten.¹⁸

4. Enge und positive Korrelation zwischen Patenten und Innovationskapazität

Es wird von einer positiven Korrelation zwischen der Zahl von Patenten und der Innovationsfähigkeit eines Landes oder einer Region ausgegangen. Überwiegend herrscht zudem die Annahme vor, je stärker Patentrechte für die Patentinhaber ausgestaltet würden, desto mehr Innovation werde erzielt wer-

¹⁷ Kritisch dazu: „The patent community clings religiously to the one-size-fits-all credo, preserving the inertia of the system against the business concerns of particular industries, and preserving it against scrutiny that might lead to an empirical understanding of costs and benefits – and winners and losers“ (Kahin, *The Expansion of the Patent System: Politics and Political Economy*, *First Monday*, vol. 6 (1), 2001, http://firstmonday.org/issues/issue6_1/kahin).

¹⁸ Vgl. kritisch *Godt*, *Eigentum an Information*, 2007, S. 491 f. und die Beiträge in *Eifert/Hoffmann-Riem*, (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Innovation*, 2008 sowie *Hoffmann-Riem*, *Innovation und Recht*, *Recht und Innovation: Recht im Ensemble seiner Kontexte*, 2016.

den können.¹⁹ In einer Kurzformel ausgedrückt lässt sich dieses vor allem von den Patentpraktikern vertretene Credo folgendermaßen zusammenfassen: Viele Patente = viel Innovation. Je mehr Patente und je stärker der Patentschutz, umso mehr Innovation sei möglich.

Diese Axiome, die zum Teil im Patentrecht kodifiziert sind, bilden auch Grundüberzeugungen der epistemischen Gemeinschaft des Patentrechts. Dies festzuhalten ist insofern wichtig, als „außerhalb“ dieser Axiome liegende Überlegungen kaum thematisiert werden können.

III. Geteilte Kausalvorstellungen, Wissensbasis und Policy-Enterprise

Die drei weiteren von Haas formulierten Kriterien lassen sich ebenfalls auf die epistemische Gemeinschaft des Patentrechts beziehen, nämlich Kausalitätsannahmen, Wissensbasis und Policy-Enterprise.

Die geteilten *Korrelations- oder kausalen Vorstellungen* der Patent-Community stehen in engem Zusammenhang mit den vier oben genannten Axiomen: Sie bestehen vor allem darin, anzunehmen, dass das Patentrecht einen entscheidenden und in der Bilanz allzeit positiven Beitrag zur Technologieentwicklung, Wirtschaftsentwicklung und zur Innovationsfähigkeit eines Landes leistet.²⁰

Außerdem ist das Patentsystem durch das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, der „*rule of law*“ gekennzeichnet. Das Erteilen eines Patents wird in diesem Sinne nicht als politischer Akt, durch den der Staat etwas *gewährt* (etwa im früheren Sinne eines Patent-Privilegs), sondern als rechtlicher *Anspruch* der Patentanmelder gegenüber dem Staat und seinen Exekutivagenturen – insbesondere den Patentämtern – gefasst. Patentämter üben aus dieser Sicht keine politische Rolle hinsichtlich des Erteilens oder Verweigerns von Patentansprüchen aus, sondern prüfen lediglich „technisch“, ob die entsprechenden Rechtsnormen (materielles Patentrecht) und formalen Voraussetzungen (prozedurales Patentrecht), die in den Patentgesetzen und den entsprechenden Ausführungsbestimmungen rechtlich festgelegt sind, erfüllt wurden.²¹

¹⁹ James Boyle charakterisiert diese Haltung in kritischer Absicht dahingehend, dass er die adäquate Reichweite und den Umfang des Patentschutzes als „extra large“ (Boyle, Duke Law & Technology Review, No. 9, pp. 1–12, 2004) kennzeichnet.

²⁰ Eine empirische Überprüfung des Zusammenhangs von Patenten und Innovationsfähigkeit ist nicht zuletzt deshalb erschwert, weil es sich bei Innovation um eine „fuzzy entity“ handelt und es an allgemein gültigen Indikatoren und Methoden zur Feststellung von Innovation mangelt. Einschlägige indirekte Messungen, die sich auf vorliegende Statistiken stützen, sind die Forschungs- und Entwicklungsausgaben, Publikationshäufigkeiten, sowie die absolute oder relative Zahl von Patenten. Wie aus letzterem deutlich wird, gerät die Argumentation damit leicht zur Tautologie, mit der Tendenz, diese apologetisch zu wenden. Zur „direkten“ Messung von Innovation werden methodisch Befragungen von Unternehmen geführt und ausgewertet; dabei wird Innovation aber nicht gesellschaftspolitisch, sondern primär betriebswirtschaftlich definiert.

²¹ Darunter fällt insbesondere, ob die drei Basiskriterien der Neuheit, erfinderischen Tätigkeit und gewerblichen Anwendbarkeit, sowie die formalen Voraussetzungen, wie etwa Anmeldefristen und Zahlungen von Gebühren gegeben sind.

