

Softwarepatente und Open Source Nachgereichte Stellungnahme zum Fragenkatalog für das Expertengespräch am 21. Juni 2001

Dr. Swen Kiesewetter-Köbinger*

7. August 2000

Zusammenfassung

Die vorgesehene Einführung der Patentierbarkeit von Softwarekonzepten läßt unter anderem Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der daraus resultierenden Folgen aufkommen. Große Teile der Antworten zu dem gestellten Fragenkatalog sind von dieser Sorge geprägt. Da einige dieser Überlegungen noch ziemlich neu sind und bisherigen, zu oberflächlichen Betrachtungen widersprechen, hat deren Ausführung einen breiten Raum eingenommen. Hoffentlich gelang es trotzdem, die Problematik der Patentierung von Software mit typischem Werkcharakter bei gleichzeitigem Schutz durch das Urheberrecht allgemeinverständlich darzustellen.

1 Allgemeine Grundlagen und Ausgangslage

1.1 Wie wird Patentschutz im Allgemeinen begründet?

Patentschutz ist eine Form des Eigentumschutzes, ausgelegt speziell für gewerblich anwendbare, technische Gegenstände und Tätigkeiten. Der Schutz des Eigentums wird durch das Grundgesetz [Art.14-GG] (1) garantiert. Im selben Absatz wird diese Schutzgarantie aber gleich wieder relativiert, denn Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt. Für den Schutz des geistigen Eigentums hat der Gesetzgeber vor allem das Urheberrecht, das Patentrecht, das Markenrecht und das Geschmacksmusterrecht vorgesehen. Jedes dieser Gesetze regelt, was als Eigentum im Sinne dieser Gesetze jeweils angesehen wird (Inhalt) und wie dieser Schutz ausgestaltet wird (Schranken).

Das Patentgesetz definiert Erfindungen als geistiges Eigentum. Eine kurze Übersicht über verschiedene theoretische Rechtfertigungen des Patentschutzes hat sehr schön [Bruchhausen] aufgestellt. Er nennt hier

*Patentprüfer des DPMA. Diese Antworten sind die persönliche Meinung des Autors.

das Naturrecht „Es ist gelehrt worden, eine neue technische Idee gebühre demjenigen, der sie erfunden habe. Dem Erfinder stehe die alleinige wirtschaftliche Auswertung seiner Erfindung zu. Diese Theorie, die auf ein ewiges Recht zur Ausbeutung einer neuen technischen Lehre von erfinderischer Qualität hinauslaufen würde, steht im Widerspruch zu der Wirklichkeit, daß auch Erfinder auf den Leistungen der Technik aufbauen, die andere früher schon erbracht haben. Ihre Realisierung würde den technischen Fortschritt zum Erliegen bringen“ ,

die Belohnungstheorie „Nach dieser Theorie wird der Erfinder, der der Erteilungsbehörde¹ seine Erfindung zur Veröffentlichung offenbart, mit einem zeitlich befristeten Ausschließlichkeitsrecht belohnt, damit er sich durch einen rechtlich abgesicherten Vorsprung vor seinen Mitbewerbern einen Gewinn verschaffen kann. Nach dieser Theorie ist das Patent gewissermaßen ein Gegenwert (Lohn) dafür, daß der Erfinder der Allgemeinheit seine Erfindung zugänglich macht und nicht für sich behält, so daß sie, mit seinem Tode endgültig für die Allgemeinheit verlorengehen oder auch sonst auf mehr oder weniger lange Zeit der Allgemeinheit vorenthalten bleiben würde, PA Bl.38, 118, 119. Diese Theorie setzt ein System des frei zugänglichen Marktes und einen funktionierenden freien Wettbewerb auf dem Markt voraus. Bei Systemen der Staatswirtschaft und der staatlichen Eingriffe in die Bedingungen des Wettbewerbs, z.B. der Preiskontrolle auch für patentierte Erzeugnisse, verliert diese Theorie an Überzeugungskraft. Sie basiert auf der Grundüberzeugung der freien Preisbildung und der Anerkennung der Berechtigung des im freien Wettbewerb erzielbaren Gewinns. Das Verdienst dieser Theorie liegt besonders darin, das zur Belohnung des Erfinders diesem gewährte Recht in eine klare Beziehung zu der zur Erlangung und Erhaltung des Rechts notwendigen Offenbarung der Erfindung gesetzt zu haben, diese der Allgemeinheit **ohne weiteres** ermöglichen muß, die Erfindung zeitig kennenzulernen und nach Ablauf der Schutzfrist auswerten zu können.“ ,

die Anspornungstheorie „Sie basiert auf der Vorstellung, daß die Aussicht auf die Erlangung eines Patents und die dadurch gesicherte Gewinnerwartung den Erfindergeist stimuliert und die Bereitschaft zu vermehrten Ausgaben für Forschung, Entwicklung und Einführung von Neuerungen auf dem Markt erhöht und dadurch den technischen Fortschritt zum Wohle der Allgemeinheit fördert. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß der wirtschaftliche Erfolg, den ein Unternehmer mit patentierten Erzeugnissen auf dem Markt erzielt, andere zu Verbesserungen anreizt, um an dem Erfolg teilzuhaben. Die Bedeutung der Patente ist in diesem Zusammenhang nicht sicher abzuschätzen, aber auch nicht von vornherein zu leugnen.“ und

die Vertragstheorie „nach der der Erfinder mit dem Staat einen Pakt schließt, der ihm als Gegenleistung dafür, daß er der Allgemeinheit seine Erfindung preis gibt, ein zeitlich befristetes Ausschließungsrecht zur alleinigen Auswertung der Erfindung sichert, drückt die Belohnungs- oder Offenbarungstheorie mit einem anderen Bilde aus, das sich an den rechtlichen Gegebenheiten des Erteilungsaktes zu orientieren sucht. Sie ist für das Verständnis des Patentwesens am wenigsten förderlich.“.

¹Hier steht tatsächlich **Erteilungsbehörde** und nicht Prüfungsamt! Nomen est omen.

Angesichts des derzeitigen Patentgesetzes ([PatG § 1] (1)² mit [PatG § 34] (4)³) scheint sich jedoch die Belohnungstheorie mit der Hoffnung auf die Anspornungstheorie durchgesetzt zu haben. D.h. für die Offenbarung der neuen und erfinderischen Lösung erhält der erste Anmelder ein zeitlich befristetes Monopol, in der Hoffnung, dass diese Offenbarung zu vermehrter Innovation führt.

Der Nachweis, dass das Patentrecht Innovationen fördert, wurde meines Wissens aber noch nicht geführt. Dies berührt aber sogleich [Art.14-GG] (2), in dem es heißt:

“Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.“

In einer Nachbemerkung zu Fritz Machlups Gutachten „Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts“ schrieb Fritz Andres:

Machlup kam ... bereits zu dem Ergebnis, man könne nicht sagen, ob das Patentrecht den technischen Fortschritt mehr fördere oder hindere. Schon daraus könnte man aus einer Sicht, die sich „im Zweifel gegen Staatseingriffe“ wendet, ein Plädoyer gegen das Patentrecht ableiten.

Damit würde man aber technisches Knowhow generell als gemeinfrei und nicht eigentumsfähig hinstellen. [Art.14-GG] stellt aber gerade einen Ausgleich zwischen dem persönlichen Recht auf Eigentum und den Interessen der Allgemeinheit dar. Die Forderung Andres

wir müssen das Patentrecht weltweit so bald wie möglich wieder los werden. Es stellt einen verhängnisvollen Strukturfehler dar, der uns auf dem Weg in die Wissensgesellschaft nur in unabsehbare Verwirrungen und Verstrickungen führen wird.“

stellt einseitig nur auf das Wohl der Allgemeinheit ab, ohne das persönliche Eigentumsrecht zu respektieren. Mit dem [Art.14-GG], der zuerst das persönliche Eigentumsrecht in Absatz (1) betont und erst dann zum Wohle der Allgemeinheit in Absatz (2) einschränkt, ist dies nicht zu vereinbaren. [Art.14-GG] (1) Satz 2 fordert aber gerade den Gesetzgeber auf, gesetzlich hierfür einen vernünftigen Ausgleich zu schaffen.

1.2 Welche Schutzrechte gibt es für Software und welche Wirkungen haben sie?

1.2.1 Urheberrechtsschutz

Software wird ausdrücklich durch das Urheberrecht als Werk gemäß [UrhrG §2] geschützt, das in seinem Abschnitt 8 „Besondere Bestimmungen für Computer-

²Patente werden für Erfindungen erteilt, die neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind.

³Die Erfindung ist in der Anmeldung so deutlich und vollständig zu offenbaren, daß ein Fachmann sie ausführen kann.

programme“ [UrhrG § 69] gemäß [Art.14-GG] Inhalt und Schranken des Schutzes sachspezifisch bestimmt. Der Eigentumsgarantie wird damit Genüge getan.

Geschützt werden Programme in jeder Gestalt, einschließlich des Entwurfsmaterials. Dies gilt für alle Ausdrucksformen eines Computerprogramms.

Ausgenommen vom Urheberrechtsschutz sind in [UrhrG § 69] a (2) Satz 2

Ideen und Grundsätze, die einem Element eines Computerprogramms zugrunde liegen, einschließlich der den Schnittstellen zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze.

Nach [UrhrG § 69] a (4) finden die für Sprachwerke geltenden Bestimmungen Anwendung, was natürlich auch umfasst, dass gemäß [Art.5-GG] (1)

jeder das Recht hat, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.

Urheberrechtlich geschütztes Eigentum nach [UrhrG § 69] a (3) ist jedes

Computerprogramm, das ein individuelles Werk in dem Sinne darstellt, dass es das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers ist.

Damit dieser Schutz jedem zuteil werden kann, ist es notwendig gewesen, Ideen und Grundsätze von diesem Schutz auszunehmen. Begründen lässt sich dies mit [Art.5-GG] (1) (Äußerungsfreiheit), mit [Art.14-GG] (2) (zum Wohle der Allgemeinheit), mit [Art.3-1GG] (1) (Gleichheitsgrundsatz) sowie mit [Art.2-1GG] (1) (freie Entfaltung). Ihr Schutz würde jede Konkurrenz verhindern und dadurch den Fortschritt zum Erliegen bringen.

Dem Urheber wird in [UrhrG § 69] c das ausschließliche Recht gegeben, Vervielfältigungen mit jedem Mittel und in jeder Form, Umarbeitungen und jede Form der Verbreitung vorzunehmen oder zu gestatten. Mit dem Recht der Vervielfältigung verbunden ist das Recht das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Computerprogramms zu gestatten.

1.2.2 Patentrechtsschutz

Programme für Datenverarbeitungsanlagen sind nach [PatG § 1] (2) 3. in Verbindung mit [PatG § 1] (3) als solche vom Patentschutz ausgenommen. Dieser Begriff *Programme für Datenverarbeitungsanlagen als solche* ist den meisten Patentspezialisten jedoch anscheinend unklar. In der Entscheidung [Logikverifikation] wurden drei mögliche Interpretationen für diesen Begriff angeboten und bei [Tauchert2001] wie folgt zitiert:

1. Das mit der Anwendung erschlossene gedankliche Konzept,

2. der Quellcode – also die maschinell zu verarbeitende und in einer Programmiersprache verfaßte Befehlsfolge für den Computer – und
3. ein Programm, bei dem das Zusammenwirken mit dem Computer nicht über die „normale“ physikalische Wechselwirkung zwischen Software und Computer hinausgeht.

In der Entscheidung [Betriebssystem] des ersten BGH-Senats für Urheberrecht wird noch definiert:

Nach § 1 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 PatG sind „Programme für Datenverarbeitungsanlagen“ als solche nicht als Erfindungen anzusehen. Damit sind alle Computerprogramme nicht technischer Natur vom Patentschutz ausgenommen. Dies gilt allerdings nicht für Programme technischer Natur (vgl. BGHZ 67, 22, 29 - Dispositionsprogramm; BGH, Urt. v. 13.5.1980 - X ZB 19/78, GRUR 1980, 849, 850 - Anti-Blockiersystem; Benkard/Bruchhausen, PatG, 8. Aufl. 1988, § 1 Rdn. 104 m.w.N.). Betriebssysteme der vorliegenden Art, die lediglich der Steuerung eines Computers und der mit ihm verbundenen Anschlußgeräte dienen (vgl. nachfolgend unter II. 3. b), stellen keine technischen Programme in diesem Sinne dar (vgl. BPatG CuR 1988, 652, 654f; siehe auch BPatG GRUR 1987, 31, 32 - Elektronisches Übersetzungsgerät).

Ein normal denkender, der deutschen Sprache mächtiger Bürger versteht unter einem „Programm als solches“ sicherlich nichts anderes als ein „Programm als Programm“. Eine juristisch fundierte Auslegung dieses Begriffs findet sich bei [Lenz-2001], der die richterliche Praxis der Aufteilung von Programmen in technische (patentierbare) und nichttechnische klar widerlegt. Auf die erste BGH-Entscheidung, ob man bei Patentansprüchen ein Programm als Programm beanspruchen darf, kann man wirklich gespannt sein. Die Verfassungsmäßigkeit der durch Richterrecht entstanden Aufteilung von Software in patentfähige technische und nicht-patentfähige nicht-technische Programme bezweifelt auch [König-2001].

Schon ein Blick auf [UrhrG § 69] a (1) würde ebenfalls einen Hinweis geben, wie umfassend der Begriff Computerprogramm zu verstehen ist. Dort umfasst er jede Gestalt, einschließlich des Entwurfsmaterials.

Trotz diesem Ausschluss wurden aber bereits viele durch Computerprogramme bewirkte Verfahrenskonzepte, die den Ideen und Grundsätzen von Elementen von Computerprogrammen gleichzusetzen sind, patentiert.

Spätestens seit den BGH-Entscheidungen [Logikverifikation] und [Sprachanalyseeinrichtung] muss man tatsächlich davon ausgehen, dass alle computerimplementierten „Erfindungen“ dem Patentschutz zugänglich sind. Entscheidungen wie [Straken] oder [Walzstabteilung] werden damit negiert. So z.B. [Schölch] unter Bezug auf Betten Mitt 2000 33 (35):

dass forthin praktisch alle Computerprogramme als technisch und damit grundsätzlich als patentfähig anzusehen sind – die Ansprüche müssten nur entsprechend formuliert werden.

Oder [Marly]:

Der Text der Entscheidungsgründe lässt nicht erkennen, dass es infolge der Verbindung von Hardware und Software zu einer „besonders eingerichteten Vorrichtung“ überhaupt noch Computerprogramme geben kann, die nicht dem Bereich des Technischen zuzuordnen wären.

Ebenso [Struck]:

Die BGH-Entscheidung „Sprachanalyseeinrichtung“ stellt den endgültigen Durchbruch für die Patentierung von Software dar: Jede Software muß schließlich zwingend auf einer Vorrichtung wie einem Computer installiert werden, um diese verwenden zu können. Wird also ein Patentanspruch, durch den Software unter Schutz gestellt werden soll, auf einen Computer mit dem entsprechend darauf installierten Programm gerichtet, so ist damit faktisch die Software geschützt. Es kommt somit nur noch auf die „richtige“ Formulierung an.

Vor dem Hintergrund dieser Entscheidungen läßt sich aus der Sicht eines Patentprüfers eine Zurückweisung einer Anmeldung von neuen Softwarekonzepten nur mehr schwer begründen. Zumindest bleibt für die Argumentation über die Technizität des Anmeldegegenstands keinerlei Raum mehr. Faktisch ist damit der Weg zur Patentierung von Softwarekonzepten beliebig eröffnet. Über den Schutz der Softwarekonzepte schützt man sich vor allen möglichen Realisierungen dieser Konzepte.

Diese Änderung in der Patentierungspraxis von Software erfolgte jedoch ohne Änderung der Gesetzeslage. In seiner bemerkenswerten Studie kam [Lenz-2001] unter anderem zu dem Schluss:

Eine mit dem Wortlaut dieser Ausschlusstatbestände nicht vereinbare Erteilung von Patenten verletzt damit das Gesetzlichkeitsprinzip. Daher ist in verfassungskonformer Auslegung dem Wortlaut des Gesetzes hier ein besonderer Stellenwert einzuräumen. Eine Auslegung, die diesen Wortlaut nach Belieben des Gerichts völlig umbaut, ist nicht nur einfach gesetzeswidrig, sondern gleichzeitig auch verfassungswidrig.

1.3 Was unterscheidet Software von anderen Erfindungen?

Neue Software entwickeln ist im Prinzip wie ein Musikstück aufnehmen:

1. Zunächst braucht man eine Idee, deren logischen Ablauf man schrittweise verfeinert.
2. Die Idee wird häufig in Ablaufplänen (UML) wie in Partituren dokumentiert.
3. Empirisches Ausprobieren (“design-a-little, code-a-little, test-a-little“ [Pfleeger]) ist die Regel wobei die Iterationszyklen sehr schnell sind.

4. Selbst bei vorgegebenem Ablaufplan (Notenblatt) codiert (spielt) jeder Programmierer (Interpret) individuell verschieden.
5. Das ausgereifte Programm ist nicht die handwerkliche Verbindung einzelner Anweisung (Noten); das Werk erhält seine Qualität erst durch das Zusammenwirken aller seiner Teile (Noten, Akkorde, Themen, Tempi, etc.).
6. Zur Speicherung braucht man einen Träger (Datenträger / Tonträger).
7. Das primär erzeugte Eigentum ist das gespeicherte Programm (Musikaufnahme) und wird als Werk im Sinne des Urheberrechts verstanden.
8. Hat man die Software (das Musikstück) einmal gespeichert, läßt sie sich mit sehr geringem Aufwand beliebig oft, sehr schnell vervielfältigen.
9. Zur Ausführung des Arbeitsverfahrens (Tonwiedergabe) braucht man einen geeigneten Rechner (Wiedergabegerät).
10. Bei bestimmungsgemäßem Gebrauch tritt die gewünschte Wirkung automatisch ein.
11. Die Qualität hängt im großen Maße von den individuellen Fähigkeiten des Programmentwicklers (Musikers) ab.

Der gravierendste Unterschied zwischen Softwarekonzepten und patentfähigen Erfindungen ist, dass die bisherigen bahnbrechenden Entwicklungen, auf denen die Softwareentwickler aufbauen, bislang alle unter patentfreien Rahmenbedingungen stattfanden.

Als Beispiel sei hier ein geschichtlicher Abriss der „Finite Element Modellierung“ nach [Rannacher-Stein] genannt:

Archimedes	258 - 212 v.C.	Prinzip der Näherung, Diskretisierung
Bernoulli	1667 - 1748	Prinzip der virtuellen Arbeit, Differenzialrechnung
Walter Ritz Richard Courant	1878 - 1909 1888 - 1972	Ritzverfahren Anwendung des Ritzverfahrens auf Schwingungsprobleme
Ernst Hellinger Eric Reissner	1883 - 1950 1913 - 1996	Simultane Lösungsansätze für Verschiebung und Spannung
John H. Agyris Boerje Langefors Karl Maguerre Eduard Pestel Rudolf Zurmühl M.J. Turner Ray W. Clough W.C. Martin L.J. Topp Edward Wilson Robert L. Taylor Olgierd C. Zienkiewicz Ivo Babuska Franco Bezzi	in den 50er und 60er Jahren	Computergestützt: Matritzenmethoden Berechnung von Flugzeugtragflügeln Analyse von Platten Zunehmende Mathematisierung und Entwicklung zu einem Universalwerkzeug für Ingenieur- und naturwissenschaftliche Fragestellungen. Die Entwicklung ist nach Ansicht der Autoren noch nicht abgeschlossen.

