

From: Kiani&Springorum [Kiani&Springorum@kianispringorum.de]  
Sent: jeudi 7 décembre 2000 19:44  
To: MARKT SOFTPAT  
Subject: Softwarepatente

KIANI & SPRINGORUM  
Dezember 2000  
Patent- und Rechtsanwälte  
Heinrich-Heine-Allee 29

D-40213 Düsseldorf, den 7.

BR Deutschland

Sehr geehrte Damen und Herren,

zu Ihrem Sondierungspapier möchten wir wie folgt Stellung nehmen, wobei wir mit einer Veröffentlichung ausdrücklich (auch unter Namensnennung) einverstanden sind:

Die Diskussion um die Patentfähigkeit von Software besteht schon seit vielen Jahren. Während die Rechtsprechung hierzu zunächst Ende der siebziger und in der ersten Hälfte der achtziger Jahre eine eher restriktive Haltung eingenommen hatte, da man nach damaliger Auffassung unter Software nichts Technisches im eigentlichen Sinne verstand, wurde diese Haltung unter dem Eindruck, daß Software im Gegensatz zur Literatur kein reines Sprachwerk darstellt, sondern daß der sprachwerkliche Aspekt - so er denn im Einzelfall durch Verwendung einer Programmiersprache vorliegt - nur der Definition und Beschreibung von etwas Funktionalem, nämlich einer abstrakten Maschine und somit einem technischen Gegenstand dient, nach und nach aufgegeben. Hierdurch wurde Software - vor allem seit Beginn der neunziger Jahre - mehr und mehr als patentfähig angesehen. Aktuell wird nun in Europa vor dem Hintergrund von z.T. sicherlich berechtigterweise mit Sorge betrachteten Fehlentwicklungen im amerikanischen Rechtsraum die Frage der Patentfähigkeit von Software - und damit letztlich auch überhaupt von Technik - neu diskutiert. Insbesondere die OpenSource Bewegung hegt hier erhebliche Befürchtungen (vgl. auch Schumann, Harald in: Der Spiegel Nr. 30/2000, 54, 58).

Insgesamt gesehen scheint die Diskussion derzeit stark polarisiert, wobei sie weniger auf einer sachlichen, denn auf einer ideologischen Ebene geführt wird. Hier erscheint somit eine sachliche Betrachtung angezeigt:

1. Die in Europa mit Sorge betrachteten und als Argument gegen das Patentsystem immer wieder herangezogenen Fehlentwicklungen im amerikanischen Rechtsraum sind kein Problem der prinzipiellen Patentfähigkeit von Software, sondern vielmehr ein Produkt einer womöglich unzureichenden Prüfungspraxis des US Patent- and Trademark Office. Um diese Problematik anhand eines Beispiels etwas zu veranschaulichen, sei darauf hingewiesen, daß das in der Diskussion immer wieder angeführte "Amazon 1-click-Patent" auch in Europa angemeldet wurde, hier jedoch aufgrund des qualitativ wohl besseren Patenterteilungs-Verfahrens ein Recherchenbericht erstellt wurde, der eine Erteilung des Patentbesitzes - zumindest im US-amerikanischen Umfang eher

unwahrscheinlich erscheinen läßt. Auch bietet das europäische wie auch das deutsche Patentrecht Möglichkeiten der Abwehr von zu Unrecht erteilten Patenten, (Stichwort: Offenlegung, Einspruchsverfahren), die dem US Recht zumindest bis dato unbekannt sind.