Zur gemeinsamen *Wissensbasis* der epistemischen Gemeinschaft im Patentrecht ist anzuführen, dass diese sich aus dem Wissen um die Regeln der juristischen Methode, der Rechtsdogmatik und -hermeneutik sowie aus formalen Kriterien (z. B. zum Aufbau von Patentansprüchen), die mit einer eigenen rechtlichen Logik und Präzision sowie einer eigenen Rechtsterminologie „abgearbeitet“ werden, ergibt. Sie trägt eine szientistische und technokratische Grundausrichtung. Naturwissenschaftlich-technische Erkenntnisse werden in die Sprache des Patentrechts „übersetzt“ und damit gleichzeitig transformiert. Die Art und Weise dieser „Übersetzung“ und Anpassung ist eine spezifische Leistung von Patentanwälten, wobei sich ihre spezifische Kompetenz gerade darin zeigt, die Interessen des Anmelders mit den von den Patentämtern gestellten und sich verändernden Erfordernissen in Einklang zu bringen. Die Gemeinsamkeit der Wissensbasis führt allzu leicht dazu, dass übersehen wird, dass es sich hierbei auch um einen Transformationsprozess handelt: Wirtschaftliche und technologiepolitische Fragen und Präferenzen werden in diesem Prozess juridifiziert, sie werden nur noch als Probleme von Schutzbereichen, der spezifischen Formulierung von Patentansprüchen, von Patent-Laufzeiten, und jeweiliger Modi des Schutzes des „geistigen Eigentums“ (Urheberrecht, Marke, Patentrecht, Gebrauchsmuster etc.) formuliert und prozeduralisiert. Die gemeinsame „*policy enterprise*“ der Patent-Community liegt in der Bestandswahrung und Stärkung des gewerblichen Rechtsschutzes. Die Patentgemeinde, so *Susan Sell*, sei „socialized to promote the protection of IP, and uphold the ideology of private property rights.“²² Die Expansion der Immaterialgüterrechte wird dabei für einen nahezu unumkehrbaren Prozess gehalten.²³

Gemeinsame rechtliche Schulungen, Trainings und Weiterbildungen – nicht zuletzt durch das Ausbildungs- und Prüfungsverfahren für Europäische Patentanwälte, das direkt beim Europäischen Patentamt angesiedelt ist, aber auch Fortbildungsveranstaltungen privater Anwaltskanzleien und spezialisierter Institute – stellen Sozialisations- und Habitualisierungsinstrumente dar, durch die die Mitglieder der Community in einen Diskurs-, Werte- und Normenzusammenhang eingeführt werden. Dabei werden auch Kohärenz und Konvergenz über Problemformulierungen und Methoden zur Lösung von neuen Fragen (z. B. mittels von Kasuistiken zur Anwendung des Patentrechts in neuen Technologiebereichen) hergestellt.

Damit sind bereits einige Besonderheiten der epistemischen Gemeinschaft des Patentrechts genannt. Im Folgenden soll noch auf weitere Charakteristika

²² *Sell*, *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights*, 2003, S. 99.

²³ *Schricker/Dreier/Kur*, *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*, 2001; *Ohly/Bodewig* et al. (Hrsg.) *Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts*. Festschrift für Gerhard Schricker, 2005.

hingewiesen werden, welche diese Patent-Community mit anderen rechtlichen Communities teilt und dabei einige grundlegende Governance-Muster des Patentsystems herausgearbeitet werden.

D. Besonderheiten *rechtlicher* epistemischer Gemeinschaften und patentrechtsspezifische Governance-Muster

Rechtliche epistemische Gemeinschaften weisen, wie *Frans van Waarden* und *Michaela Drahos* in einem Aufsatz²⁴ hervorheben, einige Besonderheiten auf, welche sie von anderen wissenschaftlichen (z. B. Physiker, Philologen) oder professionellen (z. B. Ärzte, Architekten) Gemeinschaften unterscheiden. Ihnen zufolge ist für *rechtliche* epistemische Gemeinschaften ihre starke *Normativität*, die strikt abgrenzt, was legal und akzeptabel ist – und demzufolge unrechtmäßige und nicht-akzeptable Praktiken ausgrenzt –, charakteristisch. Kennzeichnend seien aber vor allem auch *prozedurale* Normen der Urteilsfindung. Dies betrifft im Patentrecht Patentprüfungs- sowie Einspruchsverfahren und gerichtliche Verfahren zur Nichtigkeit und Verletzung eines Patentes. Präzedenzfälle und Case Law restringieren zukünftige Handlungsoptionen und schaffen damit Pfadabhängigkeiten.

Wie *van Waarden* und *Drahos* weiterhin aufzeigen, sind Juristen zudem stärker als andere Disziplinen *politisch institutionalisiert* „and in the front row of policy making“.²⁵ Dies gilt es zu unterstreichen, denn Juristen des Patentrechts sind nicht allein wissenschaftlich und politikberatend tätig, sondern agieren teilweise selbst insofern als Regelsetzende, als sie als Fachjuristen in Ministerien, Kanzleramt, Parlament oder in den Patentämtern Gesetzestexte, Verordnungen oder Prüfrichtlinien entwerfen. Richter formulieren Entscheidungen, die zu Case Law werden. Rechtsgelehrte und Patentanwälte schreiben Kommentare zu Rechtsfällen und tragen damit zum innerjuridischen und öffentlichen Diskurs bei. Damit sind nicht nur Aufgabengebiete von Rechtsreferenten in Patentämtern, insbesondere von deren juristischen Abteilungen und Beschwerdekammern, sondern auch diejenigen von Patentrichtern und von Patentbeamten in der Verwaltung (Ministerien, Patentämter) umrissen.