Seit [Logikverifikation] im Jahre 2000 sind derartige Softwarekonzepte dem Patentschutz zugänglich und Anmeldungen wie die WO 01/06420 A2, welche auf diesen großartigen Entwicklungen aufbauen, sind plötzlich ggf. patentfähig. Am technischen Charakter und der gewerblichen Anwendbarkeit hat sich seit den 50er und 60er Jahren sicherlich nichts geändert. Weggefallen ist lediglich die Forderung nach dem **unmittelbaren** Einsatz der Naturkräfte. Das Anwendungsgebiet (Entwurf und Herstellung von (Silizium-)Chips) der Software und der Bedeutungsinhalt der von einem gewöhnlichen Rechner zu verarbeitenden Daten macht hier den Unterschied zwischen einer technischen und einer nicht-technischen Anmeldung aus – in Orwell'schem Newspeak *Informationstechnologie*. Mit dieser Entscheidung wurde für viele Softwareentwickler und ein paar Patentprüfer ein Tabu gebrochen. Ein Rechner (eine Maschine) kann immer nur Daten verarbeiten. Information weist erst ein Mensch den Daten auf Grund bekannter Übereinkünfte über die Darstellung der Daten zu. Auch [Holmes5-2001] pocht auf die durch ISO/IEC-Standard getroffene Definition von Daten und Information:

- **Data.** *A representation of facts or ideas in a formalized manner capable of being communicated or manipulated by some process.*
- **Information.** *In automatic data processing the meaning that a human assigns to data by means of the known conventions used in its representation.*

Nur Menschen können Informationen verarbeiten. Maschinen, welcher Art auch immer, können nur Daten verarbeiten. Wer die maschinelle Verarbeitung von Information als „technisch“ bezeichnet, setzt Mensch und Maschine gleich. Dadurch wird die Würde des Menschen angetastet. Sie zu achten und zu schützen

wäre die Verpflichtung aller staatlicher Gewalt ([Art.1-GG] (1)). Einen krasseren Kulturbruch kann ich mir nicht vorstellen.

1.4 Was sind Softwarepatente, was bedeutet der Begriff der Technizität von Softwarepatenten und wie sind Softwarepatente hinsichtlich der Erfindungshöhe zu beurteilen?

1.4.1 „Softwarepatente“

Eine einhellige Definition, was ein Softwarepatent sein soll, gibt es meines Wissens nicht. Wie bereits oben dargelegt stellte [Logikverifikation] folgende drei Interpretationen zur Auswahl:

1. Das mit der Anwendung erschlossene gedankliche Konzept,
2. der Quellcode – also die maschinell zu verarbeitende und in einer Programmiersprache verfaßte Befehlsfolge für den Computer – und
3. ein Programm, bei dem das Zusammenwirken mit dem Computer nicht über die „normale“ physikalische Wechselwirkung zwischen Software und Computer hinausgeht.

Meiner Ansicht umfasst der umgangssprachliche Begriff Softwarepatente verschiedenes. Darunter sind:

1. Patente mit Verfahrensansprüchen, welche nach fachmännischem Verständnis allein durch die Ausführung von Programmen auf bekannten programmierbaren Einrichtungen (vom Großrechner bis hinunter zu „Embedded“ Systemen (Handy, Router, Drucker, Internetkühlschrank) und FPGA-Systemen) verletzbar sind;
2. Patente mit Vorrichtungsansprüchen auf programmierbare Systeme, deren Schutzbereich auch bekannte oder naheliegende Computersysteme mit lediglich neuen Programmen umfasst;
3. Patente mit Schutzansprüchen auf Datenträger oder Computerprogrammprodukte, welche nur durch die Funktionalität der auf ihnen gespeicherten Programmdateien oder der Datenstruktur (z.B. GIF-Dateiformat) gekennzeichnet sind;
4. Patente mit Schutzansprüchen auf Programme (erstes deutsches Beispiel in [Digitales Speichermedium]);
5. Patente mit Ansprüchen auf (Computer-)Netzwerke, welche nur durch die Dateninhalte, -formate oder -protokolle gekennzeichnet sind;

6. Patente mit Schutzansprüchen auf Signale, die Programmdateien übertragen (von [Stern-1998] in Reaktion auf neue Prüfungsrichtlinien des USPTO beschrieben).

Zentrale Bedeutung meiner Definition „Softwarepatent“ kommt hier dem Verletzungsfall zu. Nach meiner Ansicht ist ein „Softwarepatent“ *dadurch gekennzeichnet*⁴, dass man es alleine durch die Entwicklung, Verbreitung und Ausführung eines Programmes verletzen kann. Die Frage die sich dabei unweigerlich stellen muss ist, ob ein Gegenstand oder eine Tätigkeit, welche „als solche“ nicht patentiert werden darf, ein Patent verletzen kann. Ich bin der Meinung nein!

In seiner Auslegung des Art 52 EPÜ kam [Lenz-2001] zu dem gleichen Schluss, da

für die verfassungskonforme Auslegung Art. 103 des Grundgesetzes zu beachten [ist]. Dort ist angeordnet, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Dies verbietet die Ausweitung von strafrechtlichen Verboten durch die Rechtsprechung oder durch Gewohnheitsrecht. Das ist in diesem Zusammenhang relevant, weil § 142 des deutschen Patentgesetzes Strafvorschriften für die Verletzung von Patenten vorsieht. Dies bedeutet, dass jede Erteilung eines Patentes die dort angeordneten strafrechtlichen Folgen nach sich ziehen kann. Diese Folgen sind vom Gesetzgeber nur insoweit angeordnet, als die mit Art. 52 des Europäischen Patentübereinkommens identischen Ausschlussstatbestände in § 1 Absatz 2 des deutschen Patentgesetzes nicht greifen.

1.4.2 Technizität bei Programmen für Datenverarbeitungsanlagen

Für die meisten Patentprüfer war früher jede Anmeldung, deren Gegenstand sich vom Stand der Technik lediglich durch ein neuartiges Programm unterschied, ohne technischen Charakter (sog. „Kerntheorie“). Mit der neuen BGH-Rechtsprechung [Sprachanalyseeinrichtung] muss der Anmelder lediglich einen für die Ausführung des Programmes notwendigen technischen Gegenstand in Verbindung mit dem Programm beanspruchen, womit er der Anmeldung einen technischen Charakter verleiht. Seit [Logikverifikation] genügt der nach menschlichem Verständnis gegebene technische Informationsgehalt von Daten und die Verwendung der Datenverarbeitung in einem technischen Gesamtzusammenhang zur Erlangung der Technizität.

Wann ein Computerprogramm selbst technischen Charakter hat und wann nicht, darüber lässt sich trefflich streiten. Meiner Meinung nach ist Software genau in der Form technisch, in der sie einen Rechner steuern kann; also als ausführbares Programm in dem notwendigen Rechner mit allen hierfür notwendigen Komponenten.⁵ Ohne den richtigen Rechner mit dem richtigen Betriebssystem ist selbst das

⁴typische Redewendung für Patentansprüche.

⁵Dies widerspricht der in [Betriebssystem] gefundenen Erkenntnis, da dort gerade die Steuerung des Rechners und seiner Peripherie als „nicht-technisch“ eingestuft wurde.

beste Programm auf einem Datenträger bestenfalls zu Dekorationszwecken (z.B. als Bierdeckel) zu gebrauchen. Vorstufen in der Programmentwicklung (Ablaufdiagramme, Quellcode), welche das Funktionsprinzip /die Programmlogik beschreiben, haben die Qualität von Konstruktionsplänen. Von einem Patentschutz gegen die Verbreitung von Konstruktionsplänen habe ich noch nichts gehört.

Gegen eine Trennung von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen spricht sich auch [König-2001] aus, wenn er schreibt:

Verfolgte das Patentgesetz mit § 1 II, III das Ziel Datenverarbeitungsprogramme in patentfähige und nicht patentfähige zu scheiden, dann müsste dies mit hinreichender Bestimmtheit im Gesetz tatbestandlich vorgezeichnet und verfassungskonform konkretisiert sein (Art. 14 I, 3 I GG).

1.4.3 „Erfindungshöhe“

Gründe für die geringe „Erfindungshöhe“ bei den bisher erteilten Softwarepatenten gibt es viele. Ein gewichtiger ist ihr Werkcharakter.

Programme werden nach [UrhrG § 69] a (4) Sprachwerken gleichgesetzt. Sie haben einen typischen Werkcharakter ([UrhrG §2] (1) 1.), denn sie bestehen aus einer unüberschaubaren Vielzahl an einzelnen Elementen. Viele dieser Elemente können selbst neu sein. Andere folgen zwangsläufig aus der Logik der Aufgabenstellung. Einige dieser Elemente können sogar genial sein. Jedoch erst das Zusammenspiel all dieser vielen Elemente in ihrer Gesamtheit ist in der Lage die beabsichtigte Aufgabe zu lösen. [UrhrG § 69] a ff trägt diesem Werkcharakter gebührend Stellung, in dem es das individuelle Werk in seiner Gesamtheit unter Schutz stellt, herausgelöste Ideen und Grundsätze der einzelnen Elemente oder Schnittstellen aber explizit den Schutz verwehrt, denn nur wenn es dem Urheber möglich ist, frei zu entscheiden, welche Elemente er zu welchem Zweck verwendet, ist er in der Lage, ein Werk zu erschaffen, das seinen Ansprüchen und den Ansprüchen seiner Kunden gerecht wird. Qualitative oder ästhetische Kriterien werden zur Bestimmung der Schutzfähigkeit nicht angewendet.

Typisch für das Patentrecht ist, dass es sich bei komplexen, aus einer Vielzahl an Einzelementen bestehenden Werken nur auf einzelne Elemente bezieht. Bei programmbezogenen Patentanmeldungen wird fast ausnahmslos versucht, ein Konzept eines Programmes oder eines Elementes oder einer Schnittstelle eines Programmes als „Erfindung“ darzustellen, ohne auf den gesamten Kontext des Werkes einzugehen. Ausgerechnet das, was nach den Regeln des Urheberrechtes gemeinfrei bleiben soll, versucht das Patentrecht zu privatisieren. Gegenüber dem gesamten Werk müssen diese Einzelaspekte fast immer trivial erscheinen. [Seeger] erklärt in seinem Editorial über den Absturz beim New Economy Hype

dass Erfolg zu 90 Prozent aus Transpiration und nur zu 10 Prozent aus Inspiration besteht, brachte schon in den zwanziger Jahren des vorigen Jahrhunderts der Erfinder Thomas A. Edison auf den Punkt. (Sein Zeitgenosse, der Maler Adolph von Menzel, setzte die beiden Erfolgsfaktoren sogar in das Verhältnis 99 : 1.)

Der Unterschied zwischen beiden Schätzungen ist symptomatisch für den Anteil an Inspiration bei Erfindungen (Edison) und Werken (von Menzel). Komplexe Software ist ein typisches Werk. In [Betriebssystem] wird dargelegt, dass

der personelle Aufwand für die Erstellung eines einfachen Betriebssystems zwischen 100 und 200 Mannjahre betrage.

Der „erfinderische“ Beitrag des Einzelnen in einem Entwicklerteam von vielleicht 50 Personen kann dabei nur verschwindend gering erscheinen, selbst wenn der Anteil an Inspiration an seinem Beitrag mal mehr als 10% betragen haben sollte. Einen oder wenige des Teams als „Erfinder“ herauszustellen erscheint ungerechtfertigt und verletzt die Rechte der anderen Beteiligten an dem Gesamtwerk.

[PatG § 4] bestimmt, dass eine erfinderische Tätigkeit dann vorliegt, wenn die vorgeschlagene Lösung dem einschlägigen Fachmann zum Zeitpunkt der Anmeldung durch den bekannten Stand der Technik nicht nahegelegt war. Der Nachweis muss normalerweise druckschriftlich erfolgen. Zu den Schwierigkeiten, diesen Nachweis zu führen schreibt [Stern3-2001]

Software-related prior art is notoriously difficult to find because it's not well indexed and not indexed in the search categories that the PTO uses for other patent applications. Often, the only ones who can find pertinent, useful prior art are those who taught or worked in the relevant sector of the software industry at the relevant time. They remember where to find poorly documented art and how to locate witnesses who can testify about it. The cost of doing a really good prior art search is disproportionate to the value of doing so – and to the PTO's available funds and personnel – in a patent-application examination proceeding.

Jeden einzelnen Schritt bei der Programmentwicklung zu dokumentieren und zu veröffentlichen ist zur Zeit aber nur bei Open-Source-Programmen üblich. Vieles was den Entwicklern proprietärer Software als **unter Publikationsniveau** vorkam oder verschwiegen werden sollte, lässt sich daher nicht druckschriftlich nachweisen. Aber auch bei offengelegtem Quellcode, der ja automatisch alle Elemente ungeachtet ihrer „erfinderischen“ Qualität beschreibt, lässt sich in vertretbarer Zeit nur in Ausnahmefällen etwas finden, da es keine einheitliche Sprache und keine einheitlichen Codierungsregeln gibt. Mit einer Stichwortsuche im Programmtext ist man völlig aufgeschmissen.

Zur Frage nach der Kosten-Nutzen-Relation [Stern3-2001] weiter

Only about 1 percent of all patents are ever litigated. A defendant in a major litigation might think spending \$1 to 5 million on a thorough prior-art search is a good investment when hundreds of millions of dollars are at stake. But multiplying that search expenditure by the 99:1 ratio of unlitigated patents to litigated patents would be the price of doing a comparable search on all software and business patent applications.

Das „Prior Art“-Problem wurde versucht mit der Gründung eines eigenen Software Patent Institute (SPI) in den Griff zu bekommen. [Kahin] hierzu:

The quiet failure of the Software Patent Institute (SPI), which was supported by both industry and the PTO during much of the 1990s, is a discouraging sign. Not only does it suggest the sheer magnitude and intractability of the prior art problem, it also suggests that the professed interest of the PTO and major companies in solving the problem is in fact limited. In its time, it may have served to defuse opposition to software patents by framing the quality problem as the principle problem, but a solvable one.

Die Suche nach Entgegenhaltungen muss von jedem Prüfer irgendwann einmal abgebrochen werden, wenn er den gesamten Anmeldungsgegenstand nicht bereits neuheitsschädlich gefunden hat. Mit einem entsprechenden Aufwand kann man aber fast jedes Patent erfolgreich anfechten. Selbst das Patent auf den ersten, in den USA zum Patent angemeldeten Computer (ENIAC) kam zu Fall [McTiernan].

Ein weiterer Grund liegt in der weit verbreiteten Geringschätzung der Tätigkeit von Programmierern, die als rein handwerkliches Können gering geschätzt wird⁶. Diese schlägt sich auch schon darin nieder, dass die meisten die Programmidee wesentlich höherwertig ansehen, als die Kunst dessen, der diese Programmidee zu codieren vermag. Da soll dann bereits ein zusätzlicher technischer Effekt, technische Bedeutungsinhalte der Programmdateien oder schlicht der Einsatz in einem technischen Umfeld einen höherwertigen, umfassenderen Schutz begründen, auch wenn der entscheidende Erfolg erst durch die computerlesbare Ausführungsform des Programms erzielt werden kann. Angesichts dieser Geringschätzung kann man vor dieser Berufswahl eigentlich nur abraten.

Weitere wesentliche Gründe nennen z.B. [Aharonian]

The Japanese and European patent offices are demonstrating the same problems, but there are a few well-known reasons why the PTO issues so many patents:

- *the indifference to prior art,*
- *the flood of patent applications, and*
- *the patent examiners' assembly-line working conditions.*

oder auch [Kahin]

A number of reasons are commonly cited for the low quality of software and business method patents: the prior art problem; the inexperience and high turnover of examiners in hot technologies; start-up costs and delays in acquiring expertise in new subject areas. These are combined with general quality problems: a bonus system for examiners that favors allowances over rejections; procedures for re-examination that favour patentees; absence of pre-grant publications (although this is now changing for applications that will be filed abroad); and inadequate resources. Much attention is given to the latter as the PTO continually struggles to keep Congress from diverting a portion of the fees it collects to other purposes. Instead of addressing these familiar problems, I turn to deeper institutional factors that keep quality a chronic problem.

⁶Wer dies tut, sollte angehende Programmierer 3 Jahre in die Lehre schicken, anstatt sie 5 Jahre studieren zu lassen.

Kahin analysiert dann zunächst die Befangenheit des USPTO („Capture of the PTO“) als Ergebnis seines Verständnisses als Kunden-orientierter Dienstleister⁷ und später die natürlichen Eigeninteressen derer, die innerhalb des Patentsystems arbeiten, trotz gegenteiliger Vorgaben der Clinton-Administration.

Beide Autoren sprechen die Beurteilungsrichtlinien für Prüfer des USPTO an. Fast identisch sind die des DPMA. Gewertet werden vor allem die Anzahl der ersten Recherchen zu einer Akte sowie die Anzahl der rechtskräftig erledigten Akten. Wer lange und umfassend recherchiert verschlechtert seine Karrierechancen. Durch den im Europäischen Patentamt entwickelten Problem-Lösungs-Ansatz bei der Prüfung wird nur ein Minimum an Entgegenhaltungen für den Erstbescheid recherchiert. Ergänzende Recherchen und Nachfolgebesciede werden zwar statistisch erfasst, aber als Privatvergnügen nicht mehr gewertet. Wer sich letztlich den Luxus erlaubt, einen Zurückweisungsbeschluss mit ausführlicher Begründung zu schreiben, hat einen ungleich größeren Aufwand zu treiben, als ein Patent ohne Begründung auf der Basis der Entgegenhaltungen des Erstbescheids zu erteilen.

Ein weiterer Grund liegt in den konkurrierenden „Erteilungsbehörden“ der nationalen Ämter und des Europäischen Patentamtes begraben. Es passiert häufig, dass nach einem Erstbescheid mit neuheitsschädlichen Entgegenhaltungen die Anmeldungen vor deren Offenlegung zurückgezogen werden, nur um sie am Europäischen Patentamt nochmals ohne diese störenden Entgegenhaltungen prüfen lassen zu können. Es könnte ja leicht sein, dass der Prüfer des EPA nicht so gute Entgegenhaltungen findet. Steigende Anmeldezahlen werden als Argument für das hohe Ansehen bei den „Kunden“ gewertet und die eigene Existenzberechtigung gegenüber der konkurrierenden „Erteilungsbehörde“ dadurch bestätigt.

