

Buchbesprechung

Heiko Haase, Die Patentierbarkeit von Computersoftware – eine Untersuchung unter juristischen und wirtschaftlichen Aspekten, Band 52 in der Studienreihe „Wirtschaftsrechtliche Forschungsergebnisse“ (Verlag Dr. Kovač) 2003, 387 S.

Nachdem das Europäische Parlament (EP) in seiner Sitzung vom 24.9.2003 die EU-Richtlinie zur Software-Patentierung praktisch „auf den Kopf gestellt“ hat, haben der Ministerrat und die Kommission eine „Denkpause“ eingelegt, bis sich das europäische Parlament – nach den Neuwahlen im Juni 2004 – neu konstituiert hat, einschließlich Mitgliedern aus den Erweiterungsstaaten.

Damit kommt dieses hervorragende, die juristischen und wirtschaftlichen Aspekte des Patentschutzes von Computer-Software umfassend darstellende Buch zum richtigen Zeitpunkt und dürfte zur Versachlichung der stark emotional aufgeladenen Diskussion beitragen.

Haase kommt das Verdienst zu, wohl erstmals alle „interessierten Kreise“ ausführlich zu Wort kommen zu lassen und dann daraus mit guten Argumenten ausgewogene Schlüsse zu ziehen oder Lösungsvorschläge zu machen.

Dieses Buch ist zugleich eine Dissertation an der TU Ilmenau. In seinem Geleitwort führt der die Arbeit betreuende Prof. Joachim Weyand aus:

„In dem Maße, in dem sich die Informationstechnologie zu einer der Schlüsselindustrien“ des 21. Jahrhunderts entwickelt, gewinnt auch die Frage nach dem Rechtsschutz ihrer informationellen Produkte, insbesondere der Computersoftware, in Wissenschaft und Praxis an Bedeutung. Während zunächst auf nationaler wie auf internationaler Ebene ein patentrechtlicher oder ein Schutz durch ein Sondergesetz favorisiert wurde, schlug das Pendel später in Richtung Urheberrechtsschutz aus. Seit einiger Zeit wendet sich die Diskussion aber wieder verstärkt dem Patentrecht zu, nachdem ein entsprechender Sinneswandel in den USA und Japan erkennbar wurde. Dabei stellt Haase Überlegungen zu Chancen und Risiken der Patentierbarkeit von Computersoftware über eine subtile rechtsdogmatische Betrachtung hinaus zu den ökonomischen Implikationen eines patentrechtlichen Schutzes der Computersoftware an. Haase gelingt es dabei überzeugend, den patentrechtlichen Schutz als das adäquate Schutzverfahren darzustellen, von dem letztlich auch eine größere Wohlfahrtsmehrung als von den sonstigen Schutzverfahren zu erwarten ist. Soweit dieser Schutz Defizite aufweist, unterbreitet er eine Reihe von Vorschlägen, die sich durch Praxisnähe und Augenmaß auszeichnen.“

Diesem Buch ist der Satz *„Die vornehmlichste Aufgabe des Patentgesetzes ist es, die nach dem jeweils neuesten Stand der Wissenschaft und Forschung patentwürdigen Ergebnisse zu erfassen“* aus dem BGH-Urteil „Rote Taube“ aus dem Jahr 1969 vorangestellt, der auch heute noch seine Gültigkeit hat.

Das Buch gliedert sich in 8 Teile: (1) Die Bedeutung von Computerprogrammen und deren Schutz, (2) Begriffliche Diskussion, (3) Das Spektrum möglicher Rechtsschutzinstrumente für Computerprogramme, (4) Der Schutz von Computerprogrammen im Spannungsfeld zwischen Urheber- und Patentrecht, (5) Ökonomische Implikationen eines Patentschutzes für Computerprogramme, (6) Die Patentierbarkeit von Computerprogrammen in der europäischen Rechtspraxis, (7) Rechtsvergleichende Untersuchungen im Hinblick auf den Patentschutz von Computerprogrammen, (8) Rechtspolitischer Ausblick.