Die *hierarchische Strukturierung* stellt nach *van Waarden* und *Drahos* ein weiteres Charakteristikum der juristischen epistemischen Gemeinschaft dar: An der Spitze stehen auf nationaler Ebene in der Bundesrepublik die Richter des Bundesverfassungsgerichtes. Der X. Senat des Bundesgerichtshofes bildet die oberste Berufungs- bzw. Revisionsinstanz für Patentstreitigkeiten. Das Bundespatentgericht ist für Nichtigkeitsklagen zuständig, über Verletzungsklagen entscheiden

²⁴ Van Waarden/Drahos (Fn. 5), 23.

²⁵ Van Waarden/Drahos (Fn. 5), 24.

die Zivilgerichtskammern beim Landesgericht und als Berufungsinstanzen die Senate für Patentstreitigkeiten bei den Oberlandesgerichten.²⁶ Maßgeblich auf die Prägung und die Evolution des Patentrechts nehmen die Lehrstuhlinhaber von entsprechenden Universitätsinstituten oder von Forschungszentren des jeweiligen Landes Einfluss. Auf europäischer Ebene ist einerseits der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) für das Gemeinschaftsrecht maßgeblich. Da das Europäische Patentübereinkommen und die Europäische Patentorganisation nicht dem Gemeinschaftsrecht unterliegen, treffen andererseits die Große Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts, sowie dessen Juristische und Technische Beschwerdekammern maßgebliche Entscheidungen für die europäische Rechtsfortbildung. Ob und wann es zur tatsächlichen Etablierung des europäischen Einheitspatents und des Einheitlichen Patentgerichts kommt, und welche praktische Rolle dabei dem EuGH zukommen wird, ist derzeit noch nicht abzusehen.²⁷

Wie *van Waarden* und *Drahos*²⁸ schreiben, sind Rechtsinstitutionen – insbesondere natürlich die Gerichte – relativ unabhängig, ihre Vertreter genießen Autorität und können damit als Katalysatoren für Neuorientierungen dienen, beispielsweise indem sie gerichtliche Präzedenzfälle schaffen oder Entscheidungen vorbahnen, welche der Politik gelegen oder auch ungelegen kommen können. Dies gilt, wie eben beschrieben, in besonderer Weise für die Patentrichter.

Ähnlich fasst auch *Britta Rehder*²⁹ Juristen rechtspolitisch als Akteure, die durch ihre jeweilige *Rechtsauslegung* politisch handeln, selbst wenn sie keine direkten politischen Funktionen ausüben:

„In keinem gesellschaftlichen Diskurs sind Sinnproduktion und Macht so unmittelbar verknüpft wie in den Rechtswissenschaften. (...) Deutungsinnovationen ermöglichen demnach Prozesse des Umdenkens, des Präferenzwandels und mithin des politischen Strategiewechsels.“³⁰

Dabei weist sie forschenden Rechtswissenschaftlern die kreativsten Neuinterpretationen von Regeln zu, während sie zu Recht davon ausgeht, dass Richter wesentlich stärker restringiert in ihrer Rechtsauslegung sind. Wenn sie Anwälten wiederum eine Gatekeeper-Funktion für innovative Normendeutung

²⁶ Die institutionelle Trennung zwischen Verfahren der Nichtigkeitsklage und Verletzungsverfahren (bifurcation) ist ein deutsches Spezifikum, das in anderen Ländern nicht anzutreffen ist und bei dem Prozess hin zu einer Einheitlichen Patentgerichtsbarkeit in Europa zu vielen Kontroversen geführt hat.

²⁷ Vgl. *Schneider*, in: *Rehder/Schneider* (Hrsg.), *Europäische Gerichtsverbände, Grundrechte und Politikfelder*, 2016, S. 125, passim; und die Beiträge in diesem Band.

²⁸ *Van Waarden/Drahos* (Fn. 5), 24.

²⁹ *Rehder*, in: *Stolleis/Streeck* (Hrsg.), *Aktuelle Fragen zu politischer und technischer Steuerung im Kontext der Globalisierung*, 2007, S. 259, passim.

³⁰ *Rehder* (Fn. 29), S. 264.

zuschreibt,³¹ dann wird deutlich, dass sie von einer Art hierarchischen Aufgabenteilung und einer abgestuften Wirkmacht innerhalb der rechtlichen epistemischen Gemeinschaft ausgeht.

Es ist an dieser Stelle hervorzuheben, dass dies, übersetzt auf eine Governance-Perspektive auf das Patentrecht, bedeutet, dass Juristen erstens ausführende Funktionen für das politische System haben, zweitens aber eigene, dem Regierungssystem teilweise als *checks and balances* gegenüberstehende Governance-Funktionen aufweisen und drittens durch ihre juristische Praxis implizit politische Steuerungsleistungen vollbringen, indem sie in prozessualer, dynamischer Perspektive durch spezifische Rechtsinterpretationen zu einer Evolution von Recht in speziellen Rechts- und Politikfeldern beitragen. *Susan Sell* lässt zur Expertise der Patentrechtler anklingen, diese sei „reminiscent of the Catholic Church when the Bible was exclusively in Latin: IP lawyers are privileged purveyors of expertise as was the Latin-trained clergy“.³²