Viele dieser Probleme sind nicht spezifisch für programmbezogene Anmeldungen, sie tragen jedoch zu dem Gesamtproblem bei. Solange sich auf anderen Gebieten kein nennenswerter Unmut äußert, gibt es keinen Zwang daran etwas zu ändern. Bei der Frage, ob man den Patentschutz auf neue Gebiete ausweiten soll, sind aber auch diese Probleme zu bedenken.

1.5 Unterscheiden sich Softwarepatente von Patenten für Geschäftsideen, Algorithmen und Dateiformaten und wenn ja, wie?

Nach meiner Erfahrung lässt sich eine klare Unterscheidung nicht treffen. Manche Anmeldungen beanspruchen explizit die Verwendung eines Computers, andere geben gar nicht mehr an, dass ihre „Erfindung“ von Rechnern ausgeführt werden muss; der Fachmann muss sich das dazudenken. Die meisten wollen „Verfahren zum ...“ (verarbeiten von Informationen⁸) geschützt haben, wobei derzeit bei den Anmeldungen auf diesen Gebieten die Ausführung der Verfahren durch Rechner

⁷Derartige Wunschvorstellungen der Amtsleitung, die im krassen Gegensatz zu den Pflichten jedes Beamten ([BBG § 52] (1)) stehen, habe ich tatsächlich schon öfters gehört.

⁸anstelle von Daten! Vgl. [Holmes5-2001].

über das Internet deutlich im Vordergrund steht. Einige Anspruchsformulierungen umfassen auch die Ausführung mit Bleistift und Papier oder von Lieschen Müller (Seppi Huber) beim Einkauf im Supermarkt.

Die Unterscheidung nach technischen und nicht-technischen Lehren muss bezüglich Software als gescheitert angesehen werden. Jedes Programm, das für einen Rechner geschrieben wird, soll diesen steuern können. Jedes Programm, das einen technischen Gegenstand wie einen Rechner steuert, löst zwangsläufig eine technische Aufgabe – die Steuerung des technischen Gegenstands „Rechner“.⁹ Darüber hinausgehende technische Ideen, Grundsätze oder Konzepte sind schmückendes Beiwerk, auf das es nicht mehr ankommen sollte.

Geschäftsideen, welche Software verwenden, sind hier nicht anders.

Dateiformate sind Regeln zur Anordnung von Daten. Bedeutung erhalten diese erst, wenn diese Dateien automatisiert durch Software auf Rechnern bearbeitet werden. Damit sind sie technische Schnittstellen für technische Gegenstände.

Algorithmen wandeln Daten um. Geschieht dies durch Software auf einem Rechner, so geschieht dies technisch.

1.6 Welche Unterschiede gibt es beim Schutz von Software in Deutschland im Vergleich zu anderen EU-Ländern und im internationalen Vergleich?

Aus Österreich kenne ich den Gebrauchsmusterschutz für Programmlogik.

In den USA wird anscheinend ein wesentlich stärkeres Gewicht auf die Offenbarung zumindest eines Ausführungsbeispiels gelegt, und die Verletzungsrichter orientieren sich anscheinend mehr an diesen Ausführungsbeispielen, als an den z.T. unglaublich breiten Claims.¹⁰ In den US-Schriften findet man auch am häufigsten Fragmente von Quellcode oder Hinweise auf Microfiches mit Quellcode, die mit der Anmeldung eingereicht wurden.

Europaweit hat das EPÜ eine weitestgehende Angleichung der Gesetze ergeben. Bei dem Wettlauf des „Richterrechts“ um die Ausweitung der Patentierbarkeitsgrenzen scheinen die Technischen Beschwerdekammern des EPA gegenüber dem

⁹Nach [Betriebssystem] werden aber gerade diese hardwarenahen Programme als nicht-technisch angesehen.

¹⁰[Durant-Chuang]:

As patent acquisition rules for computer-related inventions have become less stringent during the past decade, rules governing claim interpretation in patent litigation have moved in the opposite direction. It is the claims of the patent, much like the metes and bounds of a real estate deed, that define the technology that the owner of a patent containing those claims may exclude others from utilizing. The invention, as well as the process of making and method of using the technology, recited in any given claim must be disclosed in full, clear, concise, and exact terms in the specification.

Durch diese „Schere“ zwischen Anspruchsgegenstand und Schutzgegenstand im Verletzungsfall wird die Rechtsunsicherheit auf Seiten der Anmelder wie der Öffentlichkeit maximiert. Gesellschaftlich sinnvoll kann dies nicht sein.

zehnten Senat des BGH führend zu sein. Über das „Richterrecht“ in anderen europäischen Staaten weiß ich zu wenig.

1.7 Nach welchen Kriterien beurteilen EPA, BGH und BPatG heute die Patentierbarkeit von Software? Sind diese Kriterien und Regeln eindeutig und welche Formulierung erweist sich bisher am praktikabelsten?

Der zehnte Senat des BGH orientierte sich früher anscheinend ausschließlich am technischen Charakter der Anmeldung mit der Definition

„Technisch ist eine Lehre zum planmäßigen Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur Erreichung eines kausal übersehbaren Erfolgs, der ohne Zwischenschaltung menschlicher Verstandestätigkeit die unmittelbare Folge des Einsatzes beherrschbarer Naturkräfte ist.“ ([Schulte] §1 Rnr. 24)

Bei der Entscheidung [Logikverifikation] ist er aber anscheinend von der notwendigen Unmittelbarkeit abgerückt. Seit der Entscheidung [Sprachanalyseeinrichtung] reicht es einen Gegenstand zu beanspruchen, um die Technizität und damit die Patentfähigkeit zu erlangen.

Vom EPA ist mir keine Definition der Technik oder von technischen Programmen bekannt. Hier scheint die Auffassung vorzuherrschen *„Technik ist wie ein Kamel — schwer zu beschreiben, aber man erkennt es auf den ersten Blick“* (nach Tauchert).

Die mir bekannten BPatG Entscheidungen richten sich hauptsächlich nach BGH-Entscheidungen. Neuere Entscheidungen des 17. Senats greifen jedoch wieder direkt auf den Ausnahmekatalog des [PatG § 1] (2) zurück ([Versuchsplanung]) oder bemühen weiter den fehlenden technischen Charakter ([Fuzzy Clustering]).

Am besten geeignet – da faktisch identisch mit [PatG § 1] (2) 3. – erscheint mir derzeit die Strategie

solche Elemente bei der Prüfung der Schutzfähigkeit nicht zu berücksichtigen, denen für sich ein technischer Charakter nicht zukommt

oder

bei Vorliegen sachgerechter Gründe einzelne Anspruchsmerkmale unter Berücksichtigung ihres nach fachmännischem Verständnis gegebenen Zusammenhangs unterschiedlich zu gewichten.¹¹

¹¹Tauchert K&R 9/2000 1 über [Sprachanalyseeinrichtung] und [Logikverifikation] unter Bezug auf Chinesische Schriftzeichen, Tauchcomputer und Buchungsblatt.

Dies bedeutet jedoch für die Prüfung, dass selbst bei offensichtlich rein programmbezogenen Anmeldungen die ausreichend deutliche Offenbarung sowie die Neuheit und erfinderische Tätigkeit geprüft werden muss. Hierzu braucht man Informatiker als Prüfer und als Richter in den Senaten des BPatG. Bis ein neu eingestellter Informatiker zum Richter berufen wird, werden aber nach meiner Befürchtung noch viele Jahre vergehen.

1.8 Wie viele Patente für Software gibt es in Deutschland, Europa und weltweit?

Fundierte Zahlen sind mir nicht bekannt. Die Zahl hängt auch stark davon ab, was man als Softwarepatent ansieht. Selbst in den Klassen der Internationalen Patentklassifikation (IPC) sind diese Patente nicht getrennt. Diese Frage erscheint mir für Deutschland und Europa jedoch unerheblich.

Wichtiger ist die Frage, ob ihre Erteilung einer rechtlichen Überprüfung Stand hält, das heißt, ob diese Patente alleine durch das Ausführen von Programmen verletzt werden können, obwohl sich der Schutz auf „Programme als solche“ nicht erstrecken darf. Für all diese Patente ist das derzeitige Recht anzuwenden. Dieses Recht sieht einen Schutz auf Programme als solche nicht vor. Wenn jemand trotzdem Jahresgebühren dafür zahlt, wird er schon Gründe dafür haben.

1.9 Bei wie viel Prozent der bislang vom EPA gewährten 30.000 Softwarepatente ist die beanspruchte Innovation so bedeutend, dass es sich für die Gesellschaft annähernd lohnen könnte, darauf ein 20jähriges Monopol zu vergeben?

Ich kenne kein einziges solches Patent. Diesen Nutzen kann ich mir aber auch nur bei chemisch-/ pharmazeutischen Patenten vorstellen, oder bei relativ einfach gearteten Gegenständen (Fischer-Dübel), bei denen es keine unüberschaubaren Verflechtungen und wechselseitige Abhängigkeiten gibt [Somaya & Teece].

The framework operationalizes the concerns voiced in many industries that current patent policy gives rise to dysfunctional transaction costs in multi-invention contexts

Das Gesetz fragt aber auch nicht nach der gesellschaftlichen Bedeutung, sondern nur danach, ob die neue Lösung gegenüber dem Stand der Technik für den Durchschnittsfachmann naheliegend oder nicht naheliegend war ([PatG § 4]). Nach der Bedeutung für die Gesellschaft wird in der Patentprüfung nicht gesehen – auf welcher gesetzlichen Grundlage auch? Höchstens völlig unnütze „Erfindungen“ sind nicht patentfähig, weil sie keine Lösung eines Problems darstellen oder gewerblich nicht anwendbar sind.

Die Frage nach Spitzenerfindungen, bei denen es sich für die Gesellschaft lohnen würde, zielt jedoch am Problem vorbei, denn es geht um die breite Masse.

Die Frage, die zu stellen ist, lautet: „Wieviel dieser patentgeschützten Software wäre ohne Aussicht auf Patentschutz nicht entwickelt worden und der Öffentlichkeit nicht offenbart worden, und hat die Gesellschaft durch die Entwicklung all dieser, nur durch den Patentschutz angespornten Software einen Vorteil, der ein 20jähriges Monopol rechtfertigen könnte?“

Ungeschützt ist Software ja keineswegs, für sie gibt es urheberrechtlichen Schutz. Ob mit oder ohne Patentschutz mehr Software entwickelt wird, lässt sich noch nicht sicher sagen. Laut [Bessen & Maskin] nehmen die Aufwendungen für Forschung und Entwicklung eher ab, obwohl die Zahl der Patente überproportional steigt. Wie durch weniger Forschungsaufwendungen mehr und bessere Produkte entstehen sollen, ist nicht einsehbar. Die evolutionären Entwicklungsmodelle der Open Source Bewegung scheinen hier eine größere Dynamik entwickeln zu können (Über den Antrieb und die Dynamik von Open Source sind folgende Schriften besonders lesenswert: [Gabriel-Goldman], [Weber]¹², [Wayner], [Lohr], [Barbrook], [Moglen])

2 Änderungsbedarf

2.1 Gibt es zwingende rechtliche Gründe (Verfassung, Internationale Verträge), die eine Neuregelung des Patentwesens auf Software erforderlich machen?

Als einziger Grund erscheint TRIPS Art. 27 heranziehbar, falls man Software als technisch, gewerblich anwendbar und auf erfinderischen Schritten beruhend anerkennt. Stellt man sich aber auf den Standpunkt, dass nur die Problemlösung (der ausführbare Code der den Rechner steuert) technisch ist, so erreicht man einen Doppelschutz durch Urheber- und Patentrecht.

Bei diesem Doppelschutz muss man jedoch bedenken, dass sich hier Eigentumskonflikte ergeben.

Bei Software ist das gespeicherte Programm selbst der primäre Eigentumsgegenstand, der durch die Tätigkeit des Programmentwicklers entsteht. Damit erhält der Urheber das alleinige Recht, über die Vervielfältigung, den Vertrieb und die bestimmungsgemäße Ausführung zu bestimmen. Wer die Rechte an einer solchen Kopie erhält, darf diese bestimmungsgemäß benutzen ([UrhrG § 69] d (1)). Dieses Recht erwirbt er alleine durch die Schaffung des Werkes mit eigenen geistigen Leistungen ([UrhrG §2] (2), [UrhrG § 69] a (3), [OLG München 6 U 5497]).

¹²Weber zählt unter anderem den Effekt des Zwangs zur Standardisierung in Open Source Projekten auf, welcher nach [Robinson-Cargill]

besonders wichtig für eine junge und schnell veränderliche Industrie wie die Computerindustrie ist: Standards stabilisieren die Technologie und ermutigen zu Investitionen.

Wie wichtig es ist, Standards lizenzfrei verwenden zu können beschreiben [Nichols], [Robinson3-2001], [Robinson1-2000], [Robinson-Cargill], [Stern7-1999] und [Stern9-1999]

Nach dem UrhG hat er dieses Recht auch, wenn die Ideen und Grundsätze einzelner Elemente der Software nicht von ihm selbst sind. Der Sequenzialität der Softwareentwicklung wird damit sehr gut Rechnung getragen.

Durch das Patentrecht wird eine Erfindung geschützt. Aus dem Wortlaut des [PatG § 1] (1) läßt sich zwar schließen, dass jedem Erfinder bei Vorliegen aller aufgeführten Bedingungen ein Eigentumsrecht (Patent) zusteht, jedoch kommt es bei aufeinander aufbauenden Erfindungen (sequenzielle Erfindungen) regelmäßig zu netzartigen oder baumartigen gegenseitigen Abhängigkeiten, die sich nur durch Kreuzlizenzierungen der Firmen untereinander rechtlich einvernehmlich klären lassen (dies beschreiben sowohl [Bessen & Maskin], als auch [Somaya & Teece]). Vor allem der Schutz des funktionalen Prinzips von Software anstelle der tatsächlichen Lösung dehnt den patentrechtlichen Schutzbereich derart aus, dass er immer einzelne Elemente von Software der Garantie der Gemeinfreiheit gemäß [UrhG § 69] a (2) entzieht. Für die Softwareentwickler bedeutet dies eine unerträgliche Einschränkung. Hierzu bemerkt z.B. [Holmes3-2000]

*Hobbling software with a medieval artifact like the patent may stifle innovation, benefitting the moneyed few at the expense of everyone else.*¹³

Man muss in der Tat fragen, ob mit der Patentierung von Ideen und Grundsätzen von Elementen von Software nicht das Eigentumsrecht der Urheber von Software unzulässig eingeschränkt wird, denn der Gesetzgeber hat in Erfüllung seines in [Art.14-GG] (1) definierten Auftrags für Software das Schutzrecht des UrhG bestimmt und Inhalt und Schranken sehr detailliert in [UrhG § 69] a-g festgelegt.

Zur Verdeutlichung der Verletzung des garantierten Eigentums eignet sich hier am besten ein vergleichendes Beispiel:

Nehmen wir zuerst einen Stuhl. Hat jemand einen besonderen Stuhl erfunden – der sich besonders leicht herstellen, stapeln oder zusammenlegen lässt – so kann er für den Stuhl, sein Herstellungsverfahren und seine Funktionsweise ein Patent erhalten. Für die ästhetische Formgestaltung gebührt ihm urheberrechtliche Schutz¹⁴.

Was ist das primäre Eigentum, das über den Ladentisch geht? Natürlich der Stuhl in seiner Funktion als Sitzmöbel. Seine ästhetische Formgestaltung ist gegenüber seiner Funktion als Sitzmöbel zweitrangig. Ein Sachpatent schützt den Stuhl, unabhängig von seiner ästhetischen Ausgestaltung. Die ästhetische Ausgestaltung wird zumeist auch bei anderen Stühlen, die nicht wie dieser besondere Stuhl sind, angewandt werden können. Mit dem Verkauf des Stuhls erschöpft sich das

¹³Ein mittelalterlicher Artfakt wie das Patent als Klotz am Bein der Software[-entwicklung] kann die Innovation lähmen, wobei es die wenigen Reichen auf Kosten aller Anderen unterstützt.

¹⁴Ich greife hier bewusst das Beispiel von [Busche] auf, da sich hier besonders deutlich die Rechtsverwirrung belegen lässt. Für Busche ist analog zu [Sprachanalyseeinrichtung] ein ganzer Stuhl patentrechtlich schützenswert, nur weil der Stuhl einen besonderen Klappmechanismus besitzt. Für mich ist der Klappmechanismus schützenswert. Seine Verwendung zur Konstruktion eines Stuhls ist zwar nützlich, selbst aber nicht erfinderisch. Aber der Irrglaube, dass man durch die Entwicklung eines neuen Programms gleich das Recht hat, einen kompletten Rechner oder gar das gesamte Internet zu beanspruchen, greift zunehmend um sich.

Schutzrecht auch in Bezug auf seine Funktionsweise [Levitationsmaschine]. Lizenziert der Patentinhaber das Herstellungsverfahren für diesen Stuhl an einen Anderen, so darf dieser nach diesem Verfahren die patentierten Stühle herstellen und auch vertreiben. Benutzt der Andere eine andere ästhetische Formgestaltung, so muss er auf die Urheberrechte des Patentinhabers nicht achten. Bedingt aber die Funktion des Stuhls automatisch **diese eine** Formgestaltung, so sollten sich mit der Lizenzierung des Herstellungsverfahrens automatisch auch die Urheberrechte erschöpfen. Ansonsten wäre ja die erworbene Lizenz für den Lizenznehmer wertlos.

Vergleichen wir den Stuhl nun mit einem Programm. Ein Programmierer schreibt ein Treiberprogramm für eine Grafikkarte¹⁵. Die üblichen Randbedingungen – dass er dies nur für ein bestimmtes Betriebssystem tun kann, er sich bei der Programmierung sowohl an die vorgegebenen Schnittstellen zum Betriebssystem mit seinen Anwenderprogrammen, als auch an die von der Grafikkarte vorgegebenen Adressen und Befehle des Grafikbeschleunigers halten muss und zudem die üblichen Funktionalitäten, die das Betriebssystem und dessen Anwenderprogramme von jedem Grafiktreiber erwarten, implementieren muss – lassen wir der Einfachheit halber mal aussen vor. Nach der Programmierung besitzt er das Programm im Quelltext und in einer ausführbaren Version für dieses Betriebssystem. Kopien des ausführbaren Programms schreibt er auf Disketten.

Primärer Eigentumsgegenstand, der über den Ladentisch geht, ist das Programm in seiner ausführbaren Form, gespeichert auf einer Diskette. Geschützt ist das Programm nach dem Urheberrecht in jeder Gestalt ([UrhrG § 69] a (1), [Inkasso-Programm]). Wer das ausführbare Programm oder eine Kopie des ausführbaren Programms rechtmäßig besitzt, hat damit das Recht erworben, seine Funktionalität zu nutzen ([UrhrG § 69] d (1)) und auch weiter zu verkaufen ([OEM-Version]) oder zu vermieten ([BVerfG 775/86]). Hätte er dieses Recht nicht, wäre das Programm für ihn und auch den Urheber wertlos. Die Eigentumsgarantie des [Art.14-GG] wäre verletzt. Wer den Quellcode rechtmäßig besitzt, besitzt zudem noch das Wissen über die Herstellung eines ausführbaren Programms, das die gewünschte Funktionalität zeigt. Durch die Veräußerung des ausführbaren Programms sind die Rechte bezüglich der Funktionalität des Programm gleichfalls erschöpft. Lediglich die weiteren Vervielfältigungsrechte verbleiben beim Urheber.