Dies zeigt bereits die umfassende und tiefgreifende Betrachtung des Themas. Schon aus Platzgründen kann sich diese Besprechung nur mit einzelnen Teilen des Buches befassen.

Nach einer ausführlichen Beschreibung der verschiedenen Schutzrechte, auch des Gebrauchsmusterschutzes (1999 hatte das Europäische Parlament noch den Gebrauchsmusterschutz von Computerprogrammen empfohlen!?), erfolgt im Teil 4 eine Abwägung zwischen Urheber- und Patentrecht, wobei sich *Haase* im Ergebnis (S. 82 und ab S. 103) für den Patentschutz ausspricht, da nur dieser einen effektiven Schutz insbesondere für die im Vordergrund stehende erfinderische Funktionalität bzw. der funktionalen, inhaltlichen Elemente des Programms gewährleistet. Dabei spart der Autor nicht mit Kritik am derzeitigen Patentsystem (zu lange Verfahrensdauer, mangelnde Recherche, zu wenig Informatiker als Prüfer, Gewährung von zu breiten bzw. zu abstrakten Ansprüchen oder Trivialpatenten usw.).

Haase spricht sich – wie auch die Open-Source-Bewegung – an mehreren Stellen (z. B. S. 77, 92, 105) für eine zwangsweise Offenlegung des Quellcodes bei patentierten Computerprogrammen aus. Damit sollen das Problem der Dekompilierung zur Herstellung der Interoperabilität gelöst, Patentverletzungen besser erkenn- und nachweisbar sein sowie der veröffentlichte Stand der Technik bereichert werden.

Hierbei wird übersehen, dass der Quellcode nur eine von vielen Lösungsmöglichkeiten des Patentanspruchs (wie etwa die „best mode“ Version des amerikanischen Patentrechts) darstellt und der Quellcode bei der Patentanmeldung nicht vorliegen muß (der Erfinder eines neuen Autos liefert ja auch nicht einen Prototypen beim Amt ab). Die erforderlichen Schnittstelleninformationen zur Herstellung der Interoperabilität sind entweder der Patentschrift entnehmbar oder können unter Ausnutzung des Versuchs- und Forschungsprivilegs gemäß §11 PatG ohne Verletzung des Patents gewonnen werden.

Nach Auffassung des Rezensenten wäre es aber zu begrüßen, wenn – beispielsweise unter Mithilfe des Europäischen Patentamts – eine Möglichkeit geschaffen würde (wie das *IBM Technical Disclosure Bulletin*), (freiwillig oder absichtlich) eine Kurzbeschreibung des Computerprogramms zu hinterlegen und damit öffentlich zu machen, wodurch einerseits die Recherche erleichtert und andererseits verhindert wird, dass ein Dritter hierfür im Nachhinein ein Patent bekommen kann.

Gegenüber dem von der Open-Source-Bewegung erhobenen Vorwurf, Patente behinderten die unabhängige Forschung und Entwicklung durch die Schaffung von absoluten und weitreichenden Ausschließlichkeitsrechten stellt *Haase* fest, dass dieser sich als nicht haltbar erweise: „Der Patentschutz erlaubt keine monopolartigen Rechte auf Ideen und Algorithmen, da diese lediglich in deren konkreter, praktischer und gewerblicher Umsetzung geschützt werden. Erst die Verwendung aller in einem Patentanspruch angegebenen Merkmale in identischer oder äquivalenter Form begründet eine Schutzrechtsverletzung, so dass auch für Programmierer keine Gefahr besteht, mit dem Schreiben jeder Programmzeile eine Patentverletzung zu begehen“ (S. 105).

Zutreffend wird auf S. 139 und 177 darauf hingewiesen, dass "in der Praxis existierende Quasi-Monopolstellungen von Softwareunternehmen nachweislich nicht durch den Patentschutz entstanden sind, da marktführende Unternehmen aufgrund unzureichenden Urheberrechtsschutzes Programmideen und –konzepte kleinerer Wettbewerber legal nachschaffen konnten, was bei bestehendem Patentschutz verhinderbar gewesen wäre".