Auch *van Waarden/Draho*s³³ konstatieren, dass Mitglieder der Rechtsprofession eine aktive gesellschaftliche Rolle spielen und im Rahmen der gesetzlich vorgegebenen Entscheidungsspielräume autoritativ Recht setzen können (Richterrecht). Für das Politikfeld des Patentrechts spielt daneben die Patentanwaltschaft³⁴ eine gewichtige Rolle: Patentanwälte in Unternehmen, aber auch in niedergelassenen Kanzleien vollziehen in ihren Patentanmeldungen und Schriftsätzen nicht nur Anwendungen und Auslegungen des Patentrechts, sondern vertreten Partikularinteressen, indem sie sich bemühen (und in ihrer Funktion auch bemühen müssen), den Präferenzen ihrer Mandanten möglichst maximale Geltung zu verschaffen. Hier liegt allerdings auch ein Spannungsfeld zwischen Patentanwälten einerseits und Patentprüfern und Patentrichtern andererseits.

³¹ *Rehder* (Fn. 29), S. 266 ff.

³² *Sell* (Fn. 22), S. 99.

³³ *Van Waarden/Draho*s (Fn. 5), 23.

³⁴ Die Patentanwaltschaft verfügt jeweils über nationale Verbände. In Deutschland ist die Community vor allem über die GRUR – Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V., sowie die Patentanwaltsverbände in den einzelnen Bundesländern organisiert. Wichtige Verbände auf europäischer Ebene sind EIPLA – European Intellectual Property Association, das epi-Institut der beim Europäischen Patentamt zugelassenen Vertreter der Patentanwaltschaft, sowie für die Industrie-Patentanwaltschaft FEMIP – European Federation of Agents of Industry in Industrial Property. International ist insbesondere die bereits 1897 gegründete Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle (AIPPI) mit ihren Weltkongressen und Publikationen relevant. Zudem zu nennen sind FICPI-Internationaler Patentanwaltsverband, sowie IIPA – International Intellectual Property Alliance. Namhafte und international einflussreiche Forschungsinstitute und Think Tanks des Patentrechts sind unter anderem das Münchener Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, das Washingtoner IPI-International Intellectual Property Institute, sowie das CEIPI-Center for International Industrial Property Studies in Strasbourg. Eine akademisch wichtige Rolle spielen die Fachvereinigungen EPIP (European Policy for Intellectual Property) und ATRIP (International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property).

Während erstere auf individuelle Interessenmaximierung ausgerichtet sind, bewegen sich letztere an der Schnittstelle zwischen der privaten und öffentlichen Sphäre: Sie müssen – implizit – nicht nur die Interessen und Ansprüche von unterschiedlichen Erfindern respektive Patenthaltern bzw. Einsprechenden oder präsumtiven Verletzern bei der Prüfung oder bei Einspruchsverfahren und Gerichtsverhandlungen abgrenzen und abwägen. Es obliegt ihnen auch, die Kontinuität und Kohärenz des nationalen und europäischen Patentrechts zu wahren und dabei ideell die Interessen der Gesamtheit der Patentanmelder zu berücksichtigen, sowie diese – im Idealfall – mit jenen der Allgemeinheit abwägen. Für diese Abwägungen gegenüber allgemeinen Interessen bildet die privatrechtliche (statt öffentlich-rechtliche) Rahmung des Patentrechts jedoch eine gewisse Denkschwelle.

Im Sinne einer Governance-Perspektive bleibt hervorzuheben, dass das Prüfungsverfahren der Patentämter und die Entscheidungen über Streitfälle (post-grant) als *Koordinationsleistungen* zu verstehen sind, bei denen Ämter und Gerichte, indem sie Einzelfälle klären und einer Entscheidung zuführen, gleichzeitig zwischen verschiedenen Partikularinteressen vermitteln und einen Ausgleich herstellen. Faktengestützte „konträre Interessen“ einzubringen, ist zwar im Patenterteilungsverfahren und beim Einspruch binnen einer Neunmonats-Frist nach Erteilung prinzipiell für jedermann möglich,³⁵ es handelt sich bei solchen „Gegeninteressen“³⁶ aber um schwache und diffuse Präferenzen und Interessen, die bislang nicht organisiert sind.³⁷ Diese Koordinationsleistungen sind jedoch im Bewusstsein der im Patentsystem Handelnden nicht als Governance-Aktivitäten, bei denen es auch um Machtverhältnisse und technologiepolitische Steuerungsakte geht, verankert, sondern werden als bloße „technische“ Prüfungen und juristisch-technische Streitfälle aufgefasst. Demzufolge hat das Recht bisher kaum eine Sprache zur Reflexion der eigenen Rolle in diesen Governance-Prozessen gefunden.³⁸

³⁵ Gemäß Artikel 115 EPÜ kann nach der Veröffentlichung der europäischen Patentanmeldung jeder Dritte Einwendungen gegen die Patentierbarkeit der angemeldeten Erfindung beim Europäischen Patentamt erheben. Die Einwendungen sind schriftlich einzureichen und zu begründen. Siehe zur Frage, ob es sich dabei um eine Art Popularklage handelt, den Beitrag von Axel Metzger in diesem Band.

³⁶ Als „Gegeninteressen“ sind in diesem Zusammenhang beispielsweise Interessen an der Freihaltung bestimmter Bereiche (etwa Grundlagenforschung) von der Patentfähigkeit zu verstehen, um einen gemeinsamen, allen zugänglichen Wissenspool zu erhalten, oder das öffentliche gesundheitspolitische Interesse daran, keine überhöhten Preise für Medikamente zu entrichten.