An welcher Stelle greift nun der Patentschutz für Software ein? Dies liegt an dem im Patentanspruch beanspruchten Gegenstand. Patentansprüche die das ausführbare Programm enthalten – hiermit meine ich den vollständigen Binär-code im Patentanspruch – sind mir unbekannt. Gleiches gilt für Patentansprüche mit Quellcode. Beansprucht wird fast immer ein „Verfahren zum ...(verarbeiten von Daten)“. Damit erstreckt sich der Schutz auf die, durch die Ausführung der Software erzeugte Wirkung – also die „Datenverarbeitung als solche“. Hätte der Patentschutz der Wirkung einen höheren Stellenwert als der Urheberrechtsschutz an dem ausführbaren Programm (dem Werk, das die Wirkung erst erzeu-

¹⁵Gemäß der Entscheidung [Betriebssystem] sind Betriebssystemprogramme, die lediglich der Steuerung eines Computers und der mit ihm verbundenen Anschlußgeräte dienen (vgl. nachfolgend unter II. 3. b), ... keine technischen Programme in diesem Sinne ... (vgl. BPatG CuR 1988, 652, 654f; siehe auch BPatG GRUR 1987, 31, 32 - Elektronisches Übersetzungsgerät).

gen kann), so wäre das Recht des Urhebers an seinem Werk verletzt und damit auch das durch [Art.14-GG] garantierte Recht auf Eigentum.

Die gewollte Wirkung ohne das ausführbare Programm zu erzeugen gelingt mit einem Rechner alleine nicht¹⁶. Die selbe Wirkung läßt sich dann nur durch die geistige Leistung des Menschen erzielen¹⁷ und ist damit ein Plan für eine gedankliche Tätigkeit. Soll die selbe Wirkung durch ein anderes Programm erzielt werden, so muss dieses erst geschrieben werden. Dieses Programm ist dann wieder Eigentum seines Urhebers, der darüber frei bestimmen kann. Er darf dabei sogar die selben Ideen und Grundsätze für die Elemente seines Programmes verwenden, sowie die selben Ideen und Grundsätze für seine Schnittstellen ([UrhrG § 69] a (2) Satz 2).

Äquivalente Benutzung (des Rechners) ist durch das Urheberrecht absichtlich nicht behindert, sondern geradezu gewünscht um den Wettbewerb anzuregen. Im Patentrecht ist die äquivalente Nutzung verboten ([Formstein]), was den Wettbewerb verhindert. Auch wenn dies [Busche] bemängelt und damit die Patentierung von Software einfordert, so ist doch zu bedenken, dass hierbei ein Eigentumskonflikt zwischen urheberrechtlich geschütztem Eigentum und patentrechtlich geschützten Wirkungen eintritt. Laut [Radio-Daten-System] ist die Wirkung ein typischer Konsumentenwunsch. Die Tätigkeit des Fachmanns tritt erst bei der Realisierung ein – bei Programmen ist die Realisierung die Programmierung des Quelltextes. Eine Feststellung schöpferischer Eigenheit bedarf des Vergleiches der Quellprogramme mit Quellprogrammen anderer Hersteller ([Betriebssystem]¹⁸). Ein Vorrang des Patentrechts gegenüber dem Urheberrecht läßt sich mit dieser Argumentation nicht rechtfertigen. Im Gegenteil, das Gesamtwerk verdient erheblich größeren Schutz als Konzepte für einzelne seiner vielen Elemente.

Wenn der Gesetzgeber¹⁹ einen patentrechtlichen Schutz von Software wünscht, so sollte er zur Wahrung des Rechtsfriedens und der Grundsätze der Verfassung ([Art.3-1GG] und [Art.14-GG]) Software wieder aus dem Urheberrechtsschutz streichen. Dies würde aber wieder den Vorgaben von TRIPS Art. 10 zum Urheber-

¹⁶[Betriebssystem] II 3. b) aa) trennt Eigentum strikt zwischen Rechnern und deren Betriebssystemen auf

¹⁷ob der BGH in [Logikverifikation] tatsächlich so weit gehen wollte, Mensch und Maschine gleichzustellen, ist zu bezweifeln

¹⁸In dieser Entscheidung wird erklärt:

Der zur Feststellung schöpferischer Eigenheiten gebotene Gesamtvergleich mit dem Vorbekanntem setzt voraus, daß der Klägerin die Systemsoftware und die Arbeitsergebnisse der einzelnen Entwicklungsstufen anderer Hersteller mit ihren jeweils üblichen Anordnungen, Systemen, Aufbau- und Einteilungsprinzipien auch im einzelnen bekannt sind. Dazu wird aber in der Regel die Kenntnis der Quellprogramme anderer Hersteller erforderlich sein, die gerade hinsichtlich der Systemsoftware nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden kann, wobei einschränkend noch hinzutritt, daß für die Datenverarbeitungsanlagen, auf die sich die Streitgegenständliche Systemsoftware bezieht, ohnehin keine Betriebssysteme anderer Hersteller angeboten werden.

Der Urheberrechtssenat fordert somit einen Vergleich bis auf die Ebene des Quellcodes. Im Patentamt und bei Patentanwälten stoße ich mit dieser in [Kiesewetter-Köbinger] gestellten Forderung auf deutliche bis vehemente Ablehnung.

¹⁹zur Anwendung von Richterrecht vgl. [BVerfG 1BvR 1186/89]

rechtsschutz widersprechen²⁰. Eine Koexistenz beider Schutzarten bei Programmen, für welche sich [Busche] ausspricht – und auch in [Betriebssystem] mehr beiläufig als nicht zwingend entgegenstehend bezeichnet wurde – würde meiner Ansicht nach verfassungsrechtlich nicht haltbar sein und mit einiger Wahrscheinlichkeit vor dem Bundesverfassungsgericht landen²¹. Es darauf erst einmal ankommen zu lassen wäre kein verantwortungsvoller politischer Stil.

2.2 Wie beurteilen Sie die Einführung eines eigenen Schutzrechtes für Software?

Dies erscheint nur dann sinnvoll, wenn der Zugang zum Patentschutz für Software definitiv verhindert wird. Hier ist eine glasklare Trennung von Software und patentfähigen Gegenständen notwendig. Ansonsten kommt es wie bei den Halbleitertopographien zu einem Doppelschutz, wobei der Schutz des funktionalen Prinzips durch funktionale Patentansprüche für den Anmelder wesentlich attraktiver ist.

Im Rahmen des Urheberrechtes wurden aber vor nicht all zu langer Zeit erst spezielle Regelungen für den angemessenen Schutz von Software in [UrhrG § 69] a-f getroffen. Die Regelung des [UrhrG § 69] g nachdem insbesondere patentrechtliche Regelungen hiervon unberührt bleiben, bedarf aber sicherlich einer Überprüfung.

Bei einer Doppelschutzregelung ist aber auch bei „sui generis“-Schutz zu klären, ob nach Ablauf der Schutzdauer nicht noch der Patentschutz und der Urheberrechtsschutz mit ihren längeren Laufzeiten dazukommen. Für Software die praktisch nur eine Lösungsmöglichkeit bietet (DeCSS oder RSA), wäre nach Ablauf der „sui generis“-Schutzfrist zwar bei ausreichender Offenbarung der Informationstransfer an die Öffentlichkeit geleistet, diese Offenbarung wäre aber für die Öffentlichkeit trotzdem erst nach Ende der beiden anderen Schutzdauern von Nutzen. Dies würde die Belohnungstheorie völlig ad absurdum führen. Im öffentlichen Interesse kann dies nicht sein.

2.3 Wo könnte es beim Urheberrecht Unzulänglichkeiten hinsichtlich des hinreichenden Schutzes von Software vor Nachahmung geben? Wie könnte ein „maßgeschneidertes Software-Schutzrecht“ aussehen?

Unzulänglichkeiten sehe ich in der fehlenden Regelung wer wann das Recht erwirbt, Software auf einem Rechner ausführen zu dürfen. Hiezu gibt es zwar Ent-

²⁰vgl. mit [BVerfG 1BvR 766/66]

²¹Das Hanseatische OLG Hamburg hat in [OLG Hamburg 3 U 180/93] einen eigenschöpferischen Gehalt bei der Darstellung einer patentierten Schiffsform verneint, so dass im Resultat eine patentrechtlich geschützte Form urheberrechtlich nicht geschützt wurde. Das BVerfG hat sich mit diesem Thema noch nicht beschäftigt.

scheidungen ([Inkasso-Programm]) und [OEM-Version], aber eine Klarstellung erscheint angezeigt.

Verglichen mit dem patentrechtlichen Schutz scheinen äquivalente Benutzungen den Schutzsuchenden besonders am Herzen zu liegen (vgl. [Busche]). Äquivalente Benutzungen besagt aber nichts anderes, als dass die äquivalente **Wirkung** des Programms unter Schutz gestellt werden soll, selbst wenn die „äquivalente“ Lösung alles andere als ähnlich der eigenen Lösung ist. Patentrechtlich gesprochen wird bei äquivalenten Benutzungen Schutz auch gegenüber neuen und erfindnerischen Lösungen der selben Aufgabe gewünscht. Das wäre genau so als hätte Morse einen Anspruch auf ein Faxgerät erhalten dürfen²².

2.4 Wie beurteilen Sie die Einführung von Sondervorschriften für Software im Patentgesetz?

Es gibt bereits zwei Sondervorschriften im Patentgesetz. Die erste besagt, dass Programme für Datenverarbeitungsanlagen nicht als Erfindung angesehen werden ([PatG § 1] (2) 3.). Die zweite besagt, dass Programme für Datenverarbeitungsanlagen nur insoweit von der Patentierbarkeit ausgeschlossen sein sollen, als für sie als solche Patentschutz begehrt wird ([PatG § 1] (3)).

An dem Beispiel von [Tauchert2001] mit dem Regenschirm wird dies besonders klar.

Ein Regenschirm, der sich vom Stand der Technik beispielsweise nur durch das untechnische Muster auf der Bespannung unterscheidet, bleibt zwar insgesamt ein technischer Gegenstand. Er ist jedoch gegenüber dem Stand der Technik nicht neu, jedenfalls nicht erfinderisch, da das Muster ein ästhetisches, kein technisches Merkmal darstellt.

Übersetzt z.B. auf Betriebssystemprogramme für Datenverarbeitungsanlagen liest sich dieses Beispiel so:

Eine Datenverarbeitungsanlage, die sich vom Stand der Technik beispielsweise nur durch das untechnische Betriebssystem im Speicher unterscheidet, bleibt zwar insgesamt ein technischer Gegenstand. Sie ist jedoch gegenüber dem Stand der Technik nicht neu, jedenfalls nicht erfinderisch, da das Betriebssystem kein technisches Merkmal darstellt.²³

So steht das sinngemäß im Beschluss [Betriebssystem]. Nach meinem Verständnis steht das in genau diesem Sinn im [PatG § 1]. Auch die EPA-BoA-Entscheidung „Improved Pension Benefit System“ sagt dies für nichttechnische Programme, wozu nach [Betriebssystem] Programme, die ausschließlich den bestimmungsgemäßen Betrieb eines Rechners gewährleisten, zu zählen sind.

²²Eine ausgezeichnete Erörterung der Problematik dieses Beispiels findet sich in [Stern-1998]

²³Nicht berücksichtigt wurde dabei, dass ein Rechner ohne Betriebssystem zunächst unbrauchbar ist, der Regenschirm ohne Dekor aber seinen dienst erfüllen kann.

Das Problem konzentriert sich also darauf, ob im Gesetz steht, dass der Ausschluss nur für nichttechnische Programme gilt, oder aber für alle Arten von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen. In meinem Aufsatz [Kiesewetter-Köbinger] habe ich versucht zu erklären, dass der [PatG § 1] nicht zwischen technischen und nichttechnischen Programmen unterscheidet. Diese Meinung teilen auch [Lenz-2001] und [König-2001]. Zur Begriffsverwirrung zwischen „technischen Programmen“ und „Programmen als solche“ möchte ich wiederum [Holmes5-2001] zitieren

Although the regimes that George Orwell depicted in his book „1984“ have yet to appear in their full glory, at least in the world’s advanced nations, Newspeak is with us nevertheless. Orwell’s scornful bluntness prompted him to depict a blunt Newspeak, but a subtler version harbors more subtle dangers. The computing profession’s subtle Newspeak blurs the distinction between human and machine.

Only people can process information. Machines can only process data.

Data. A representation of facts or ideas in a formalized manner capable of being communicated or manipulated by some process.

Information. In automatic data processing the meaning that a human assigns to data by means of the known conventions used in its representation.

Specifically, we have been robbed of the ability to simply and consistently distinguish between people and machines. What do these two standard definitions tell us? That only people can process information, while machines can only process data. No more important distinction can be made in the field of computing.

By not making this distinction strongly, we hide from people their natural status and rights in respect to computers and their users, allow unscrupulous people to bewilder and confuse the public as to the proper role of digital technology in our society and its government, and allow our fellows to drift unconsciously from being citizens of our nations to being subjects of our economies. In effect, we support a fourth Inner Party slogan: „People Are Machines.“

By not making this distinction strongly, we also rob ourselves of an important classification within digital technology. If people serve an important role in a given digital system, it is an information system and must be based on information technology. If people do not play such a role, it is a data system and must be based on data technology. Information technology should be based on cognitive science, data technology on computer and communications sciences.

Anstatt noch mehr Sondervorschriften einzubauen, sollte man die alten doch erst mal versuchen zu verstehen und nicht hineindeuten, was ihrem Sinn widerspricht.

2.5 Macht eine Differenzierung patentierbarer und nichtpatentierbarer Güter Sinn? Wenn ja, nach welchen Kriterien sollte Ihrer Ansicht nach zwischen beiden Güterarten (Erfindungsarten) unterschieden werden?

Oberstes Prinzip sollte die Maximierung des gesamtgesellschaftlichen Nutzens sein. Welche Auswirkungen die Patentierung von immateriellen Gütern wie Software auf den gesamtgesellschaftlichen Nutzen hat, wird gerade in den USA getestet. Das Ergebnis dieses Tests steht noch nicht fest, jedoch zeichnen [Bessen & Maskin] keinen positiven Trend auf. [Somaya & Teece] versuchen gar eine theoretische Analyse, wieso Patentschutz auf Vielfach-Erfindungen einen schädlichen Einfluss haben muss.

Bei derartigen Tests braucht man seriöserweise immer eine Vergleichsgruppe ohne den zu testenden Einfluss. Es macht daher Sinn, die bestehende gesetzliche Differenzierung patentierbarer und nichtpatentierbarer Güter beizubehalten. Konservativ wie ich bin, würde ich mich gerne der Vergleichsgruppe anschließen und erst mal abwarten, denn die Softwareindustrie boomt bisher auch ohne Patentschutz. Ohne zwingenden Grund ist die Devise „*never touch a running system*“ besser.

3 Auswirkungen

3.1 Welche volkswirtschaftlichen und betriebswirtschaftlichen Effekte hätte ihrer Meinung nach eine weitestgehend unreglementierte Patentierbarkeit von sog. Softwareprodukten? Worauf beruhen diese Annahmen?

Der derzeitige Boom der Softwareentwicklung basiert hauptsächlich auf der seit Jahrzehnten explodierenden Entwicklung der Mikroelektronik. Nach dem Mooreschen Gesetz verdoppelt sich alle 18 Monate die Zahl der Transistoren pro cm^2 (Dies ist gerade die Zeit zwischen Patentanmeldung und Offenlegung). Hiermit verbunden ist eine Erhöhung der Speicherdichte von RAM und Festplatten und eine Erhöhung der Geschwindigkeit der Datenverarbeitung. Es ist wie bei der Eroberung von Neuland bzw. wie bei einem Goldrausch. Vorher undurchführbare Aufgaben können neuerdings in Angriff genommen werden.

Bei dieser Eroberung neuer Anwendungsgebiete für Computer muss man vielfach davon ausgehen, dass diese neuen Anwendungen in der Luft lagen. Ein belegbarer Nachweis, dass diese neuen Anwendungen naheliegend waren, ist unter diesen Bedingungen häufig nicht möglich, da sie vorher ja evtl. noch nicht durchführbar waren. Auch in diesem Aspekt liegt ein Grund für die vielen sogenannten Trivialpatente.

Gleichzeitig erlaubt diese Entwicklung immer komplexere und umfangreichere

Software zu erstellen, die auf vorherigen Komponenten aufbaut, ohne dabei ständig an die Grenzen zu stoßen. Wer nicht abgehängt werden will, muss zwangsläufig in dem Tempo weiterentwickeln, wie sich die Grenzen weiten. Ein 20jähriges Monopol auf neue Anwendungsfelder erscheint bei dieser Dynamik unvertretbar.

Die Zeitskalen des Fortschritts und die der Patentlaufzeit sind inkompatibel. Ein Schutzrechtsinhaber könnte sich länger auf seinen Lorbeeren ausruhen, und die Gesellschaft wäre mit einem gebremsten Fortschritt bei diesem Anwendungsfeld konfrontiert. Betriebswirtschaftlich mag das kurzfristig durchaus attraktiv sein, volkswirtschaftlich droht dann jedoch der Abstieg.

3.2 Welches sind die Arbeitsmethoden und wirtschaftlichen Grundlagen der Open-Source-Bewegung?

Wieso die Open-Source-Bewegung überhaupt funktioniert, ist ein Rätsel, dem derzeit auf breiter Front nachgegangen wird. Die Ursachen für diese Gift-Economy sind wohl so vielgestaltig und individuell wie deren Akteure. Eine kurze Darstellung im Rahmen meiner Antworten wäre der Komplexität der Möglichkeiten nicht angemessen. Ich möchte daher auf ein paar Schriften verweisen, die mir besonders tiefgründig recherchiert erscheinen. Diese sind [Weber], [Wayner], [Lohr], [Barbrook], [Moglen] und [Gabriel-Goldman]. Alle zeigen dabei auf, dass – egal welche Beiträge auch immer geleistet werden (Software-Guru oder Trittbrettfahrer) – **alle** von Open-Source-Entwicklungen Vorteile haben.

3.3 Welche Auswirkungen erweiterter Patentierbarkeit von Software erwarten Sie auf die Rahmenbedingungen der Softwareentwicklung unter sog. Open-Source-Lizenzen?

Ich nehme an, dass dann sogar Privatleute und Wissenschaftler – auch wenn sie durch das Patentrecht nicht betroffen sind – sich aus rechtlicher Unsicherheit seltener trauen werden, Quellcode zu veröffentlichen. Auch ist dann nicht klar, wie angreifbar Distributoren für Open Source Software und Internet-Provider sein werden, da über diese die Software ja gewerblich vertrieben wird. Fallen aber die Internet-Provider und die Distributoren als Verbreitungskanal weg, so ist die ganze Open-Source-Gemeinschaft schlagartig ihrer Grundlage beraubt.