2.. Das seit jeher bestehende Problem des angemessenen Schutzes für Software liegt in deren Doppelcharakter begründet, der, jedenfalls heute noch, den meisten Softwareprodukten zueigen ist: Einerseits die sprachliche Verkörperung des Programmtextes, andererseits die hierdurch definierte abstrakte Maschine. Zum einen handelt es sich somit - zumindest im Falle herkömmlicher Programmiermethoden - um ein Sprachwerk, das unter dem Schutz des Urheberrechts steht, zum anderen in Form der durch das Sprachwerk definierten abstrakten Maschine jedoch um einen technischen Gegenstand. Diese Janusköpfigkeit der Software hat bereits in der Vergangenheit zu vielen unauflösbaren Widersprüchen geführt, sofern dem technischen Aspekt der Patentschutz versagt wurde; dies vor allem vor dem Hintergrund der prinzipiellen Äquivalenz von Hard- und Softwarelösungen. Software den Patentschutz zu versagen hieße daher ihren technischen Charakter entgegen der Realität fiktiv zu verneinen und damit unauflösbare Widersprüche mit der Realität herzustellen und die hiermit verbundenen Probleme herbeizuführen. Dies findet sich auch bestätigt, wenn man die gegenläufige Entwicklung auf Seiten der Hardware betrachtet: Hier werden Schaltkreise, also klassische Technik mehr und mehr durch Software beschrieben und auch mittels dieser Software erzeugt (vgl. bspw. etwa VHDL-Programmierung, wie etwa von Fa. Hoschar). Die Grenzen zwischen Hard- und Software sind hier somit längst aufgelöst, eine patentrechtliche Unterscheidung ist daher sinnlos geworden.

3.. Ebenso ist hervorzuheben, daß auch im Falle neuerer Tendenzen in der Softwareentwicklung der sprachwerkliche Aspekt immer mehr in den Hintergrund tritt. Die Programmiersprache wird immer mehr durch graphisch orientierte Entwicklungswerkzeuge abgelöst, deren Produkt kein Sprachwerk mehr, sondern vielmehr eine Art modulatorientierter "Schaltplan" ist, der den technischen Teil der Software deutlicher hervortreten läßt. Inwieweit hier ein urheberrechtlicher Schutz überhaupt besteht und wie weit bzw. wie eng dieser überhaupt greift, ist dabei völlig ungeklärt. Eine ähnliche Problematik ergibt sich für bestimmte Gebiete der künstlichen Intelligenz: So kann die Topologie eines neuronalen Netzes (eine Technik der künstlichen Intelligenz) wohl kaum als Sprachwerk bezeichnet werden. Will man derartige Produkte daher schutzlos stellen ?

4.. Auch wäre bei einem Versagen des Patentschutzes zu befürchten, daß die Investoren in Software wieder vermehrt auf Geheimhaltung statt auf Offenheit (eine Folge des Patentrechts und im übrigen auch eine Forderung der OpenSource Bewegung) setzen würden, was vor allem in Bereichen wie der Kryptographie sicherlich eher unerwünscht ist, zum anderen würde aber sicherlich auch eine Entwicklung einsetzen, die vermehrt mit Methoden des Wettbewerbsrechts (Stichwort: wettbewerbliche Eigenart) Schutz für die

technischen Aspekte der Software suchen würde, da der Urheberrechtsschutz für Software - wie bereits dargelegt - oftmals - wenn überhaupt - nur einen unzureichenden Schutzbereich abgibt. Was dies bedeutet, kann angesichts der manchmal nur schwer kalkulierbaren, weil kaum recherchierbaren Lage im Designrecht beobachtet werden. Hier müssen die Marktteilnehmer damit rechnen, von ihren Wettbewerbern auf Unterlassung in Anspruch genommen zu werden, und zwar nicht aus einem Schutzrecht, welches für sie recherchierbar gewesen wäre, sondern allein aus einer Marktposition des womöglichen Klägers heraus, der in einer bestimmten Gestaltung als wettbewerbliche Eigenart des Produktes einen Hinweis auf sein Unternehmen sieht, etwa in der Art, wie eine Bedienung der Software erfolgt (Stichwort: look and feel). Eine solche Entwicklung auch im Softwarebereich wäre sicherlich gleichfalls nicht unproblematisch.