³⁷ Siehe dazu: *Schneider*, Geistiges Eigentum und öffentliche Ziele, in: Hoffmann-Riem/Eifert (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Innovation*, 2008, S. 309, passim.

³⁸ Albers, *Juristenzeitung*, 58. Jg., 2003, 269, passim.

E. Zur Rolle der Patentanmelderschaft

Bisher wurde die epistemische Gemeinschaft des Patentrechts mit ihren Glaubenssätzen, geteilten Vorstellung und ihren Besonderheiten als *rechtliche* Community beschrieben. Bevor nun auf die Bedeutung und Funktion dieser Community für die Governance des europäischen Patentrechts eingegangen wird, ist in einem kleinen Exkurs auf eine Akteursgruppe hinzuweisen, die in dieser epistemischen Gemeinschaft auf *indirekte* Weise vertreten ist: Dies sind die Patent-Anmelder, die in der Regel durch Patentanwälte repräsentiert werden. Die Patentanmelderschaft bildet keine homogene Entität, sondern stellt ein heterogenes Ensemble von großen, inzwischen oft transnational agierenden Unternehmen und von individuellen Erfindern, von kleinen und mittleren Unternehmen sowie Start-ups, sowie zunehmend auch von Universitäten, Forschungsinstituten oder Stiftungen unterschiedlicher öffentlicher, privater oder gemischter (Public-Private-Partnerships – PPPs) Trägerschaft dar. Ähnlich wie letztere in ihrer Ausrichtung zwischen Gemeinnützigkeit bzw. öffentlichem Auftrag und individueller Interessenmaximierung bzw. Profitorientierung changieren, so gilt für die gesamte Gruppe der Patentanmelder, dass ihre Interessen und Präferenzen sehr unterschiedlich sind und sich außer bezüglich des Interesses daran, ein Patent zu erlangen, nicht unbedingt auf einen gemeinsamen Nenner bringen lassen.

Eine empirische Analyse dieser verschiedenen Gruppen von Patentanmeldern und ihren übereinstimmenden beziehungsweise divergierenden Interessen kann im Rahmen dieses Beitrags nicht geleistet werden, da dies eine polit-ökonomische Analyse voraussetzen würde. Die Patentanmelderschaft soll daher als vor allem über die Patentjuristen repräsentierte Gruppe behandelt werden. Im Feld reflektiert sich dies unter anderem darüber, dass große Unternehmen und Industrieverbände selbst dort, wo sie politische Lobbyarbeit betreiben, sei es in der Politik oder beim Europäischen Patentamt, in erster Linie über ihre eigenen Patentabteilungen und die dort beschäftigten Patentjuristen agieren. Dies spiegelt sich auch in der Zusammensetzung des *Ständigen Beratenden Ausschusses* (SACEPO) beim Europäischen Patentamt wider: In diesem Konsultativgremium der so genannten „Nutzer“ des Patentsystems sind zur Hälfte die Patentanwaltschaft über das Institut der beim Europäischen Patentamt zugelassenen Vertreter (*epi*), zur anderen Hälfte die Industrie repräsentiert, deren Vertreter von dem Arbeitgeberverband *Business Europe* benannt werden, wobei letztere als Mitglieder in der Regel die Leiter der Patentabteilungen großer Firmen nominieren; bislang haben unabhängige Erfinder, KMUs sowie Universitäten und Forschungszentren keinen festen Sitz in diesem Gremium inne, sondern werden höchstens als vom EPA-Präsidenten namentlich benannte Mitglieder aufgenommen.

James Boyle spricht der Patentgemeinde einen „pro-patent bias“³⁹ zu. Francis Hagel attestiert dem Europäischen Patentamt, es sei „captured by its clients“, was nicht zuletzt darin sichtbar würde, dass Patentanmelder als „customer“ bezeichnet werden.⁴⁰ Patentprüfer entscheiden in der Regel „in dubio pro patente“.⁴¹ Ein Hinweis auf die um sich greifende „Dienstleistungsmentalität“ des EPA ist ein im April 2015 gestartetes Pilotprogramm „Closer contacts with major applicants“. Demnach sollen zehn Patentanmelder mit höchsten Anmeldezahlen regelmäßig zu Gesprächen mit Direktoren der Generaldirektion 1 geladen werden. Begründet wird dies in einem internen Papier folgendermaßen: „there needs to be closer contact between examiners and their applicants. We should foster a better esprit de service, not least to ensure that we do not lose workload market share to other major offices“.⁴² Gemeint ist damit insbesondere die Konkurrenz zwischen den IP5, den fünf größten Patentämtern, neben dem EPA das USPTO, das japanische JPO, das koreanische KIPO und das chinesische Patentamt SIPO.⁴³

Meines Erachtens verfehlt dieses Vorgehen den öffentlichen Auftrag des EPA und insgesamt die „public mission“ der Patentämter, wenn man sich vor allem als Dienstleistungsagentur der Industrie versteht.

An dieser Stelle bleibt festzuhalten, dass für die Analyse der Governance des europäischen Patentrechts professionelle Experten – insbesondere die Patentjuristen – als Akteure eine herausragende Bedeutung haben.