3.4 Würde eine Ausdehnung des Patentschutzes für Software die Open-Source-Bewegung behindern? Wenn ja, wie könnten diese Nachteile beseitigt werden?

Nachteile für die Open-Source-Bewegung sehe ich durch jedes einzelne Patent mit Schutzwirkung auf den Programmcode, das ausführbare Programm oder auf

dessen Funktionalität. Solange wesentliche Funktionalität nicht auch im gewerblichen Umfeld genutzt werden kann, sind Betriebe gezwungen, proprietäre Software zu verwenden. Ihre Mitarbeiter werden dann zum großen Teil versuchen auch zuhause „kompatibel“ zu sein. Beseitigen lassen sich diese Nachteile nur, wenn klargestellt wird, dass Programme selbst und ihre Ausführung auf bestehenden Computern keinen Patentverletzungstatbestand begründen können. Patentschutz macht dann aber keinen Sinn.

3.5 Welche Auswirkungen hätte die Ausdehnung des Patentschutzes für Software auf die Entwicklung von kleinen und mittelständischen Unternehmen?

KMUs können immer nur wenig Patente besitzen, da sie einfach nicht die Ressourcen haben, um sich ein breit gefächertes Patentportfolio aufzubauen.

Die Markteintrittsbarriere für Startups wird sich durch das Geflecht von wechselseitigen Patentabhängigkeiten drastisch erhöhen, denn Patente verursachen zunächst einmal Kosten: für die Anmeldung und den Anwalt, die Patentrecherche zur Reduzierung der Schutzrechtsverletzungen, den zusätzlichen Personaleinsatz und schließlich für die unweigerlich zu zahlenden Lizenzen, da jeder gezwungen ist, sich an Standards zu halten, die dann bereits nach kurzer Zeit alle durch Patente geschützt sein werden. Dieser letzte Punkt wird nach einer gesetzlichen Absegnung der Patentierung von Software voraussichtlich der dominante Kostenfaktor werden und sogar die gesamten anderen Entwicklungskosten bei dem Großteil der Entwicklungen übersteigen. Je höher die Schutzrechtskosten und damit die Gewinnschwellen werden, desto weniger lohnt sich die eigene Vermarktung eigener Produkte für den freien Entwickler oder das kleine Unternehmen. Diese höchst innovative Gruppe der freiberuflich tätigen Softwareentwickler²⁴ wäre sicherlich am stärksten davon betroffen.

Rentabel sind dann nur noch die großen Projekte für den Massenmarkt oder Nischenprodukte, mit denen man nicht auffällt. Deshalb stärkt die Patentierung eher die großen Firmen²⁵. Gerade die Großen verfügen aber über ein immenses Patentportfolio, das sie unangreifbar macht; ihre Angriffsfähigkeit hingegen ist

²⁴Diese betätigen sich als Dienstleister – genau so wie Ärzte und Anwälte. Ihr Kapital ist ihr Wissen, das sie ständig erweitern. Rücksichtnahmen auf patentgeschützte Ideen und Grundsätze behindert sie in der Anwendung ihres einzigen Kapitals „Wissen“. Bei Ärzten und Anwälten ist das öffentliche Interesse an der Freiheit ihrer Berufsausübung selbstverständlich. Dass die Entwickler von Software bei der Umverteilung ihres Kapitals „Wissen“ von ihnen auf große Firmen laut aufschreien „Haltet den Dieb!“ ([Art.14-GG] (1)) ist für mich selbstverständlich. Eine pauschale Disqualifizierung wegen geringer Kenntnis des Patentrechts halte ich für diskriminierend. Als freier Entwickler muss man wirklich nicht viel über das Patentrecht wissen, um erkennen zu können, dass es die eigene Arbeitsgrundlage unterhöhlt. Hätten freie Softwareentwickler auch nur annähernd so viel Ahnung vom Patentrecht wie Neville Holmes oder Hartmut Pilch vom FFII, wäre der Aufschrei sicherlich noch größer.

²⁵[Holmes3-2000]

... benefitting the moneyed few at the expense of everyone else.

enorm. Die Folge sind Konzentrationseffekte, wie man sie derzeit in aller Deutlichkeit in der Elektronik-, Automobil- und Telekommunikationsbranche sehen kann.

3.6 Sind Sie der Meinung, dass eine Ausdehnung des Patentschutzes für Software Innovationen in dieser Branche gefährden würden? Wie beurteilen Sie in diesem Zusammenhang die MIT-Studie 'Sequential innovation, patents and imitation' von James Bessen und Eric Maskin (1999)?

Vermehrte Innovation kann nur dann stattfinden, wenn mehr Ressourcen in Forschung und Entwicklung gesteckt werden können, oder aber wenn die Basis derer, die Forschung und Entwicklung betreiben vergrößert wird. [Bessen & Maskin] beobachten eine Reduzierung der Ausgaben für Forschung und Entwicklung, obwohl die Anzahl der Patente expodiert. Patente als Indikatoren für die Innovativkraft scheinen demnach völlig ungeeignet zu sein.

Wenn die Markteintrittsschwelle für Startups höher wird, ist abzusehen, dass sich auch die Basis, auf der Forschung und Entwicklung stattfindet, verschmälert. Die wenigen Ausnahmen, die durch ein tolles, unangreifbares Patent den Durchbruch schaffen, werden kaum die Blockierung der breiten Masse wettmachen können. Das beste Erfolgsrezept für die Entwicklung guter Ideen und Lösungen, ist, so viel wie möglich davon zu haben und auszuprobieren.

Ein weiterer Antriebsmotor für Innovation ist ein schneller Wissensaustausch. Im Softwarebereich ist der Wissensaustausch durch Patente äußerst dürftig. Die viel zu spät erfolgende Offenbarung durch die Offenlegungsschrift enthält bestenfalls ein paar allgemeine Ideen, die über die bloße Aufgabenstellung hinausgehen. Das ist wie die Offenbarung des Wunsches nach der eierlegenden Wollmichsau. Zudem sind die Anmeldung so abgefasst, dass ein Patentprüfer, ein Jurist und ein Firmenchef wissen, wofür man Schutz begehren will. Der Offenbarungsgehalt für den Softwareentwickler durch ein überprüfbares Ausführungsbeispiel fehlt meistens. Der Erfolg von Open-Source zeigt, welche Art der Offenbarung Innovation am schnellsten fördern kann. Der Offenbarungsgehalt in Patentanmeldungen ist dagegen verschwindend gering.

3.7 Ist das Patentrecht aus Ihrer Sicht das geeignete Werkzeug, um im Softwarebereich Innovation und Fortschritt zu fördern? Sind effektivere Alternativen denkbar, und wenn ja, welche?

Patente halte ich gerade bei Software für erheblich hemmend. Eine sehr schöne Vision von besseren Alternativen wurde in [Gabriel-Goldman] entworfen. Am Vergleich mit den Beispielen der Erstellung des Oxford English Dictionary und

der Space Shuttle Software wird gezeigt, wie durch freiwillige kleine Beiträge vieler Einzelpersonen Software wesentlich schneller, besser, sicherer und effektiver entwickelt werden könnte, als es selbst große Firmen je erreichen können. Hierin wird auch deutlich, dass gegenüber einer solchen Open Source Gemeinschaft selbst ganz große Firmen bei der Innovation im Hintertreffen sind.

Möglich wird dies aber nur dadurch, dass heute der „Kollege Computer“ allgegenwärtig und die breite Masse (Mob) Zugang dazu hat. Aber auch mehr traditionelle Analysten wie [Pfleeger] beschreiben mit aktuell verwendeten Modellen wie der Empirischen Softwareentwicklung „design-a-little, code-a-little, test-a-little“ Strategien, die durch Schutzrechte nur behindert werden. Bei EXTREME PROGRAMMING ist die Lösungsstrategie gar lauter winzige Teilaufgaben zu definieren, und diese genau unter den gerade notwendigen Rahmenbedingungen zu lösen. Dabei ergeben sich dann wohl täglich pro Programmentwickler neue Lösungen für neue und auch alte Aufgaben. Eine ständige Recherche nach möglichen Schutzrechtskollisionen ist bei diesen modernen Programmentwicklungsstrategien undenkbar.

[Holmes3-2000] schlägt als effektivste Lösung das Wettbewerbsrecht und die konsequente Nutzung von Betriebsgeheimnissen vor, da Patentanmeldung auf dem Softwaregebiet sowieso nur wenig zur Offenbarung von Lösungen beitragen. Mir erscheinen die speziellen Regelungen zum Softwareschutz im Urheberrecht als gelungener Ausgleich zwischen den Interessen der Urheber und den Interessen der Allgemeinheit.

3.8 Wie wirkt sich Ihrer Ansicht nach eine Klarstellung auf EU-Ebene dahingehend, dass Software und gedankliche Konzepte nicht patentierbar sind, auf bereits bestehende Patente in diesem Bereich aus?

Eine Klarstellung ist in jeder Hinsicht überfällig. Eine nachträgliche Legalisierung des Richterrechts erscheint mit [BVerfG 1BvR 1186/89] und [BVerfG 1BvR 766/66] verfassungsrechtlich nicht haltbar. Mit einer Klarstellung gegen die Patentfähigkeit wäre sichergestellt, dass sich weder Verletzungsklagen noch die Jahresgebühren für die Patente rentieren. Die meisten dieser Patente würden dann wohl von selbst durch Nichtzahlung der Jahresgebühr verschwinden, wie dies interessanterweise auch der Anmeldung, welcher der Entscheidung [Logikverifikation] zugrunde lag, widerfahren ist.

Aber sicherlich wird es immer einige geben, die nichts unversucht lassen, die Grenzen auszuloten und für sich doch ein Schlupfloch entdecken. Ebenso sicher wird dann aber wieder verstärkt versucht werden, reine Programmlogik getarnt als Hardwarefunktionalität anzumelden, mit entsprechend undurchsichtigen Formulierungen in den Patentansprüchen. [Holmes3-2000] schrieb zu diesen verschleiern den Formulierungen:

Patent law and practice is a linguistic nightmare, an important ethical point almost

always overlooked in popular articles.

...

Having law and legal practices that citizens at large cannot understand is unethical and dangerous.

Als ehemaliger Prüfer des australischen Patentamts weiß er wovon er spricht.

Literatur

[] In diesem Literaturverzeichnis sind auch einige Textausschnitte enthalten, damit sich interessierte Leser einen kurzen Überblick verschaffen können. Die Auswahl vieler dieser Ausschnitte ist rein subjektiv erfolgt und muss nicht immer repräsentativ für den Inhalt der Schrift sein.

[Aharonian] GREGORY AHARONIAN „Does the Patent Office Respect the Software Community?“ IEEE Software July / August 1999 87-89

[Barbrook] RICHARD BARBROOK „The Hi-Tech Gift Economy“ <http://www.firstmonday.org/issues/issue3-12/barbrook/index.html>

During the Sixties, the New Left created a new form of radical politics: anarcho-communism. Above all, the Situationists and similar groups believed that the tribal gift economy proved that individuals could successfully live together without needing either the state or the market. From May 1968 to the late Nineties, this utopian vision of anarcho-communism has inspired community media and DIY culture activists. Within the universities, the gift economy already was the primary method of socialising labour. From its earliest days, the technical structure and social mores of the Net has ignored intellectual property. Although the system has expanded far beyond the university, the self-interest of Net users perpetuates this hi-tech gift economy. As an everyday activity, users circulate free information as e-mail, on listservs, in newsgroups, within on-line conferences and through Web sites. As shown by the Apache and Linux programs, the hi-tech gift economy is even at the forefront of software development. Contrary to the purist vision of the New Left, anarcho-communism on the Net can only exist in a compromised form. Money-commodity and gift relations are not just in conflict with each other, but also co-exist in symbiosis. The „New Economy“ of cyberspace is an advanced form of social democracy.

[Bartenbach] Dr Kurt Bartenbach „Aktuelle Rechtsentwicklungen im Nationalen Patentrecht“ <http://www.cbh.de/veroeffentlichung/patentrecht.html>

[Bessen & Maskin] James Bessen und Eric Maskin „Sequentielle Innovation, Patente und Imitation“ <http://www.researchoninnovation.org/>

[Bruchhausen] Bruchhausen in Benkard 8. Aufl., 43

[Busche] Jan Busche „Der Schutz von Computerprogrammen – Eine Ordnungsaufgabe für Urheberrecht und Patentrecht?“ Mitt. 4/5 2000 164-173

Ein Sitzmöbel kann wegen seiner besonders extravaganten Formgebung eine persönliche geistige Schöpfung im Sinne des Urheberrechts darstellen (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG), gleichzeitig aber wegen seiner Funktionalität in dieser Beziehung auch dem Patentschutz zugänglich sein, wenn es sich etwa durch einen neuartigen Klappmechanismus auszeichnet. Während die unterschiedlichen Bezugspunkte des Urheberrechts- und Patentschutzes hier ohne weiteres gegenständlich identifizierbar sind, ist die potenzielle Koexistenz von Urheberrecht und Patent in Bezug auf Computerprogramme nicht unproblematisch. Computerprogramme erscheinen, abgesehen davon, dass sie sich der Vorstellungskraft weitgehend entziehen, von vornherein janusköpfig: Es sieht so aus, als würden sich Urheberrechtsschutz und Patentschutz bei ihnen nicht nur zufällig „begegnen“ wie im Möbel-Beispiel, sondern notwendig überschneiden.

Insoweit fällt besonders ins Gewicht, dass die Schutzhalte von Urheberrecht und Patent weitgehend nicht kompatibel sind: Das Urheberrecht gewährt, wie bereits dargelegt, u.a. einen Schutz gegen Kopie oder weitgehend identische Wiedergabe (Vervielfältigung) der Darstellungsform (§§ 69 c bis e UrhG), vermittelt jedoch im Gegensatz zum Patent keinen effektiven Schutz vor äquivalenten Benutzungen (vgl. §§ 14 i. V.m. 9 PatG). Es ist überdies im Grundsatz nicht übertragbar (§ 29 S. 2 UrhG); das Recht aus dem Patent kann dagegen auf Dritte übertragen werden (§ 15 PatG). Andererseits erlischt das Urheberrecht erst siebenzig Jahre nach dem Tode des Urhebers (§ 64 UrhG), während die Laufzeit des Patents zwanzig Jahre ab dem Zeitpunkt der Anmeldung beträgt (Art. 63 Abs. 1 EPÜ / § 16 Abs. 1 S. 1 PatG). Die fehlende materielle Konvergenz dieser Regelungen führt dazu, dass Schutzsuchende regelmäßig das für sie günstigere Schutzrechtssystem anstreben werden.

[Durant-Chuang] Stephen C. Durant and Thomas C. Chuang, „E-Commerce Patents and Shifting Balances in Patent Law“ IEEE Communications Magazine, Volume: 38 Issue: 7, July 2000 106 -110

[Gabriel-Goldman] Gabriel und Goldman „Mob Software: The Erotic Life of code“ <http://www.laputan.org/gabriel/mob.pdf>

Mob software works by involving a multitude of developers who are passionate about the software being constructed because it is important for them.

[Hartnack] Paul Hartnack „Software Patents in Europe“ 6.12.2000 <http://www.patent.gov.uk/about/ippd/softpat/1000.htm>

TRIPS is an argument for wider protection for software. But the decision to do so should be based on sound economic reasons. Would it be in the interests of European industry, and European consumers, to take this step?

[Hössle2000] Markus Hössle „Der nicht-statische Technikbegriff“ Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 8/2000

Folglich wendet der BGH die in "Rote Taube" formulierten Grundsätze konsequent an und formuliert mit dem „nicht-statischen Technikbegriff“ eine würdige und griffige Verallgemeinerung, die in der Praxis gute Dienste leisten wird.“

[Holmes3-2000] W. Neville Holmes, University of Tasmania: „The Evitability of Software Patents“ IEEE Computer Volume: 33 Issue: 3 March 2000, 30-34

Hobbling software with a medieval artifact like the patent may stifle innovation, benefitting the moneyed few at the expense of everyone else.

A more serious argument goes to the heart of the matter. Intellectual property law is founded on securing the public good, and software patents or copyright plainly do not secure the public good. The justification for granting a monopoly to an inventor or importer of a technology has long been that the grantee trains others to exploit the invention after the grant expires. Thus, the inventor or importer gets a short-term benefit from the monopoly, while the public gets a greater long-term benefit from the invention's later, unfettered use. Yet the public gains no more benefit — and arguably far less — from the patent system in its current form than it would enjoy if no patent system existed. The current situation benefits business concerns exclusively, either giant corporations that seek advantage over their competitors, or opportunistic corporations that acquire software patents solely to extract licensing fees from their competitors. As Brian Kahin observes, the whole situation is a dreadful mess.

Perhaps the strangest thing about discussions of intellectual property law and digital technology is that the two least practical forms — patents and copyrights — get the most attention, whereas the two most appropriate forms get the least. Industrial-design registration gives a monopoly over a vendible product's visual appearance, while trademark registration gives a monopoly over a mark used to identify a product's source. Both these protections aim to prevent unfair competition; neither blocks the free spread of ideas and techniques.

Patent law and practice is a linguistic nightmare, an important ethical point almost always overlooked in popular articles. ... Having law and legal practices that citizens at large cannot understand is unethical and dangerous.

[Holmes5-2001] Neville Holmes „The great term robbery“ IEEE Computer , Volume: 34 Issue: 5, May 2001 94-96

[Iandiorio] Joseph S. Iandiorio „Software Protection Under Patent and Copyright“ IEEE Technology and Society Magazine , Volume: 7 Issue: 3 , Sept. 1988 Page(s): 9 -10

In another case, an author wrote a book and taught a course on a method for orderly investing in and profiting from the commodities market. He charged thousands of dollars for his course and book and subscribers had to sign secrecy agreements. A stranger to the course came by a copy of the book honestly and immediately sensed that automating the teaching by writing a program to perform the procedure taught in the book would be a natural thing to do and would be very valuable. He did, and when the owner sued for copyright infringement, he defended on the grounds that he had certainly not copied the form of expression, only the idea. The court disagreed, saying that the computer program was no more than the translation into another language, i. e., English into the computer language, which is no different than translating a book in English into a book in German.

[Kahin] BRIAN KAHIN „The Expansion of the Patent System: Politics and Political Economy“ <http://www.firstmonday.org/issues/issue6-1/kahin/index.html>

Over the past twenty years, the jurisdiction of the patent system has expanded to cover software and business practices. This expansion continues to elicit concerns about quality, but the quality problem is symptomatic of institutional problems. Captured by the patent community, the U.S. Patent and Trademark Office (PTO) has adopted an expansionist philosophy and devalued the examination process. This philosophy, along with the expansionist decisions of the specialized Court of the Appeals for the Federal Circuit, is dramatically at odds with the principles of the Clinton Administration's initiative on global electronic commerce.