Kernstück der Dissertation ist der Teil 5 „Ökonomische Implikationen eines Patentschutzes für Computerprogramme“.

Neben der Abhandlung der verschiedenen Patenrechtstheorien und deren Anwendung auf patentierte Computerprogramme sowie der patentrechtlichen Absicherung der Verwertung von Innovationen wird auch auf die Bedeutung der Vergabe von Lizenzen hingewiesen, die „nicht nur die Reputation des Unternehmens positiv beeinflussen, sondern auch eine wichtige zusätzliche Einnahmequelle erschließt und die Chancen der Durchsetzung des Produktes auf dem Markt erhöht“. Dies wird insbesondere als Chance für Start-ups, KMU's oder die öffentlich geförderte Forschung verstanden.

Im Hinblick auf den auf S. 74 und 125 als Besonderheit der Software-Entwicklung herausgestellten sequenziellen Erstellungs- und Weiterentwicklungsprozess ist anzumerken, dass sequenzielle Entwicklung auch in vielen anderen technischen Bereichen (Elektrotechnik, Physik, Mechanik) stattfindet und dass handwerkliches Können oder naheliegende Weiterentwicklungen grundsätzlich vom Patentschutz ausgeschlossen sind.

Einen großen Raum nimmt die Kostenproblematik ein. Hierbei sind allerdings die vom Europäischen Patentamt (EPA) stammenden Angaben zu den Kosten eines durchschnittlichen europäischen Patents in 8 Staaten (die Computerindustrie meldet meist nur in 3 bis 4 Staaten an) von ca. 49.000 € wenig hilfreich. Für KMU's dürften eher die für die Patentanmeldung und die Einleitung der internationalen Phase in den ersten 2 ½ Jahren aufzuwendenden Kosten in Höhe von ca. 8.000 bis 15.000 € von Interesse sein, da diese auch von KMU's aufbringbar sind. Hier verhält es sich nicht anders als bei anderen Erfindungen oder innovativen Produkten, beispielsweise im Bereich der Mechanik. Auch die Beobachtung des Markts auf entgegenstehende ältere Rechte ist nicht ungewöhnlich und wird beispielsweise auch von einer Maschinenbaufirma gemacht. Im Hinblick auf die

vielen, frei zugänglichen Datenbanken dürfte es einem mit der EDV und dem Internet vertrauten Programmierer nicht schwerfallen, den Stand der Technik zu ermitteln, was durch die Sammlung von US-Trivialpatenten (S. 315) und das „Gruselkabinett der europäischen Software-Patente“ durch die Open-Source-Bewegung plastisch belegt wird.

Der Autor stellt zum einen fest, dass es – trotz ca. 30.000 europäischen Software-Patenten – in Europa bislang kaum zu Patentstreitigkeiten im Bereich der computer-implementierten Erfindungen gekommen ist. Zum anderen werden dann aber aus der aktuellen Situation in den USA Rückschlüsse auf die künftige Entwicklung in Europa gezogen, wonach – so auch die Open-Source-Bewegung – mit einer Kostenexplosion durch Software-Patentverletzungsprozesse zu rechnen sei. Diese Rückschlüsse werden aber der besonderen Situation in Europa und insbesondere in Deutschland (Möglichkeit des Einspruchs, der Nichtigkeitsklage, fehlendes (kostenträchtiges) Discovery-Verfahren, verfahrensrechtliche Unterschiede usw.) nicht gerecht. So werden in Deutschland erfahrungsgemäß die meisten Patentverletzungsprozesse in den Bereichen Chemie, Biologie und Mechanik geführt, kaum jedoch in den Bereichen Elektronik, Computer- und Kommunikationstechnologie, in denen Konflikte eher mit moderaten und fairen Lizenzgebühren (z. B. MPEG, IBM u.a.) gelöst werden.