F. Zur Bedeutung und Funktion von epistemischen Gemeinschaften

Nach der Beschreibung der Akteure des Patentrechts mithilfe des Konzepts der epistemischen Gemeinschaft soll nun die allgemeine Bedeutung und Funktion von epistemischen Gemeinschaften genauer analysiert und hierzu der politologische Forschungsstand referiert und auf das Patentrecht hin angewandt werden.

Haas zufolge liegt die Bedeutung von *epistemic communities* vor allem darin, Themenfelder zu strukturieren und damit neue Politikfelder auf die politische Agenda zu setzen.⁴⁴ Vor allem im Bereich der internationalen Umwelt- und der Klimapolitik ist tatsächlich zu beobachten, dass sich unter veränderten gesellschaftlichen Problemlagen und ihrer semantischen Artikulation als „neue globale Herausforderung“ interdisziplinäre Experten-Communities mit Einfluss

³⁹ Boyle (Fn. 19), passim.

⁴⁰ Hagel, *Serving two masters: the balance between the applicant and the public*, Patent World, vol. 161, 2004, S. 22.

⁴¹ Schneider (Fn. 37), S. 324.

⁴² EPO (European Patent Office), *Closer contacts with major applicants*, Internal document, 2015.

⁴³ Drahos, *European Intellectual Property Review* 9, 2010, 441, passim.

⁴⁴ Haas (Fn. 4).

auf die Politik herausbilden. Im Patentrecht ist allerdings eine „alte“ epistemische Gemeinschaft am Werk, welche das Patentsystem als ihre Domäne verwaltet und sich dabei europäisiert und internationalisiert hat. Sie hat dazu beigetragen, dass Fragen des „Schutzes des geistigen Eigentums“ in der Rangordnung politischer Themen an Gewicht gewonnen haben und in andere Politikarenen vorgedrungen sind. Patentrecht ist demnach zu einem wichtigen Bestandteil der Wissenschafts-, Forschungs- und Handelspolitik geworden.

Gleichzeitig zeigen sich in der Forschungspolitik andere neue Tendenzen, denn diese wird zunehmend – in einer Abkehr vom Technikdeterminismus früherer Jahrzehnte – als gestaltungsbedürftig angesehen, wenn nicht gar als demokratische Gestaltungsaufgabe betrachtet.⁴⁵ Wie der Inhalt und die Richtung wissenschaftlich-technischer Innovation ausgestaltet werden kann und soll, wird gesellschaftlich kontrovers diskutiert.⁴⁶ Diese beiden Prozesse – Aufwertung des Patentschutzes einerseits und Technologiekonflikte andererseits – sind jedoch lange Zeit parallel nebeneinander ohne wechselseitige Bezugnahme aufeinander verlaufen. Ob das Patentrecht bei der demokratischen Gestaltung technischer Innovation eine Rolle spielen kann und falls ja, worin diese liegen könnte, dies sind Fragen, die erst durch legislative Politikprozesse wie vor allem die EU Biopatentrichtlinie (98/44/EU) sowie durch die – 2005 gescheiterte – EU Richtlinie zu computer-implementierten Erfindungen angestoßen und der Deliberation zugänglich gemacht wurden.⁴⁷ Diese Richtlinien, ebenso wie etwa die EPA-Beschwerdekammerverfahren Tomate und Broccoli,⁴⁸ gerieten damit zu einer Reibungsfläche und einem Austragungsort für unterschiedliche Vorstellungen von technologiepolitischer Governance. Die epistemische Gemeinschaft des Patentrechts wurde dabei herausgefordert, ihre kognitiv-normativen Axiome zu überprüfen.

Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die erfolgte Aufwertung des Patentrechts in den vergangenen Jahrzehnten im Rahmen von wirtschafts-, wissenschafts- und forschungspolitischen Strategien als ein Prozess, der von den USA, Europa und Japan ausging, sich aber unter starker Beteiligung insbesondere von China und Südkorea sowie der WTO stark globalisiert hat, auch die epistemische Gemeinschaft des Patentrechts selbst vor neue Herausforderungen stellt.⁴⁹ Kazuo Waka-

⁴⁵ Martinsen (Hrsg.), Politik und Biotechnologie. Die Zumutung der Zukunft, 1997.

⁴⁶ Radkau, Geschichte der Zukunft: Prognosen, Visionen, Irrungen in Deutschland von 1945 bis heute, 2017.

⁴⁷ Vgl. Schneider (Fn. 6); Jasanoff, States of Knowledge: The Co-Production of Science and the Social Order, 2006; Eimer, Arenen und Monopole Softwarepatente in den USA und in Europa, 2011; Eckl, Die politische Ökonomie der „Wissensgesellschaft“: Geistige Eigentumsrechte und die Frage des Zugangs zu Ideen, 2004; Haunss, Conflicts in the knowledge society: The contentious politics of intellectual property, 2013.

⁴⁸ Vgl. Metzger, IIC 2016, 515, passim; Godt, IIC 2016, vol. 47(8), 941, passim.