[Kiesewetter-Köbinger] Kiesewetter-Köbinger in GRUR 3/2001 185-193

Man besäße das Urheberrecht nochmals in Patentform, garniert mit zusätzlichen Gebühreneinnahmen für die Ämter.

[König-2001] König Reimar „Patentfähige Datenverarbeitungsprogramme – ein Widerspruch in sich“ GRUR 7 2001 577-584

Verfolgte das Patentgesetz mit § 1 II, III das Ziel, Datenverarbeitungsprogramme in patentfähige und nicht patentfähige zu scheiden, dann müsste dies mit hinreichender Bestimmtheit im Gesetz tatbestandlich vorgezeichnet und verfassungskonform konkretisiert sein (Art. 14 I, 3 I GG).

[Kolle] Gert Kolle „Technik, Datenverarbeitung und Patentrecht – Bemerkungen zur Dispositionsprogramm-Entscheidung des Bundesgerichtshofs“ <http://swpat.ffii.org/vreji/papri/grur-kolle77/indexde.html>

Mit der Qualifizierung des Programms als Lehre zum technischen Handeln ist freilich nichts gewonnen, weil die durch das Programm repräsentierte Gebrauchsanweisung nicht unabhängig von der Datenverarbeitungsanlage beurteilt werden kann und nur dann patentierbar wäre, wenn sie nicht mehr im Bereich des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der nach ihr betriebenen Datenverarbeitungsanlage liegt. Machen wir uns nun bewusst, dass die Universalrechner zur Lösung beliebiger Aufgaben konzipiert und ihre Einsatzmöglichkeiten nahezu unbegrenzt sind, dann erscheint diese Hürde unüberwindbar. Schon hier wird sich jeder fragen, ob für die Patentierung von Computerprogrammen wirklich noch Raum ist.

Der Bundesgerichtshof weist zwei Wege für die Patentierung von Programmen: Entweder den einer konstruktiven, schaltungstechnischen Lösung durch eine spezielle Schaltungseinheit oder Vorrichtung oder den der verfahrensmäßigen Lösung durch Angabe einer neuen, bisher nicht üblichen und nicht naheliegenden Betriebsvorschrift. Beide Möglichkeiten schränkt der Bundesgerichtshof weiterhin dadurch ein, dass eine in der Problemanalyse und/oder in der Auffindung des Algorithmus liegende schöpferische Leistung patentrechtlich irrelevant ist, d.h. der darauf beruhenden speziellen Schaltung bzw Programmierungsmaßnahme weder Neuheit noch Erfindungshöhe vermitteln kann. Diese Einschränkung ist mit Rücksicht auf die Tatsache, dass die Algorithmen nicht technischer Natur sind und deshalb auch als solche nicht Gegenstand der Erfindung sein können, ebenso konsequent wie die Feststellung, dass der fehlende technische Charakter der programmierten Rechenvorschrift der Patentfähigkeit eines bestimmten Programmierungsvorschlags nicht entgegensteht. Die weitere Aussage schließlich, dass das Fehlen einer schöpferischen Leistung bei der Erstellung des Programms die „Patentierung der auf das Programm bezogenen Betriebsanweisung“ nicht zwingend ausschließt, ist nur für die zweite vom Bundesgerichtshof ins Auge gefassete Alternative der verfahrensmäßigen Lösung bedeutsam. Sie ergibt nur dann einen Sinn, wenn man sie so versteht, dass eine an sich naheliegende, weil fachmännische Programmierungsmaßnahme jedenfalls dann nicht patenthindernd ist, wenn sie einen gewissermaßen „überraschenden“ Effekt im Operationsablauf des Computers zur Folge hätte, d.h. eine irgendwie vorteilhafte Wirkungsweise, die aufgrund der Konzeption und Konstruktion der benutzten Datenverarbeitungsanlage nicht zu erwarten war. Im Hinblick auf den Zusammenhang zwischen Programm und bestimmungsgemäßen Gebrauch der Datenverarbeitungsanlage ist dieser Ansatz durchaus zutreffend, da eben Bezugspunkt allein der Computer und seine Arbeitsweise ist, nicht das Programm als solches, auf dessen Abweichung von vorbekannten Programmen es daher nicht ankommt.

[Lenz-2001] Lenz, Prof. Dr. K. „Auslegung von Art. 52 des Europäischen Patentabkommens hinsichtlich der Frage, inwieweit Software patentierbar ist“ 19.7.2001 <http://swpat.ffii.org/stidi/epue52/exeg/indexde.html>

Die verfassungskonforme Auslegung verbietet eine Ungleichbehandlung mit ästhetischen Formschöpfungen ohne sachlichen Grund und eine Ausweitung der Patentierbarkeit ohne Rücksicht auf die oben entwickelten Grenzen des Wortlautes.

[Lenz] Lenz, Prof. Dr. K., priv. Mitteilung

Man kann allerdings in der Tat auch umgekehrt fragen, ob nicht die Anerkennung der Patentierbarkeit von Software Eigentumsrechte verletzt. Eine interessante Idee.

Ich habe in meinem Text ebenfalls eine Verletzung von Art. 14 durch Ausschluss der Patentierbarkeit von Software mit dem Argument abgelehnt, dass ja bereits ein Schutz durch das Urheberrecht besteht. Hier liegt auch unter Gleichheitsaspekten (Art. 3 Grundgesetz) ein wesentlicher Unterschied zwischen Software und „ästhetischen Formschoepfungen“ einerseits und allen anderen in Art. 52 genannten Ausschlussstatbestaenden andererseits.

[Lohr] STEVE LOHR „Can ‘Open Source’ Bridge the Software Gap?“ New York Times 29.8.2000 <http://fox.rollins.edu/~tlairson/ecom/open2.html>

The point, they say, is not to destroy the profit motive that has helped make software a \$175 billion-a-year business worldwide. The goal instead is to bring software development into the Internet era by sharing knowledge widely, allowing programmers to build on each other’s work and accelerate the pace of software debugging and improvement. Companies in the open-source economy would make money mainly by tailoring programs for customers, and with service and support. Software, open-source advocates say, would increasingly become a service business – compared with the traditional model of shipping proprietary code, shrink-wrapped, as if it were a manufactured good. “I am increasingly coming to the conclusion that the Internet and open-source initiatives are the free marketplace way of dealing with the extremely complex software issues we are facing,” said Irving Wladawsky-Berger, an I.B.M. executive and a member of the presidential advisory committee.

[Machlup] Fritz Machlup „Die wirtschaftlichen Folgen des Patentrechts“ GRUR 1961

Wenn man nicht weiß, ob ein System als Ganzes (im Gegensatz zu bestimmten Elementen oder Bestandteilen) gut oder schlecht ist, so ist die sicherste Folgerung, die sich ziehen läßt, die, so wie bisher weiterzumachen – entweder mit dem System, wenn man lange mit ihm gelebt hat, oder ohne das System, wenn man bisher auch so auskam.

[Marly] Marly „Tür zum Patentschutz für Computerprogramme ist geöffnet“
Frankfurter Allgemeine Zeitung, 15.7.2000

[McTiernan] Charles E. McTiernan „The ENIAC Patent“ IEEE Annals of the History of Computing, Vol. 20 No. 2, 1998, 54-58,80

[Moglen] EBEN MOGLEN „Anarchism Triumphant: Free Software and the Death of Copyright“ May 1999 <http://www.firstmonday.org/issues/issue4-8/moglen/index.html>

And so, in one of history's little ironies, the global triumph of bad software in the age of the PC was reversed by a surprising combination of forces: the social transformation initiated by the network, a long-discarded European theory of political economy, and a small band of programmers throughout the world mobilized by a single simple idea.

[Nichols] Kenneth Nichols „The Age of Software Patents“ IEEE Computer Volume: 32 Issue: 4 April 1999 25 -31

Current law treats software as just another invention. It is not. Software is a new kind of entity, with the ability to transform all other technologies, including the creative arts, politics, and economics. It therefore requires separate treatment.

software differs from conventional industrial products. For example, the first software product or protocol to attract a large following usually becomes the de facto standard. The strong market position attained by the inventor usually causes the competition to adapt its offerings to comply with the new standard. This makes it difficult for new, technically superior products to establish themselves in the market. Often, the owner of the standard uses its dominant position to exclude competing products that rely on the standard. The near-monopoly positions of IBM in the 1970s and Microsoft in the 1990s are extreme examples of how control of a fundamental standard (in this case, the operating system) leads to control of application software as well. This phenomenon, known as a network effect, is more powerful in the software arena than in other industries. A patent for a standard only amplifies the consequences of network effects, by providing the standard with years of legal protection to further entrench its presence. The current graphical user interface (GUI) provides a broader example of network effects. The WIMP interface, which made its commercial debut more than 20 years ago, now permeates application software on almost all platforms. Despite its obvious limitations, the WIMP paradigm shows no signs of weakening. To displace this system, a new interface model would have to add a great deal of convenience or functionality. If or when this happens, the new archetype will likely become the new standard. If patents and copyrights protect this concept, the idea will be irresistible.

[Pfleeger] Pfleeger Shari Lawrence „Albert Einstein and Empirical Software Engineering“ IEEE Computer Volume: 32 Issue: 10 , Oct. 1999 32-38

When asked to solve a new software problem, we often invoke the “design-a-little, code-a-little, test-a-little” approach, trying this and that to see what works best.

[Rannacher-Stein] Rannacher und Stein „Finite Element Modellierung“ Spektrum der Wissenschaften, 3/1997 90-98

[Robinson3-2001] GARY S. ROBINSON „International standards: Why do them?“ IEEE Micro , Volume: 21 Issue: 2 , March-April 2001 4 -96

Bob Metcalf, Ethernet’s coinventor, was once asked why he supported making Ethernet a standard. His answer was “It is better to have a small piece of a very big pie, than a large piece of a small pie.” Now, of course, the Ethernet standard, in both its IEEE and the ISO (IS 8802-3) forms, has made the pie so big that an entire industry is eating from it.

[Robinson1-2000] Gary S. Robinson „Standards intellectual property licensing“ in IEEE Micro 1/2 2000 6-8

From what I understand, the automobile industry excludes all patented items in its standards, and it seems to be thriving.

By law, only the courts can decide if a patent applies. The problem in the IT industry is that by the time the courts reach a decision, the project is obsolete.

[Robinson-Cargill] Gary S Robinson, Carl Cargill „History and Impact of Computer Standards“ IEEE Computer Volume: 29 Issue: 10 , Oct. 1996 79 -85

Standards are especially important to a young and quickly changing industry like the computer industry: They stabilize technology and encourage investment. Standards for a technology are presented as specifications that developers and manufacturers of the technology follow. There can be

- *formal standards, developed by official standards developing organizations such as the IEEE;*
- *public specifications, developed by a consortium of companies that use a technology, such as TCP/IP developed by the IETF; and*
- *de facto standards, developed by one company whose implementation of a technology has been accepted in the marketplace, such as Microsoft Windows 95,*

ELEMENTS OF SUCCESSFUL STANDARDS

The successful computer standards have used technology to meet business needs without inhibiting innovation and competition. History shows that

the best way to accomplish this is to limit standardization to the specifications that are necessary either to specify essential functions or to define such important matters as data-interchange methods and interfaces.

A good standard in any industry is generally a solution to an interface problem. Standards should not address the implementation of a product. In that way, they can encourage competition in the way a product is used.

[Schölch] Schölch „Softwarepatente ohne Grenzen“ GRUR 1/2001 16-21

[Schulte] Schulte „Patentgesetz“ 5. Auflage

[Seeger] Jürgen Seeger „Ausgependelt“ <http://www.heise.de/ix/artikel/2001/06/003/>

[Somaya & Teece] Deepak Somaya, David J. Teece „Combining Inventions in Multi-invention Products: Organizational Choices, Patents, and Public Policy“ <http://www.rhsmith.umd.edu/lbpp/dsomaya/Paers/DSDT00.pdf>

[Stern8-1996] Richard H. Stern „Anti-knockoff article protection law“ IEEE Micro , Volume: 16 Issue: 4 , Aug. 1996 Page(s): 4-5

Will the net benefit to the public from the new law outweigh its costs? In particular, the scope of what should receive protection needs further examination, analysis, and specification. One issue is duplicative protection — piling article protection on top of copyright and mask work protection for the same article.

[Stern-1998] Richard H. Stern „Patenting signals“ IEEE Micro Volume: 18 Issue: 2 , March-April 1998 6 -8

The PTO has decided that a propagated signal is an article of manufacture. A signal may be ephemeral and intangible, but it involves the motion of electrons through a wire or propagation of EMF through space. Since this occurs as a result of human agency at some point, the PTO says, it is an article of manufacture. “Anything made by man under the sun,” the PTO’s favorite mantra goes, “is patentable.” The trouble with that mantra, though, is that it proves too much. It is clearly not the law that everything man makes under the sun (or else-where) is patentable. Jokes, puns, business schemes, and editorials in IEEE Micro are all unpatentable though made under the sun by man. That goes for mafiosi who are “made men,” too.

[Stern7-1999] RICHARD H. STERN „Licensing IP embodied in standards“ IEEE Micro , Volume: 19 Issue: 4 , July-Aug. 1999 Page(s): 7 -8, 82-83

Ordinarily, unless there is good reason to do otherwise, the applicable body should not allow a standard to be based on patented or copyrighted technology unless the company states that it will grant users of the standard licenses on reasonable and nondiscriminatory terms and conditions.

Organizations such as the W3C, ANSI, and IEEE should insist that company representatives in standard setting should warrant to the organization, on behalf of their employers, that they aren't selling the organization a gold-plated brick. That's why it didn't matter whether Dell's representatives to the VESA VL-bus group actually knew about Dell's patent covering the bus. When they told VESA that no Dell patents stood in the way of using the VL-bus standard, they had a duty to know what they were talking about. Similarly, if Microsoft represented to W3C that no Microsoft patents would stand in the way of use of the proposed standard, Microsoft had a duty to know that the representations were correct. Therefore, the minimum requirement here should be a binding representation that patents and copyrights will not interfere with access to the proposed standard. Without such a representation, a body such as the IEEE should not let employees of possible patent owners help steer the body into adopting a particular standard that may run afoul of the owner's patent.

[Stern9-1999] RICHARD H. STERN „Licensing IP embodied in standards, Part 2“ IEEE Micro , Volume: 19 Issue: 5 , Sept.-Oct. 1999 7 -9, 81-83

The best way to do that is to have the seller with the dry basement (the metaphor used previously in Micro Law for no patents controlling the standard) make sure that the buyer enjoys having the benefit of a dry basement.

Is it unfair to require a company to choose between risking being left out of the industry standard (which may be competitively injurious) and agreeing to the „don't enforce if you don't tell“ policy? Under the latter choice, the company would have to tell what it knows (which takes disclosed, embodied patents out of the present discussion). If it fails (even after making a reasonable effort) to make correct disclosure, it would have to refrain from enforcing any undisclosed, embodied patent against use in following the standard. Is that unfair? That is hard to decide. Perhaps, given IEEE's and ANSI's anxieties about offending company managements and thereby disturbing the present symbiosis, a compromise should be considered.

[Stern3-2001] RICHARD H. STERN „Amazon's one-click patent loses its teeth“ IEEE Micro , Volume: 21 Issue: 2 , March-April 2001 7 -10

[Stobbs] Gregory A. Stobbs, „Patenting Propagated Data Signals: What Hath God Wrought?“ IEEE Communications Magazine , Volume: 38 Issue: 7 , July 2000 Page(s): 98 -101

While patents have always been available for new and useful processes, machines, manufactures, and compositions of matter, the extension of patent law to computer data signals is new. After losing a series of battles in the courts, the Patent Office now considers a computer program embodied in a carrier wave to be a manufacture, and hence patentable subject matter. This rather surprising development provides a powerful weapon against software patent infringement over the Internet; and it represents

a dangerous snare for the telecommunications industry. Is there anything beyond the reach of patent law? The Supreme Court remains steadfast in this: patents cannot be obtained for abstract ideas, laws of nature, and natural phenomena.

[Struck] Struck unter <http://www.patentgesetz.de/kommentar/labs2nr3patg-datenverarbeitungsprogramme.htm>

[Tauchert2001] Tauchert /<http://www.jurpc.de/aufsatz/20010040.htm> Abs. 28

[Tauchert9-2000] Tauchert K&R 9/2000 1

[Wayner] PETER WAYNER „Whose Intellectual Property Is It, Anyway? The Open Source War“ New York Times 24.8.2000 <http://fox.rollins.edu/~tlairson/ecom/open.html>

The intellectual property laws do help protect creators and their innovations, and corporations instinctively grab as much power as they can get. But if the strength of these laws grows and the teams of lawyers that enforce them become more powerful, society will become much poorer.

[Weber] Steven Weber „The Political Economy of Open Source Software“ BRIE Working Paper 140 <http://bis.berkeley.edu/~briewww/pubs/wp/wp140.pdf>

Is open source software likely to be a significant factor in the international economy of the early 21st century?

The answer to this question depends first on whether software per se, and information technology more generally, turns out to be 'merely' a new leading sector of the economy, or more profoundly a transformative tool that sweeps across and revolutionizes economic activity across a very wide range of sectors. If the former, the impact of open source will be felt primarily in computing and information processing. There will be ripple effects in other areas of economic activity, but the causal force of software production models will be relatively limited overall. If the latter, it is reasonable to expect new possibilities for organization to arise across the economy, with massive changes in what is done and how it is done in a wide range of industries. Changes in how governments regulate economic activity, how property rights and control are imagined and implemented, will accompany this shift. In that scenario, the impact of the open source process could be orders of magnitude more significant. I believe that the second scenario is closer to the truth, but since it cannot be proved at this point in time, I take a restrained view of the possibilities below.

Software itself is ultimately a tool for manipulating information. If the tool is essentially free to anyone who wants it and freely modifiable to make it useful in whatever way the user can manage, then lots of people will grab the tool and experiment in doing different things with it. This

is just as true across countries as it is within countries. The open source community has been international from the start and remains so. It transcends national boundaries in a profound way because its interests and its product are not tied to or dependent upon any government. Developers in China, Indonesia, and other developing countries contribute to open source software. More important, they all have access to the tool. The degree to which they can modify and fix this tool by themselves is limited only by their own knowledge and learning, not by property rights or prices imposed on them by a developed country owner.

[PatG § 1] §1 (1) PatG

(1) Patente werden für Erfindungen erteilt, die neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind.

(2) Als Erfindungen im Sinne des Absatzes 1 werden insbesondere nicht angesehen:

1. Entdeckungen sowie wissenschaftliche Theorien und mathematische Methoden;

2. ästhetische Formschöpfungen;

3. Pläne, Regeln und Verfahren für gedankliche Tätigkeiten, für Spiele oder für geschäftliche Tätigkeiten sowie Programme für Datenverarbeitungsanlagen;

4. die Wiedergabe von Informationen.

(3) Absatz 2 steht der Patentfähigkeit nur insoweit entgegen, als für die genannten Gegenstände oder Tätigkeiten als solche Schutz begehrt wird.