Die auf S. 148 (und dem Follow-up Papier der Kommission) genannten Zahlen, wonach (1998!) 75% der europäischen Software-Patent**anmeldungen** von US- und japanischen Firmen stammten, gehören längst der Vergangenheit an. Inzwischen ist z. B. vom Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) zu hören, dass über 60% der deutschen Software-Patentanmeldung von deutschen KMU's (!) stammen, obwohl die seit dem Jahr 2000 andauernde Kampagne der Open-Source-Bewegung und der sie zitierenden Journalisten weiterhin zur Verunsicherung vieler KMU's beiträgt.

Volle Zustimmung finden dagegen die zusammenfassenden Aussagen auf S. 152 und S. 176-179, wonach der Hauptansatzpunkt für die Verbesserung des Patent-systems „nur in einer restriktiven Vergabepaxis unter Rückbesinnung auf die patentrechtlichen Prinzipien liegen kann, die hohe Anforderungen an Neuheit und Erfindungshöhe stellt und die nur wirkliche Erfindungen schützt. Hierdurch werden nur ein geringer Teil der Programme schutzfähig und Trivialpatente vermieden, die Risiken von Patentverletzungen durch einfache Programme herabgesetzt und das Vertrauen in rechtsbeständige und geprüfte Patente erhöht.“

In Europa ist niemand an Trivialpatenten interessiert und für computer-implementierte Erfindungen könnte die Messlatte für den erfinderischen Schritt durchaus höher angelegt werden, zumal daneben für nicht ganz banale Programme immer noch der Urheberrechtsschutz besteht. Zu überlegen wäre auch, ob nicht – wie auch im Bericht „To Promote Innovation“ der U. S. Federal Trade Commission vom Oktober 2003 vorgeschlagen – der Grundsatz von „in dubio pro“ aufgegeben wird, da der Anmelder ja ein Patent „will“.

Bei der Behandlung der bilanziellen und steuerlichen Aspekte patentrechtlicher Computerprogramme (ab S. 152) wird auf die Diskrepanz des ermäßigten Steuersatzes bei Urheberrechten und des vollen Steuersatzes bei Patentrechten (für das gleiche Computerprogramm), auf Möglichkeiten und die Notwendigkeit der Verbesserung der Bilanzierung des Immaterialgutes „Software-Patent“ sowie auf die nach Auffassung *Haase* unzulänglichen Möglichkeiten, Rückstellungen für etwaige Patentverletzungen zu machen, hingewiesen.

Ein besonderer Abschnitt (ab S. 166) ist der Open-Source-Bewegung gewidmet, deren Hauptargument die Bedrohung des Entwicklers durch vermeintliche Patentverletzung beim Schreiben einiger Programmzeilen ist. Dem ist entgegenzuhalten, dass für einige Programmzeilen kein Patent erteilt wird, sondern nur für fertige Programme oder Produkte. Zum anderen wäre es durchaus möglich, den in der „Öffentlichkeit“ („Open-Source“) stattfindenden Software-Entwicklungsprozess vom Patentschutz auszunehmen, wie es seit langem – im Gegensatz zum Urheberrecht – für die private Nutzung des Patents (vgl. §11 PatG) der Fall ist. Damit würden jedoch nur die Software-Entwickler - nicht aber Organisationen oder Firmen, wie (EURO)LINUX, Red Hat, Suse/Novell - u. a. davon befreit, Patente Dritter zu beachten.

Dieser Vorschlag wurde schon mehrfach öffentlich gemacht, von der Open-Source-Bewegung bislang aber nicht aufgegriffen. In einem kürzlichen Hearing beim BMJ wurde der Vorschlag von EUROLINUX und Red Hat sogar ausdrücklich zurückgewiesen.

Zusammenfassend stellt *Haase* fest, dass eine Koexistenz zwischen quelloffenen und patentierten Programmen durchaus möglich ist und auch nicht der Erfolg eines Segments der Software rechtfertigt, allen anderen (gewerblichen) Bereichen einen effektiven immaterialgüterrechtlichen Programmschutz zu verwehren (S. 175).