⁴⁹ Drahos, Peter, The global governance of knowledge: Patent offices and their clients, 2010, passim; Sell (Fn. 22), passim.

sugi, der vormalige Commissioner des Japanischen Patentamts, weist in diesem Zusammenhang auf notwendige Transformationsprozesse des Patentsystems hin und bezweifelt im gleichen Atemzug die „Zukunftsfähigkeit“ der Zunft: „such patent experts may be the enemies of the future (...) subconsciously, the experts in patent offices are resistant to change“.⁵⁰ Damit wird auf Verharrungs- und Trägheitskräfte der epistemischen Gemeinschaft des Patentwesens verwiesen, die auch für Politikprozesse von Relevanz sind.

Van Waarden und *Drahos*⁵¹ sehen die Funktion von *epistemic communities* darin, im europäischen oder internationalen Rahmen eine „weiche“ Harmonisierung voranzutreiben, die konfliktvermeidend und entpolitisiert vorgeht, gleichwohl längerfristig zu politisch-rechtlichen Konvergenzen führt. Diese Funktion kann auch der Patent-Community zugeschrieben werden. Der rechtspolitologische Ansatz von *Rehder*⁵² widmet sich stärker den machtaffinen Aspekten von rechtlichen epistemischen Gemeinschaften; demnach geht es darum, analytisch offenzulegen, dass und wie sich Juristen-Communities an der Reproduktion oder Transformation spezifischer politischer Macht- und Herrschaftsinteressen beteiligen. Was diese im Feld von Technologie und Innovation bedeuten, bedürfte einer eingehenden theoretischen Herleitung und analytischen Reflexion, die im Rahmen dieses Beitrags nicht geleistet werden kann. Gleichwohl bleibt darauf hinzuweisen, dass Technologieentwicklung und Innovation sich nicht in einem „Machtvakuum“ vollziehen, sondern sowohl demokratiepolitische wie auch verteilungspolitische Wirkungen haben können.

An dieser Stelle lässt sich zunächst zusammenfassen, dass epistemische Gemeinschaften von Experten in einem bestimmten Politikfeld eine Wirkung auf die Ausrichtung und die Evolution des Politikfelds zugesprochen werden kann. Damit zeigt sich bereits, dass der Theorieansatz der „epistemischen Gemeinschaft“ ein wichtiges Analyseinstrument auch für die Governance-Forschung darstellt, denn in diesem wird ein besonderer Fokus sowohl auf die Akteursebene wie auch auf die Dimensionen von spezialisiertem, komplexem Expertenwissen und „technokratischen“ Wissensbeständen gelegt. Es besteht damit in gewissem Maße eine Anschlussfähigkeit an Theorien demokratischer Elitenherrschaft⁵³ sowie an theoretische Reflexionen zur Rolle von wissenschaftlichen Experten in der Politikberatung.⁵⁴

⁵⁰ Zit. lt. *European Patent Office* (ed) 2006: Interviews for the Future, S. 384.

⁵¹ *Van Waarden/Drahos* (Fn. 5), passim.

⁵² *Rehder* (Fn. 29), passim.

⁵³ Vgl. *Bachrach*, Die Theorie demokratischer Elitenherrschaft: eine kritische Analyse, 1970; *Röhrich*, Eliten und das Ethos der Demokratie, 1991; ders. (Hrsg.) ‚Demokratische‘ Elitenherrschaft: Traditionsbestände eines sozialwissenschaftlichen Problems, 1975.

⁵⁴ *Jasanoff*, The Fifth Branch: Science Advisers as Policymakers, 1990; *van den Belt*, Action at a Distance: A. W. Hofmann and the French patent disputes about aniline red (1860–1863), or how a scientist may influence legal decisions without appearing in court, in: *Smith/Wynne* (Eds.): Expert Evidence: Interpreting Science in the Law, 1989, S. 184, passim; *Fischer* (Fn. 8);

G. Bedeutung der epistemischen Gemeinschaft für die Governance des Patentrechts: Semi-Permeabilität statt Hermetik

Als nächster Schritt soll der substantielle Einfluss der epistemischen Gemeinschaft des Patentrechts auf die Ausrichtung der Governance des Patentrechts genauer bestimmt werden. Die patentrechtliche epistemische Gemeinschaft wirkt ein auf die Evolution, das heißt die Fortschreibung und Weiterentwicklung des Rechts in diesem Gebiet. Bei gesellschaftspolitischen Konflikten spielt es eine wichtige Rolle, ob die epistemische Gemeinschaft bereit und in der Lage ist, responsiv auf neue Auffassungen und Anforderungen zu reagieren. Insofern als sie Definitionsmacht über die „richtige Auslegung“ eines komplexen juristisch-technischen Feldes beansprucht und entsprechende Geltungsansprüche neuen und konkurrierenden Stakeholders gegenüber behauptet, agiert sie als *gatekeeper* für andere Disziplinen und dafür, welche Erwägungen überhaupt in die Arena politischer Deliberation gelangen sollen. In der Sprache der Frametheorie⁵⁵ formuliert kann festgestellt werden, dass die Patentgemeinde den Diskurs über die Patent-Governance einschließlich der Gesetzgebung „rahmt“, und dabei Richtung und Inhalt der Evolution des Patentrechts formt. Zu fragen wäre nun, in welcher Weise diese Evolution gesteuert wird?