5.. Auch treffen die eher wirtschaftlich motivierten Argumente der neuen Antipatentbewegung nicht zu: Patentrechtlichen Schutz suchen oftmals kleine und mittlere Unternehmen für ihre auf Software basierenden Ideen, etwa im Bereich des e-commerce oder auch der Telekommunikation, um sich so vor der Nachahmung durch 'große Fische' zu schützen (vgl. z.B. Wolfgang Klauser und Achim Rust in: Der Spiegel 31/2000, 83). Dabei kommt auch der Frage, daß auf diese Weise Venture Capital Unternehmen viel eher bereit sind solchen "Startups", die Schutzrechte auf ihre Ideen angemeldet haben, Kapital zur Verfügung zu stellen, eine immer größere Bedeutung zu. Insbesondere scheint auch die Auffassung der Softwarepatentgegner, die mittelständischen Softwareunternehmen stünden dem Patentrecht skeptisch oder gar ablehnend gegenüber, hier eher partikularinteressengeleitet zu sein, in dem Sinne, als daß man sich hier eine Art "Naturschutzpark" für die Open Source Szene wünscht.

6.. Schließlich sollte im Rahmen der Diskussion auch dem Aspekt der internationalen Verflechtungen Aufmerksamkeit gewidmet werden. Da in den USA ein Patentschutz auf Software und insbesondere auch e-commerce Methoden möglich ist und auch bleiben wird, würden in dem Falle, daß der Weg hierzu in Europa jedoch versperrt würde, hiesige Unternehmen in vielen Fällen nicht vor einer Inanspruchnahme hinsichtlich der Verletzung amerikanischer Schutzrechte bewahrt bleiben. Dies kann etwa im Internet auch bereits dann geschehen, wenn das vorgehaltene Angebot zwar nur in Europa in das Netz eingestellt würde, sich gleichwohl aber auch an US-amerikanische Verkehrskreise wendet, die es ja jederzeit abrufen und wahrnehmen können. Ein Versagen des Patentschutzes in Europa hätte dann zur Folge, daß die Unternehmen zwar unter Umständen in Anspruch genommen werden könnten, ihnen aber oftmals ein "Deal" im Rahmen von Cross-Lizenzverträgen mangels Patentschutzmöglichkeiten in Europa versagt bliebe. Diesem Umstand wurde im Rahmen der Diskussion bislang noch überhaupt gar keine Aufmerksamkeit gewidmet.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden:

Ein Versagen des patentrechtlichen Schutzes von Software ist letztlich gleichbedeutend mit einer Ablehnung patentrechtlichen Schutzes von technischen Gegenständen überhaupt, da Software immer auch - ja sogar ganz überwiegend - eine technische Seite aufweist.

Die Argumente der neueren Antipatentbewegung bestätigen dies im übrigen auch bei näherer Betrachtung: Sie sind nahezu identisch mit den Argumenten der Antipatentbewegung des 19. Jh. und weisen keinerlei spezifische, die Softwaretechnik im Unterschied zu anderen technischen Gebieten unterscheidenden Besonderheiten auf. So wendet sich diese Bewegung implizit und neuerdings auch mehr und mehr explizit gegen das Patentrecht überhaupt. Die Softwaretechnik und in anderen Bereichen die Gentechnik sind hier nur die Zugpferde einer solchen, das geistige Eigentum insgesamt infrage stellenden neuen Enteignungs-Bewegung.

Gleichwohl gilt es jedoch gewissen, in der Öffentlichkeit Besorgnis erregenden Entwicklungen hinsichtlich sogenannter - ohne Zweifel unerwünschter - "Trivialpatente" entgegenzuwirken: Es muß darauf geachtet werden, daß die Patentämter in die Lage versetzt werden, den neuen an sie gerichteten Anforderungen hinsichtlich der Prüfung von Softwareerfindungen, sowohl sachlich, d.h. durch entsprechende Recherchemöglichkeiten - auch in Nicht-Patentliteratur - als auch personell durch geeignete Fachleute (Informatiker in den Prüfungs- und Einspruchsabteilungen, wie auch bei den Patentgerichten) auch nachkommen zu können, um hier eine gleichermaßen hohe Qualität der erteilten Patente zu gewährleisten. Nur dann wird das bestehende patentrechtliche System nicht diskreditiert und kann auch in der Öffentlichkeit auf weitere Akzeptanz hoffen.

Mit freundlichen Grüßen  
KIANI & SPRINGORUM  
Patent- und Rechtsanwälte

Dr. Harald Springorum, Diplom-Informatiker  
Patentanwalt  
Rechtsanwältin

Nassim Kiani