[PatG § 4] Eine Erfindung gilt als auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhend, wenn sie sich für den Fachmann nicht in naheliegender Weise auf dem Stand der Technik ergibt. Gehören zum Stand der Technik auch Unterlagen im Sinne des § 3 Abs. 2, so werden diese bei der Beurteilung der erfinderischen Tätigkeit nicht in Betracht gezogen.

[PatG § 34] § 34 Patentanmeldung

(1) Eine Erfindung ist zur Erteilung eines Patents beim Patentamt anzumelden.

(2) Die Anmeldung kann auch über ein Patentinformationszentrum eingereicht werden, wenn diese Stelle durch Bekanntmachung des Bundesministeriums der Justiz im Bundesgesetzblatt dazu bestimmt ist, Patentanmeldungen entgegenzunehmen. Eine Anmeldung, die ein Staatsgeheimnis (§ 93 Strafgesetzbuch) enthalten kann, darf bei einem Patentinformationszentrum nicht eingereicht werden.

(3) Die Anmeldung muß enthalten: 1. den Namen des Anmelders;

2. einen Antrag auf Erteilung des Patents, in dem die Erfindung kurz und genau bezeichnet ist;

3. einen oder mehrere Patentansprüche, in denen angegeben ist, was als patentfähig unter Schutz gestellt werden soll;

4. eine Beschreibung der Erfindung;

5. die Zeichnungen, auf die sich die Patentansprüche oder die Beschreibung beziehen.

(4) Die Erfindung ist in der Anmeldung so deutlich und vollständig zu offenbaren, daß ein Fachmann sie ausführen kann.

(5) Die Anmeldung darf nur eine einzige Erfindung enthalten oder eine Gruppe von Erfindungen, die untereinander in der Weise verbunden sind, daß sie eine einzige allgemeine erfinderische Idee verwirklichen.

(6) Mit der Anmeldung ist eine Gebühr nach dem Tarif zu zahlen. Unterbleibt die Zahlung, so gibt das Patentamt dem Anmelder Nachricht, daß die Anmeldung als zurückgenommen gilt, wenn die Gebühr nicht bis zum Ablauf eines Monats nach Zustellung der Nachricht entrichtet wird.

(7) Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung Bestimmungen über die Form und die sonstigen Erfordernisse der Anmeldung zu erlassen. Es kann diese Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf den Präsidenten des Patentamts übertragen.

(8) Auf Verlangen des Patentamts hat der Anmelder den Stand der Technik nach seinem besten Wissen vollständig und wahrheitsgemäß anzugeben und in die Beschreibung (Absatz 3) aufzunehmen.

(9) Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung Bestimmungen über die Hinterlegung von biologischem Material, den Zugang hierzu einschließlich des zum Zugang berechtigten Personenkreises und die erneute Hinterlegung von biologischem Material zu erlassen, sofern die Erfindung die Verwendung biologischen Materials beinhaltet oder sie solches Material betrifft, das der Öffentlichkeit nicht zugänglich ist und das in der Anmeldung nicht so beschrieben werden kann, daß ein Fachmann die Erfindung danach ausführen kann (Absatz 4). Es kann diese Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf den Präsidenten des Patentamts übertragen.

[Urhrg §2] §2 Urhrg

§ 2 Geschützte Werke

(1) Zu den geschützten Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst gehören insbesondere:

1. Sprachwerke, wie Schriftwerke, Reden und Computerprogramme;

2. Werke der Musik;

3. pantomimische Werke einschließlich der Werke der Tanzkunst;

4. Werke der bildenden Künste einschließlich der Werke der Baukunst und der angewandten Kunst und Entwürfe solcher Werke;

5. Lichtbildwerke einschließlich der Werke, die ähnlich wie Lichtbildwerke geschaffen werden;

6. Filmwerke einschließlich der Werke, die ähnlich wie Filmwerke geschaffen werden;

7. Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art, wie Zeichnungen, Pläne, Karten, Skizzen, Tabellen und plastische Darstellungen.

(2) Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche geistige Schöpfungen.

[UrhrG § 69] §§ 69 a-g UrhrG

Abschnitt 8 Besondere Bestimmungen für Computerprogramme

§ 69 a Gegenstand des Schutzes

(1) Computerprogramme im Sinne dieses Gesetzes sind Programme in jeder Gestalt, einschließlich des Entwurfsmaterials.

(2) Der gewährte Schutz gilt für alle Ausdrucksformen eines Computerprogramms. Ideen und Grundsätze, die einem Element eines Computerprogramms zugrunde liegen, einschließlich der den Schnittstellen zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze, sind nicht geschützt.

(3) Computerprogramme werden geschützt, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, daß sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind. Zur Bestimmung ihrer Schutzfähigkeit sind keine anderen Kriterien, insbesondere nicht qualitative oder ästhetische, anzuwenden.

(4) Auf Computerprogramme finden die für Sprachwerke geltenden Bestimmungen Anwendung, soweit in diesem Abschnitt nichts anderes bestimmt ist.

§ 69 b Urheber in Arbeits- und Dienstverhältnissen

(1) Wird ein Computerprogramm von einem Arbeitnehmer in Wahrnehmung seiner Aufgaben oder nach den Anweisungen seines Arbeitgebers geschaffen, so ist ausschließlich der Arbeitgeber zur Ausübung aller vermögensrechtlichen Befugnisse an dem Computerprogramm berechtigt, sofern nichts anderes vereinbart ist.

(2) Absatz 1 ist auf Dienstverhältnisse entsprechend anzuwenden.

§ 69 c Zustimmungsbedürftige Handlungen Der Rechtsinhaber hat das ausschließliche Recht, folgende Handlungen vorzunehmen oder zu gestatten:

1. die dauerhafte oder vorübergehende Vervielfältigung, ganz oder teilweise, eines Computerprogramms mit jedem Mittel und in jeder Form. Soweit das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Computerprogramms eine Vervielfältigung erfordert, bedürfen diese Handlungen der Zustimmung des Rechtsinhabers;

2. die Übersetzung, die Bearbeitung, das Arrangement und andere Umarbeitungen eines Computerprogramms sowie die Vervielfältigung der erzielten Ergebnisse. Die Rechte derjenigen, die das Programm bearbeiten, bleiben unberührt;

3. jede Form der Verbreitung des Originals eines Computerprogramms oder von Vervielfältigungsstücken, einschließlich der Vermietung. Wird ein Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen

Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht, so erschöpft sich das Verbreitungsrecht in bezug auf dieses Vervielfältigungsstück mit Ausnahme des Vermietrechts.

§ 69 d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen

(1) Soweit keine besonderen vertraglichen Bestimmungen vorliegen, bedürfen die in § 69c Nr. 1 und 2 genannten Handlungen nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms einschließlich der Fehlerberichtigung durch jeden zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms Berechtigten notwendig sind.

(2) Die Erstellung einer Sicherungskopie durch eine Person, die zur Benutzung des Programms berechtigt ist, darf nicht vertraglich untersagt werden, wenn sie für die Sicherung künftiger Benutzung erforderlich ist.

(3) Der zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks eines Programms Berechtigte kann ohne Zustimmung des Rechtsinhabers das Funktionieren dieses Programms beobachten, untersuchen oder testen, um die einem Programmelement zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze zu ermitteln, wenn dies durch Handlungen zum Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Programms geschieht, zu denen er berechtigt ist.

§ 69 e Dekompilierung

(1) Die Zustimmung des Rechtsinhabers ist nicht erforderlich, wenn die Vervielfältigung des Codes oder die Übersetzung der Codeform im Sinne des § 69c Nr. 1 und 2 unerlässlich ist, um die erforderlichen Informationen zur Herstellung der Interoperabilität eines unabhängig geschaffenen Computerprogramms mit anderen Programmen zu erhalten, sofern folgende Bedingungen erfüllt sind:

1. Die Handlungen werden von dem Lizenznehmer oder von einer anderen zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms berechtigten Person oder in deren Namen von einer hierzu ermächtigten Person vorgenommen;

2. die für die Herstellung der Interoperabilität notwendigen Informationen sind für die in Nummer 1 genannten Personen noch nicht ohne weiteres zugänglich gemacht;

3. die Handlungen beschränken sich auf die Teile des ursprünglichen Programms, die zur Herstellung der Interoperabilität notwendig sind.

(2) Bei Handlungen nach Absatz 1 gewonnene Informationen dürfen nicht

1. zu anderen Zwecken als zur Herstellung der Interoperabilität des unabhängig geschaffenen Programms verwendet werden,

2. an Dritte weitergegeben werden, es sei denn, daß dies für die Interoperabilität des unabhängig geschaffenen Programms notwendig ist,

3. für die Entwicklung, Herstellung oder Vermarktung eines Programms mit im wesentlichen ähnlicher Ausdrucksform oder für irgendwelche anderen das Urheberrecht verletzenden Handlungen verwendet werden.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind so auszulegen, daß ihre Anwendung weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unzumutbar verletzt.

§ 69 f Rechtsverletzungen

(1) Der Rechtsinhaber kann von dem Eigentümer oder Besitzer verlangen, daß alle rechtswidrig hergestellten, verbreiteten oder zur rechtswidrigen Verbreitung bestimmten Vervielfältigungsstücke vernichtet werden. § 98 Abs. 2 und 3 ist entsprechend anzuwenden.

(2) Absatz 1 ist entsprechend auf Mittel anzuwenden, die allein dazu bestimmt sind, die unerlaubte Beseitigung oder Umgehung technischer Programmschutzmechanismen zu erleichtern.

§ 69 g Anwendung sonstiger Rechtsvorschriften; Vertragsrecht

(1) Die Bestimmungen dieses Abschnitts lassen die Anwendung sonstiger Rechtsvorschriften auf Computerprogramme, insbesondere über den Schutz von Erfindungen, Topographien von Halbleitererzeugnissen, Marken und den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb einschließlich des Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, sowie schuldrechtliche Vereinbarungen unberührt.

(2) Vertragliche Bestimmungen, die in Widerspruch zu § 69d Abs. 2 und 3 und § 69e stehen, sind nichtig.

[Art.1-GG] Art 1 Grundgesetz

(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

(2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.

(3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.

[Art.2-1GG] Art 2 Grundgesetz

(1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

(2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.

[Art.3-1GG] Art 3 Grundgesetz

(1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

(2) Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.

(3) Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.

[Art.5-GG] Art 5 Grundgesetz

(1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.

(2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

(3) Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.

[Art.14-GG] Art 14 Grundgesetz

(1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.

(2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.

(3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfall der Rechtsweg vor ordentlichen Gerichten offen.

[BBG § 52] Bundesbeamtengesetz

Abschnitt III Rechtliche Stellung der Beamten

1. Pflichten

a) Allgemeines

§ 52

(1) Der Beamte dient dem ganzen Volk, nicht einer Partei. Er hat seine Aufgaben unparteiisch und gerecht zu erfüllen und bei seiner Amtsführung auf das Wohl der Allgemeinheit Bedacht zu nehmen.

(2) Der Beamte muß sich durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten.

[Acrylfasern] BGH „Acrylfasern“ X ZB 18/83

Die im Patentanspruch enthaltenen Angaben dürfen sich nicht in einer Umschreibung der der Erfindung zugrundeliegenden Aufgabe erschöpfen, sondern müssen die Lösung der Aufgabe kennzeichnen.

In Fällen, in denen es nicht möglich ist, eine Sache durch Angaben über ihre Beschaffenheit zu beschreiben, dürfen sich die der mittelbaren Parameter jedenfalls nicht in Angaben über die der Erfindung zugrundeliegende Aufgabe erschöpfen.

[Kreiselegge] BGH „Kreiselegge“

Eine Aufgabe ist keine Erfindung; diese kann nur in ihrer Lösung liegen.

[Logikverifikation] BGH Logikverifikation, Beschl. v. 13.12.1999 - X ZB 11/98

Die Beantwortung der Frage, ob eine auf ein Programm für Datenverarbeitungsanlagen gerichtete Patentanmeldung die nach § 1 Abs. 1 PatG vorausgesetzte Technizität aufweist, erfordert eine wertende Betrachtung des im Patentanspruch definierten Gegenstandes.

Betrifft der Lösungsvorschlag einen Zwischenschritt im Prozeß, der mit der Herstellung von (Silicium-)Chips endet, so kann er vom Patentschutz nicht deshalb ausgenommen sein, weil er auf den unmittelbaren Einsatz von beherrschbaren Naturkräften verzichtet und die Möglichkeit der Fertigung tauglicher Erzeugnisse anderweitig durch auf technischen Überlegungen beruhende Erkenntnisse voranzubringen sucht (Abweichung von BGHZ 115, 23, 30 = GRUR 1992, 36 - „Chinesische Schriftzeichen“)

[Sprachanalyseeinrichtung] BGH „Sprachanalyseeinrichtung“ Beschl. v. 11.5.2000 - X ZB 15/98 K&R 9/2000 453-457

- a) *Einer Vorrichtung (Datenverarbeitungsanlage), die in bestimmter Weise programmtechnisch eingerichtet ist, kommt technischer Charakter zu. Das gilt auch dann, wenn auf der Anlage eine Bearbeitung von Texten vorgenommen wird.*
- b) *Für die Beurteilung des technischen Charakters einer solchen Vorrichtung kommt es nicht darauf an, ob mit ihr ein (weiterer) technischer Effekt erzielt wird, ob die Technik durch sie bereichert wird oder ob sie einen Beitrag zum Stand der Technik leistet.*
- c) *Dem technischen Charakter der Vorrichtung steht es nicht entgegen, daß ein Eingreifen des Menschen in den Ablauf des auf dem Rechner durchzuführenden Programms in Betracht kommt.*

[Betriebssystem] BGH 1. Zivilsenat, „Urheberrechtsschutzfähigkeit von Computerprogrammen, hier: Systemsoftware; Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht - Betriebssystem“ Urteil vom 4. Oktober 1990, Az: I ZR 139/89

Umstritten ist, ob auch beim reinen Ablauf des Programms im Computer, bei der eigentlichen Programm Benutzung, Vervielfältigungsvorgänge wie bei der Abspeicherung auf die Festplatte oder Diskette anfallen. Die Ausgabe des Programms auf den Bildschirm scheidet von vornherein als maßgeblicher Vervielfältigungstatbestand aus, da insoweit nur eine unkörperliche Wiedergabe vorliegt. Die reine Benutzung (im Gegensatz zu den technischen Nutzungsrechten) wird urheberrechtlich nicht erfaßt. Dies gilt für das Benutzen eines Computerprogramms ebenso wie für das Lesen eines Buches. Es kommt daher auf die Frage an, ob die im Rahmen der Programm Benutzung erfolgende Programmeingabe und -verarbeitung eine Vervielfältigung erforderlich macht.

Die streitgegenständliche Systemsoftware ist einem Urheberrechtsschutz für Datenverarbeitungsprogramme nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG grundsätzlich zugänglich. Die vom Berufungsgericht angedeuteten Bedenken, es käme möglicherweise nur ein Patentschutz in Betracht, sind unbegründet. Zum einen würde ein solcher Schutz einem Urheberrechtsschutz nicht zwingend entgegenstehen, zum anderen scheidet er hier aber auch aus. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 PatG sind „Programme für Datenverarbeitungsanlagen“ als solche nicht als Erfindungen anzusehen. Damit sind alle Computerprogramme nicht technischer Natur vom Patentschutz ausgenommen. Dies gilt allerdings nicht für Programme technischer Natur (vgl. BGHZ 67, 22, 29 - Dispositionsprogramm; BGH, Urt. v. 13.5.1980 - X ZB 19/78, GRUR 1980, 849, 850 - Anti-Blockiersystem; Benkard/Bruchhausen, PatG, 8. Aufl. 1988, § 1 Rdn. 104 m.w.N.). Betriebssysteme der vorliegenden Art, die lediglich der Steuerung eines Computers und der mit ihm verbundenen Anschlußgeräte dienen (vgl. nachfolgend unter II. 3. b), stellen keine technischen Programme in diesem Sinne dar (vgl. BPatG CuR 1988, 652, 654f; siehe auch BPatG GRUR 1987, 31, 32 - Elektronisches Übersetzungsgerät). Auch in der vom Berufungsgericht angeführten Entscheidung der technischen Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts (EPA GRUR Int. 1987, 173, 175 = CR 1986, 537, 539f; dazu Benkard/Bruchhausen aaO, § 1 Rdn. 104), die eine computerbezogene Erfindung zum Gegenstand hatte, ging es nicht um den Patentschutz für ein dem Betriebssystem vergleichbares Programm; der auf ein technisches Verfahren gerichtete Patentanspruch wurde nicht als ein auf ein Computerprogramm als solches bezogener Schutzanspruch angesehen.

[Inkasso-Programm] BGH „Urheberrechtsschutzfähigkeit von Computerprogrammen - Inkasso-Programm“, Az: I ZR 52/83

- 1. Computer-Programme sind grundsätzlich einem Urheberrechtsschutz als Schriftwerke nach UrhG § 2 Abs 1 Nr 1 oder als Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art nach UrhG § 2 Abs 1 Nr 7 zugänglich.*
- 2. Zu den Anforderungen an das Erfordernis der persönlichen geistigen Schöpfung (UrhG § 2 Abs 2) bei Computer-Programmen.*

1. *Computerprogramme sind grundsätzlich in jedem Stadium ihrer Entwicklung dem Urheberrechtsschutz zugänglich: der in einer Studie (Pflichtenheft) als Ergebnis der Problemanalyse (Systemanalyse) beschriebene (auch symbolsprachliche) Lösungsweg als Schriftwerk iSd UrhG § 2 Abs 1 Nr 1; die graphische Darstellung des Datenflußplans (Flußdiagramms) als Darstellung wissenschaftlicher und technischer Art iSd UrhG § 2 Abs 1 Nr 7; die Darstellung des Programmablaufplans (Blockdiagramms) meist als Mischform aus Schriftwerk und Darstellung wissenschaftlicher oder technischer Art; das fertige Computerprogramm als Primärprogramm (Quellenprogramm) oder als auf einem Datenträger festgehaltenes auch nur maschinenlesbares Objektprogramm als Objektprogramm als Schriftwerk iSd UrhG § 2 Abs 1 Nr 1.*
2. *Neben den vorgenannten bei der Programmentwicklung regelmäßig anfallenden Formgestaltungen können in den Vorstufen weitere dem Urheberrechtsschutz zugängliche Arbeitsergebnisse entstehen (Beschreibungen, Dokumentationen, Unterprogramme uä). Ergänzend kann schutzfähiges Begleitmaterial hinzutreten, das neben den Computerprogrammen und den Programmbeschreibungen ebenfalls dem Oberbegriff der Computersoftware zugerechnet wird.*
3. *Als persönliche geistige Schöpfung (UrhG § 2 Abs 2) kommen für die Urheberrechtsschutzfähigkeit von Computerprogrammen und ihren Vorstufen nur die Auswahl und die Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des Materials in Betracht. Die Frage nach dem hinreichenden schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad iSd UrhG § 2 Abs 2 beantwortet sich nach den von der Rechtsprechung bislang entwickelten Grundsätzen (ausgeführt).*
4. *Zur urheberrechtlichen Beurteilung des Computerprogramms und seiner Vorstufen in ihrem Verhältnis zueinander als Werk (UrhG § 2), Bearbeitung (UrhG § 3), Vervielfältigung (UrhG § 16) bei einheitlichem (UrhG § 2, UrhG § 8) und getrennten Werkschaffen:*
 - (a) *Kann im Einzelfall eine hinreichende schöpferische Gestaltungshöhe nur in der Anfangsphase der Programmentstehung (zB bei der generellen Problemlösung und dem Datenflußplan), nicht dagegen in den späteren Arbeitsphasen (beim Programmablaufplan und insbesondere auch nicht bei der Codierung) festgestellt werden, so steht dies der Urheberrechtsschutzfähigkeit des vollendeten Werkes, des betriebsfertigen Programms, grundsätzlich nicht entgegen. Bei einem einheitlichen Werkschaffen gehen die schöpferischen Vorarbeiten in das endgültige Werk ein.*
 - (b) *Bei getrenntem Werkschaffen wäre die generelle Problemlösung als eigentliches Werk, der eigenschöpferisch gestaltete Datenflußplan als deren abhängige Bearbeitung (UrhG § 3) und der Programmablaufplan sowie die Codierung als unfreie Benutzung in Form der Vervielfältigung (UrhG § 16) zu beurteilen.*
 - (c) *Sind an der Programmentstehung als einem einheitlichen Werk*

mehrere Urheber beteiligt, so wird - falls die Beteiligten nicht etwas Gegenteiliges wollten - ein gemeinsames Werkschaffen vorliegen (UrhrG § 8), bei dem das betriebsbereite Computerprogramm das endgültige urheberrechtsgeschützte Werk darstellt.