Der auf das Patentrecht spezialisierte Jurist *Peter Drahos* kennzeichnet die hohe Gestaltungsmacht dieser epistemischen Gemeinschaft folgendermaßen:

“It is the patent community working with a set of assumptions, understandings, conventions and values that settles issues and problems of interpretation within the patent system. By doing so, the patent community probably exercises more influence on the direction and content of patent policy than legislatures, which in any case rely on committees of specialists to advise them on matters of patent policy.”⁵⁶

Tatsächlich bleibt hervorzuheben, dass das Patentsystem in seiner Governance in geringem Maße legislativ gesteuert ist. Selbst für den Fall von Legislativprojekten leisten Patentjuristen maßgebliche Vorarbeit für Gesetzestexte, sei es im Verfassen der Entwürfe oder in der Beratung des Gesetzgebers. Diese sind in einer spezifischen patentrechtlichen Rationalität sozialisiert, was Implikationen für den Inhalt von Gesetzgebungsvorhaben hat.

Drahos⁵⁷ und eine Reihe weiterer kritischer Beobachter⁵⁸ führen beispielsweise die Art der Anwendung des Patentrechts auf biotechnologische und infor-

Limoges, Expert knowledge and decision-making in controversy contexts, in: *Public Understanding of Science*, 2, 1993, 417, passim; Bogner/Torgersen, *Wozu Experten? Ambivalenzen der Beziehung zwischen Wissenschaft und Politik*, 2005; *Schneider* (Fn. 27); *Godt* (Fn. 48).

⁵⁵ Vgl. *Schneider* (Fn. 6), S. 75 ff.

⁵⁶ *Drahos*, *European Intellectual Property Review* 9, 441, 442.

⁵⁷ *Drahos* (Fn. 56), 443.

⁵⁸ Vgl. *Cornish*, *Intellectual Property: Omnipotent, Distracting, Irrelevant?*, 2004; *Boyle*, *Enclosing the Genome: What Squabbles over Genetic Patents Could Teach Us*, in: *Kieff* (Ed.): *Per-*

mationstechnische Erfindungen nicht primär auf politische Anreize zurück, sondern auf das Handeln von Patentjuristen selbst, die damit die Strategien einzelner Akteure aus Wissenschaft und Industrie vertreten haben sollen. Vorherrschendes Motiv für die 1980er und frühen 1990er Jahre war es demnach, bisherige, als zu eng empfundene Grenzen im Patentrecht zu überwinden,⁵⁹ um den als Schlüsseltechnologien für das 21. Jahrhundert verstandenen Bio- und Informationstechnologien zum Durchbruch zu verhelfen. Hierzu sind, wie der Wissenschaftshistoriker *Henk van den Belt*⁶⁰ betont, soziale Aushandlungsprozesse zwischen den interessierten Patentanmeldern und den Patentjuristen relevant.⁶¹ Fortentwicklungen und Adaptionsprozesse des Patentrechts, zum Beispiel an neue Technologiefelder oder an Globalisierungsprozesse, erfordern daher Flexibilisierungen in der Anwendung der bisherigen Rechtskategorien. Es bleibt vor allem eine Aufgabe der Rechtsdisziplin, eine autoritative Neuinterpretation der geltenden Rechtsdogmatik in der Anwendung auf neue Patentmaterien zu entwickeln.

Wie bereits ausgeführt, ist für Patentjuristen die Wertneutralität des Patentrechts ein Glaubenssatz. Dabei betonen sie, dass sie sich alleine im Rahmen des positiven Rechts bewegen und in der Ausführung von Recht und Gesetz handeln. Da die Juridifizierung konstitutiv für das Patentsystem ist, geht damit eine *Entpolitisierung* einher. Das heißt, es kommt zu einer Technisierung, Objektivierung und Neutralisierung von Entscheidungen und Urteilen, die allein als Folge der rechtlichen Logik und innerrechtlicher Diskurse betrachtet werden. Ihr implizit politischer Charakter wird dadurch latent gehalten, wie auch *Jean-Frederic Morin* festhält: „law masks political conflicts, carries political ideas“.⁶²

An dieser Stelle lässt sich fragen: Worum handelt es sich bei diesen latent politischen Entscheidungsprozessen und welche Motive und Ziele kommen dabei zum Tragen?

Der Jurist *Gerd Winter* schreibt dazu:

“Doctrinal debates, in contrast to political debates, tend to disguise their underlying motives. They complicate the matter once more by adding professional interests (of the patent attorneys, the patent judges, etc) to the more basic substantial interests“.⁶³

spectives on Properties of the Human Genome Project, 2003, 97, 122; *Dutfield*, Intellectual Property Rights and the Life Science Industries. Past, Present and Future, 2nd Edition, 2009; Godt (Fn.18).

⁵⁹ Vgl. *Nack*, Die patentierbare Erfindung unter den sich wandelnden Bedingungen von Wissenschaft und Technologie, 2002.

⁶⁰ *Van den Belt* (Fn. 54).

⁶¹ Der Wissenskorpus („body of knowledge“) des Patentrechts entwickelt diesem Verständnis nach zudem Pfadabhängigkeiten, insofern als er beschrieben werden kann als „being a residue of previous negotiations, carries the solutions of the past into the present as both a resource for and as a constraint on new negotiations. With the rise of new technologies these legal bodies of knowledge will often be experienced as straitjacket, it may then take a major renegotiation to break the force of ‚binding‘ precedent.“ (*van den Belt* (Fn. 54), S. 208).

⁶² *Morin* (Fn. 3), S. 280.

⁶³ *Winter*, Journal of Environmental Law, vol. 4 (2), 1992, 167, 175.