Im Teil 6 wird die Rechtsprechung des BGH (von „Dispositionsprogramm“ bis „Suche fehlerhafter Zeichenketten“) und des EPA (von „VICOM“ bis „Pension Benefits System“ – dass es sich um einen „technischen Beitrag“ zum erfinderischen Schritt (S. 253) handeln muss, ist inzwischen durch die EPA-Entscheidung „COMVIK“ (EPA Amtsblatt 2003, 352) klargestellt) umfassend und kompetent erläutert und in der Konklusion (ab S. 278) auf die Divergenz zwischen den gesetzlichen Bestimmungen und der Rechtssprechungspraxis hingewiesen, was auch darauf beruhe, dass ein Festhalten am traditionellen Technikbegriff für das Gebiet der Informatik überholt sei (S. 287).

In Teil 7 folgen rechtsvergleichende Untersuchungen anhand der US-Rechtsprechung (von „Benson“ bis „AT&T“) und der japanischen Gesetzgebung.

Im Teil 8 wird ein rechtspolitischer Ausblick gemacht und auf S. 334 festgestellt, dass bei den KMU's sich bislang noch kein Patentbewusstsein oder entsprechende Strategien entwickeln konnten und dass hier Abhilfe geschaffen werden sollte, zumal „der europäische IT-Sektor im internationalen Wettbewerb mit USA und Japan durchaus konkurrenzfähig ist“. Hier wäre noch hinzuzufügen, dass es ja

nicht nur um die reine Software, sondern um alle Software-Erfindungen geht und beispielsweise im Bereich rund ums Automobil 80% der Innovationen innovative Software sind (Wahlster, *Süddeutsche Zeitung* vom 17.1.2004, S. 19) und dass „die Ungleichverteilung patenschutzrechtlicher Möglichkeiten für Computerprogramme nicht zum Nachteil der europäischen Industrie führen“ darf (S. 335). Abschließend wird festgestellt, „dass sich Computerprogramme als informationelle Produkte zu einem der wichtigsten Wirtschaftsfaktoren in unserer Gesellschaft entwickelt haben und dass diese Technologien aufgrund ihrer enormen Bedeutung einen effektiven und durchsetzbaren Rechtsschutz benötigen, den letztlich nur der Patentschutz zu leisten vermag und zu dem es keine echte Alternative gibt. Auch im Lichte der traditionellen Rolle des Patentwesens als Motor des technischen, wirtschaftlichen und sozialen Fortschritts dürfen Computerprogramme in diesem Schutzsystem keine Benachteiligung erfahren. Dies gilt vor allem auch im internationalen Maßstab. Die Diskussion um den Patentschutz von Computerprogrammen sollte nicht vom „ob“, sondern vielmehr vom „wie“, d. h. der effektiven Ausgestaltung abhängen“ (S. 343).

Das erstrangige Werk wird abgerundet durch ein umfangreiches Literatur- und Fundstellenverzeichnis (einschließlich einer Fülle von Internet-Fundstellen). Da es sich um ein internationales oder globales Thema handelt und die "deutschen" Abhandlungen weltweit viel zu wenig wahrgenommen werden, wäre es zu begrüßen, wenn bei derartigen Dissertationen wenigstens eine englische Zusammenfassung (z. B. der Seiten 176 – 179) hinzugefügt oder nachträglich, z. B. auf der Homepage der TU oder des Instituts veröffentlicht werden würde.

Fazit: *Haase* ist eine kompetente lesenswerte und lesbare Darstellung eines komplexen Rechtsthemas gelungen, bei der alle Argumente der Patentgegner und Patentbefürworter qualifiziert erörtert werden. Die hervorragende systematische Darstellung erleichtert den Einstieg und Zugang zu diesem derzeit sehr emotional erörterten Streitthema und *Haase* macht hierzu überzeugende, praxisnahe Vorschläge, die es verdienen, in der noch laufenden politischen Diskussion berücksichtigt zu werden. Der Praktiker wird für die ausgezeichnete Zusammenstellung der Rechtsprechung ebenso dankbar sein, wie für die komprimierte Darstellung aller Argumente.

Patentanwalt Jürgen Betten, PAe Betten & Resch, München

Veröffentlicht in:

Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 2004, 138-140