[OEM-Version] BGH „OEM-Version“ Az: I ZR 244/97

Ein Softwarehersteller kann sein Interesse daran, daß eine zu einem günstigen Preis angebotene Programmversion nur zusammen mit einem neuen PC veräußert wird, nicht in der Weise durchsetzen, daß er von vornherein nur ein auf diesem Vertriebsweg beschränktes Nutzungsrecht einräumt. Ist die Programmversion durch den Hersteller oder mit seiner Zustimmung in Verkehr gesetzt worden, ist die Weiterverbreitung aufgrund der eingetretenen Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts ungeachtet einer inhaltlichen Beschränkung des eingeräumten Nutzungsrechts frei.

[Walzstabteilung] BGH „Walzstabteilung“ Beschluß vom 16. September 1980 , Az: X ZB 6/80

Rechenprogramme für elektronische Datenverarbeitungsanlagen, bei deren Anwendung lediglich von einer in Aufbau und Konstruktion bekannten Datenverarbeitungsanlage der bestimmungsgemäße Gebrauch gemacht wird, sind auch dann nicht patentfähig, wenn mit Hilfe der Datenverarbeitungsanlage ein Herstellungsvorgang oder Bearbeitungsvorgang mit bekannten Steuerungsmitteln unmittelbar beeinflusst wird (Ergänzung BGH, 22. Juni 1976, X ZB 23/74, BGHZ 67, 22; Ergänzung BGH, 21. April 1977, X ZB 24/74, GRUR 1977, 657).

- 1. Bei Betrachtung der Verfahrensschritte erweist sich, daß der Kern der Lehre in einem untechnischen Denkschema besteht und daß das Gebiet der Technik erst betreten wird, nachdem die eigentliche Problemlösung bereits abgeschlossen ist.*
- 2. Der Begriff der technischen Erfindung läßt sich dahin formulieren, daß darunter die planmäßige Benutzung beherrschbarer Naturkräfte außerhalb der menschlichen Verstandestätigkeit zur unmittelbaren Herbeiführung eines kausal übersehbaren Erfolges zu verstehen ist.*
- 3. Der Senat hat Rechtsgrundsätze zur Patentierbarkeit von Rechenprogrammen in den Entscheidungen „Dispositionsprogramm“ (BGHZ 67, 22), „Straken“ (GRUR 1977, 659), „Prüfverfahren“ (GRUR 1978, 102) und „Fehlerortung“ (GRUR 1976, 420) aufgestellt.*

[Straken] BGH „Straken“ Beschluß vom 21. April 1977 , Az: X ZB 24/74

Rechenprogramme für elektronische Datenverarbeitungsanlagen, bei deren Anwendung lediglich von einer in Aufbau und Konstruktion bekannten Datenverarbeitungsanlage der bestimmungsgemäße Gebrauch

gemacht wird, sind auch dann nicht patentfähig, wenn das bei der Anwendung der Programme erzielte Ergebnis auf technischem Gebiet verwendbar ist (Ergänzung BGH, 22. Juni 1976, X ZB 23/74, BGHZ 67, 22, Dispositionsprogramm).

[Formstein] BGH „Formstein“ Urteil vom 29. April 1986 , Az: X ZR 28/85

- 1. Nach PatG 1981 § 14 erstreckt sich der Schutzbereich regelmäßig auf Äquivalente der in den Patentansprüchen unter Schutz gestellten Erfindung.*
- 2. Dabei ist der Einwand zugelassen, die als äquivalent angegriffene Ausführungsform stelle mit Rücksicht auf den Stand der Technik keine patentfähige Erfindung dar.*

[Radio-Daten-System] BPatG, „Radio-Daten-System“ Beschluß vom 13. August 1997 , Az: 20 W (pat) 50/96

- 1. Auf dem Gebiet der Konsumelektronik werden benutzerbezogene Gerätefunktionen vorrangig vom Benutzer gewünscht, und die Tätigkeit des einschlägigen Fachmanns setzt erst bei der Realisierung ein.*
- 2. Von Rundfunksendern mitgesendete Kennung mit Information über die Programmsprache und Empfängerabstimmung auf eine gewünschte Programmsprache unter Verwenden dieser Kennung ist nicht erfinderisch.*

[Digitales Speichermedium] BPatG, „Digitales Speichermedium“ Beschluß vom 29. Februar 2000 , Az: 17 W (pat) 69/98

Unter einem „Programm für eine Datenverarbeitungsanlage als solchen“, das nach PatG § 1 Abs 2 Nr 3 und Abs 3 vom Patentschutz ausgeschlossen ist, ist der Programmcode und dessen Aufzeichnung auf einem Speichermedium gleich welcher Art, sei es Papier oder ein elektronisches Medium, zu verstehen.

[Versuchsplanung] BPatG „Versuchsplanung“, Beschluß vom 8. Februar 2001 , Az: 17 W (pat) 3/00

Ein universell anwendbares Verfahren zur Planung von Versuchen, das darin besteht, die bisher bei Versuchen aufgetretenen Parameterkombinationen einer mathematischen Abbildung zu unterziehen, die geeignet ist, Kombinationen erkennen zu lassen, die bisher nicht aufgetreten sind, und mit diesen weitere Versuche zu unternehmen, ist nicht technisch.

[Fuzzy Clustering] BPatG „Fuzzy Clustering“, Beschluß vom 1. März 2001 , Az: 17 W (pat) 6/00

Ein Verfahren zur Ermittlung einer in Meßdaten enthaltenen Struktur (dh einer mathematischen Funktion, die durch die Verteilung der Meßpunktdaten selbst gegeben ist), bei dem die Verfahrensschritte allein auf

mathematischen Überlegungen beruhen und so allgemein gehalten sind, daß sie universell für Datensätze beliebiger Art gelten, weist trotz des Umstandes, daß die analysierten Daten durch Messungen erfaßt werden, keinen technischen Charakter auf.

[OLG München 6 U 5497] OLG München 6. Zivilsenat, Urteil vom 27. Mai 1999, Az: 6 U 5497/98

1. *Bei Computer-Programmen wird nunmehr die „kleine Münze“ geschützt, wobei die Individualität des Programms maßgebend ist.*

[OLG Hamburg 3 U 180/93] Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg 3. Zivilsenat, Urteil vom 14. Juli 1994 , Az: 3 U 180/93

Der Konstrukteur einer patentierten Schiffsform kann den Vertrieb von Modellbauplänen des Schiffes weder nach patentrechtlichen noch nach wettbewerbsrechtlichen Vorschriften untersagen lassen.

1. *Das Herstellen von Modellen und Entwürfen ist keine Benutzungshandlung im Sinne des PatG §§ 9, 10.*
2. *Urheberrechtsschutz ist ebenfalls nicht gegeben, weil die Darstellung des der Schiffsform (hier: asymmetrisches Heck) zugrunde liegenden Konstruktionsgedankens keinen eigenschöpferischen Gehalt aufweist.*
3. *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche sind deshalb abzulehnen, weil zwischen den Parteien kein Wettbewerbsverhältnis besteht und auch keine Anhaltspunkte dafür bestehen, daß der Vertreiber der Modellbaupläne fremden Wettbewerb zu fördern beabsichtigt.*

[Levitationsmaschine] LG Düsseldorf „Levitationsmaschine“ Urteil vom 3. November 1998 - 4 = 175/98

Die Rechte aus einem Sach- und Verfahrenspatent sind auch hinsichtlich des Verfahrensanspruchs erschöpft, wenn eine zur Ausübung des Verfahrens geeignete patentierte Vorrichtung veräußert wird.

[BVerfG 1 BvR 1186/89] BVerfG 1. Senat, Beschluß vom 3. April 1990 , Az: 1 BvR 1186/89

1. *Die herkömmlichen Auslegungsmethoden und auch die analoge Anwendung einfachgesetzlicher Vorschriften ist grundsätzlich verfassungsmäßig; Schranken ergeben sich aus dem Gesetzesvorrang als Element des Rechtsstaatsprinzips bzw der Rechtssicherheit gemäß GG Art 20 Abs 3. Der Richter darf eindeutige Entscheidungen des Gesetzgebers nicht durch eigene rechtspolitische Vorstellungen verändern. Werden Regelungen jedoch aufgrund gesellschaftlichen Wandels oder rechtlicher Entwicklungen lückenhaft oder ergänzungsbedürftig, ist richterliche Lückensuche und Lückenschließung verfassungsrechtlich.*

2. *Auch wenn sich bei der Rechtsfortbildung verstärkt das Problem des Umfangs richterlicher Gesetzesbindung stellt, ist die verfassungsrechtliche Kontrolle analoger Rechtsanwendung darauf beschränkt, ob das Fachgericht in vertretbarer Weise eine einfachgesetzliche Lücke angenommen und geschlossen hat und ob diese Erweiterung des Normbereichs Wertungen der Verfassung, namentlich Grundrechten widerspricht.*

Der Bürger muß sein Verhalten auf den Inhalt der Rechtsordnung einstellen und dementsprechend disponieren können. Hat der Gesetzgeber eine eindeutige Entscheidung getroffen, darf der Richter diese nicht aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen verändern und durch eine Judikative Lösung ersetzen, die so im Parlament nicht erreichbar war (vgl. BVerfGE 69,315 (372); J. Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975, S.236).

[BVerfG 775/86] BVerfG 1. Senat, Beschluß vom 3. Oktober 1989 , Az: 1 BvR 775/86

Das dem Urheberrecht verwandte Schutzrecht des Herstellers, Tonträger zu vervielfältigen und zu verbreiten (§ 85 Abs 1 Satz 1 UrhG), ist „Eigentum“ im Sinne des Art 14 Abs 1 Satz 1 GG (Fortführung von BVerfG, 7. Juli 1971, 1 BvR 765/66, BVerfGE 31, 229).

1. *Die Auffassung des BGH (6. März 1986, I ZR 208/83, GRUR 1986, 736), mit der Veräußerung der Schallplatte habe der Tonträgerhersteller sein ausschließliches Verbreitungsrecht gem UrhG § 85 ausgenutzt und damit verbraucht, eine Weiterverbreitung durch Vermieten sei mithin gem UrhG § 17 Abs 2 frei, sie könne weder verboten noch könne für sie eine Vergütung wie beim Urheber gem UrhG § 27 Abs 1 verlangt werden, ist - auch wenn sie strittig ist - weder willkürlich noch greift sie in den eigentumsrechtlich geschützten Kern des Schutzrechtes ein.*
2. *Die verfassungsrechtlich allein garantierte Möglichkeit angemessener Verwertung der Leistungsschutzrechte ist idR gewährleistet, wenn der Berechtigte seine vermögensrechtlichen Belange bei der ersten Verbreitungshandlung wahren kann. Auch im Hinblick auf eine mögliche Entwertung des Erstverbreitungs- und Vervielfältigungsrechtes durch gewerbliche Vermietung und private Kopiertätigkeit muß kein Verbot für die Vermietung eingeräumt werden; dabei ist zu berücksichtigen, daß eine Kontrolle oder Verhinderung privater Kopiertätigkeit nur durch unverhältnismäßige Eingriffe in den häuslichen Lebensbereich und damit in die Privatsphäre des Bürgers und den Schutz seiner Wohnung möglich wäre.*
3. *Offen kann bleiben, ob der Gesetzgeber verpflichtet ist, den verfassungsrechtlich damit unbedenklichen teilweisen Entzug der Verfügungsmacht zugunsten der Tonträgerhersteller durch Gewährung eines Vergütungsanspruchs auszugleichen; denn selbst wenn eine solche Pflicht gem GG Art 14 Abs 1 S 1 bestünde, hätte der Gesetzgeber*

ihr durch die Vergütungsregelungen in Urhrg § 54 Abs 1 genügt, an der auch die Tonträgerhersteller (Urhrg § 85 Abs 3) beteiligt sind. Mit den Vergütungssätzen (Urhrg § 54 Abs 4 Anl 1 Abschn 1 Nr 3 und 4) hat der Gesetzgeber die widerstreitenden Interessen von Urhebern, Geräteproduzenten Leerkassettenherstellern und Werknutzern auch im Hinblick darauf, daß die Tonträgerhersteller ebenfalls an dem Vergütungsaufkommen teilnehmen, angemessen zum Ausgleich gebracht (Festhaltung BVerfG, 11. Oktober 1988, 1 BvR 777/85, BVerfGE 79, 1 <26>).

4. *Die Differenzierung zwischen den Tonträgerherstellern und den in Urhrg §§ 70, 71 genannten Leistungsschutzberechtigten, denen ein Anspruch aus Urhrg § 27 für das Verleihen und Vermieten von Werkstücken zusteht, verstößt nicht gegen den Gleichheitssatz, der bei jeder Regelung iS von GG Art 14 Abs 1 S 2 beachtet werden muß.*
5. *Zur Verfassungsmäßigkeit von Urhrg § 27 Abs 1 S 1 vgl BVerfG, 4. November 1987, 1 BvR 1611/84, BVerfGE 77, 263.*

[BVerfG 1BvR 766/66] BVerfG 1. Senat, Entscheidung vom 8. Juli 1971, Az: 1 BvR 766/66

Der Gesetzgeber kann bei der Reform eines Rechtsgebiets im Rahmen des GG Art 14 Abs 1 S 2 bestehende Rechte inhaltlich umformen und unter Aufrechterhaltung des bisherigen Zuordnungsverhältnisses neue Befugnisse und Pflichten festlegen.

Soweit eine Überleitungsvorschrift in konkrete, nach dem bisherigen Recht begründete und durch GG Art 14 Abs 1 S 1 gewährleistete Rechtspositionen eingreift, müssen hierfür legitimierende Gründe gegeben sein.

Das Bearbeiter-Urheberrecht des ausübenden Künstlers nach § 2 Abs 2 des LitUrhrg war Eigentum iS des GG Art 14 Abs 1 S 1.

Die Überleitung der bisherigen Bearbeiter-Urheberrechte in Leistungsschutzrechte durch Urhrg § 135 ist verfassungsrechtlich unbedenklich.

Urhrg § 135 ist jedoch insoweit verfassungswidrig, als hiernach auch die Neuregelung des Beginns der Schutzfrist (Urhrg § 82) auf die vor dem 1. Januar 1966 hergestellten Aufnahmen Anwendung findet.

Diese Entscheidung hat Gesetzeskraft.

[BVerfG 1BvR 1186/89] BVerfG 1. Senat, Beschluß vom 3. April 1990, Az: 1 BvR 1186/89

1. *Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit analoger Rechtsanwendung*

1. *Zu Ls 1: Die herkömmlichen Auslegungsmethoden und auch die analoge Anwendung einfachgesetzlicher Vorschriften ist grundsätzlich verfassungsmäßig; Schranken ergeben sich aus dem Gesetzesvorrang als Element des Rechtsstaatsprinzips bzw der Rechtssicherheit gemäß GG Art 20 Abs 3 (hier iVm GG Art 14 Abs 1 S 1; zum Zusammenhang des eingeschränkten speziellen Grundrechts und GG Art*

20 Abs 3 vgl BVerfG, 14. Mai 1985, 1 BvR 233/81, BVerfGE 69, 315 <369ff>). Der Richter darf eindeutige Entscheidungen des Gesetzgebers nicht durch eigene rechtspolitische Vorstellungen verändern. Werden Regelungen jedoch aufgrund gesellschaftlichen Wandels oder rechtlicher Entwicklungen lückenhaft oder ergänzungsbedürftig, ist richterliche Lückensuche und Lückenschließung verfassungsrechtlich zulässig (vgl BVerfG, 14. Februar 1973, 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 <286ff>).

2. Auch wenn sich bei der Rechtsfortbildung verstärkt das Problem des Umfangs richterlicher Gesetzesbindung stellt, ist die verfassungsrechtliche Kontrolle analoger Rechtsanwendung darauf beschränkt, ob das Fachgericht in vertretbarer Weise eine einfachgesetzliche Lücke angenommen und geschlossen hat und ob diese Erweiterung des Normenbereichs Wertungen der Verfassung, namentlich Grundrechten widerspricht.
3. Die Auslegung (vgl LG Hamburg, 1. Februar 1988, 11 S 398/87, WuM 1989, 304), der nichteheliche Lebenspartner des verstorbenen Mieters könne als „anderer Familienangehöriger“ iS BGB § 569a Abs 2 S 1 angesehen werden und sei deshalb berechtigt, in das Mietverhältnis einzutreten, ist - insbesondere hinsichtlich der Annahme veränderter gesellschaftlicher Verhältnisse seit Einführung von BGB § 569a (damals Frage der Sittenwidrigkeit eines Mietvertrages mit nichtehelichen Partnern, heute Bejahung einer Duldungspflicht des nichtehelichen Partners gemäß BGB § 549) - vertretbar und hält sich im Rahmen zulässiger Rechtsfortbildung.
4. Aus der Schutz- und Förderungspflicht des Gesetzgebers gemäß GG Art 6 Abs 1 folgt keine Pflicht, nichtehelichen Gemeinschaften jedwede rechtliche Anerkennung zu versagen und mit allen Mitteln darauf hinzuwirken, daß ihnen die zu ihrer Führung erforderlichen finanziellen und sonstigen Mittel - hier durch Ausschluß der Nachfolgemöglichkeit gemäß BGB § 569a - entzogen werden.