

## **Tagung: Wem gehört das Wissen? Geistiges Eigentum in Zeiten des Internet", 20./21.10.00**

Dr. Klaus-J. Melullis

Richter am Bundesgerichtshof

Nach meinem Eindruck wird die bisherige Diskussion um die Patentfähigkeit von Software auf einer falschen Grundlage geführt. Viele Stellungnahmen fragen nicht danach, ob und unter welchen Voraussetzungen ein solcher Schutz nach dem geltenden Recht möglich ist, sondern prüfen umgekehrt, wie sich eine als notwendig unterstellte und behauptete Schutzbedürftigkeit in das geltende Recht einfügen lässt. Das führt notwendig zu unpräzisen und problematischen Ergebnissen.

Allerdings wird man dem Ansatz dieser Argumentationsketten durchaus noch zustimmen können. Technischer Fortschritt, wie er zur Erhaltung des Lebensstandards und damit auch allgemeinen Wohls letztlich unverzichtbar sein wird, ist nicht zum Nulltarif zu haben. Technische Entwicklungen haben stets viel Geld gekostet. Dieser Aufwand wird von Menschen und Unternehmen erfahrungsgemäß in der Regel nur dann getrieben, wenn er sich lohnt, d.h. wenn das eingesetzte Kapital wieder erwirtschaftet und darüber hinaus ein Gewinn gemacht wird. Das ist grundsätzlich auch heute noch so und gilt in gleichem Maße grundsätzlich auch für Software. Sicher hat es zu allen Zeiten Idealisten gegeben, die das Ergebnis ihrer Arbeit ohne das Verlangen nach einer Gegenleistung der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt haben. Das gilt in besonderem Maße für den Bereich der Software, bei dem sich eine ganze Reihe hervorragender Programme findet, die Freeware oder public domain sind, also im Ergebnis jedermann kostenlos zur Benutzung zur Verfügung stehen. Das Betriebssystem auf der Basis des Linux-Kernel ist ein besonders gutes Beispiel dafür. Andererseits müssen zum einen jedoch auch die Entwickler derartiger Software leben und benötigen dafür Geld - so geben auch die Vertrieber des Linux-Systems, die die auf der Welt verstreuten einzelnen Bestandteile zu Distributionen zusammenfassen, diese nicht kostenlos, sondern verständlicherweise nur gegen eine wenn auch verhältnismäßig geringe Vergütung ab. Abgesehen hiervon ist Software in weiten Bereichen das Ergebnis eines nahezu industriell zu nennenden Produktionsprozesses, bei dem das produzierende Unternehmen mit der Beschäftigung von Programmieren und anderen Personen erhebliche wirtschaftliche Vorleistungen erbringt, die durch den Vertrieb des fertigen Produkts erwirtschaftet werden müssen.

Einnahmen, mit denen die Kosten für die Entwicklung gedeckt und ein Gewinn erzielt werden, sind im Ergebnis regelmäßig nur dann zu erzielen, wenn der Entwickler oder sein Rechtsnachfolger allein auf dem Markt sind. Dritte, die die Entwicklungskosten nicht haben aufbringen müssen, können wegen des Fehlens eines entsprechenden Aufwands das Produkt in aller Regel zu einem mehr oder weniger deutlich geringeren Preis als er anbieten. Dabei kommt hinzu, dass ein Produkt wie die Software durch schlichtes Kopieren vervielfältigt und Dekompilieren von einem Kundigen auf seine Funktionsweise untersucht werden kann. Die auf diese Weise geringeren Preise für Abnehmer sind nur vordergründig ein Vorteil für die Allgemeinheit; im Ergebnis werden sie sich, weil sie weitere Entwicklungen nicht mehr als lohnend erscheinen lassen, als fortschrittsfeindlich und damit im Ergebnis jedenfalls nachteilig für sie erweisen. Von daher liegt die Gewährung eines Schutzes für Software durchaus auch im Interesse der Allgemeinheit.

Das Urheberrecht hat in seiner konkreten Ausgestaltung diesen Schutz nicht leisten können. Die Einordnung des in erster Linie technischen Programms in die gleichen Kategorien wie Werke der Literatur und Musik ist schon vom Gegenstand her im Ansatz problematisch. Das wird deutlich auch im Rechtsfolgensystem, das der nationale Gesetzgeber in Anlehnung an das Gemeinschaftsrecht geschaffen hat und das dem Softwareproduzenten eher einen nur rudimentären Schutz verschafft, der deutlich hinter dem anderer technischer Entwicklungen zurückbleibt. Eine gewinnbringende Vermarktung von Software ist auf diesem Wege nicht zu sichern. Ob sich durch eine Veränderung des Urheberrechts ein ausreichender Schutz erreichen lässt, erscheint zumindest problematisch. Im Grunde müsste hier ein völlig anderes Rechtsfolgensystem geschaffen werden, das dann im Urheberrecht

ein Fremdkörper wäre. Nur beispielhaft sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die Schutzdauer des Urheberrechts, nach der das Computerprogramm wie Werke der Literatur und Tonkunst für einen Zeitraum von bis zu 70 Jahren nach dem Tode des Verfassers mit den Bedürfnissen einer modernen Industriegesellschaft nicht zu vereinbaren ist. Nach dem derzeitigen Rechtsstand kann diese Dauer hingenommen werden, weil es eben an einem effektiven Rechtsschutz gegenüber Nachahmungen fehlt; würde dieser in dem für eine aus der Sicht des Urhebers erfolgreiche Vermarktung erforderlichen Umfang geschaffen, wäre eine so lang andauernde Bindung kaum hinzunehmen.

Auch wenn man danach davon ausgeht, dass die Interessen der an einem Programm Berechtigten an seiner alleinigen Vermarktung grundsätzlich schutzwürdig sind, ist dies nur die eine Seite der Medaille. Wird ihnen ein Ausschließungsrecht zugebilligt, bedeutet das andererseits, dass alle anderen den geschützten Gegenstand nur mit ihrer Zustimmung benutzen können und im übrigen von der Benutzung ausgeschlossen sind. Darin liegt eine erhebliche Gefahr, die zu einer genauen Definition dessen zwingt, was mit einem Computerprogramm unter Schutz gestellt werden kann. Schon heute greifen Computer und ihre Arbeit in vielfältiger Weise in das menschliche Leben ein; Anhaltspunkte dafür, dass diese Entwicklung zu ihrem Abschluss gekommen wäre, sind nicht zu erkennen. Die großzügige Gewährung eines Schutzes in Form von Ausschließlichkeitsrechten für Verhaltensweisen allein deshalb, weil sie mit Hilfe eines Computers verwirklicht werden sollen, erscheint von daher in hohem Maße bedenklich. Daß ein Kaufmann seine Lagerhaltung ordnet, indem er eine Bestandskontrolle einführt, die Umschlaggeschwindigkeit der einzelnen Waren bestimmt und auf dieser Grundlage für Ladenhüter nach im einzelnen festgelegten Zeiträumen die Herabsetzung des Kaufpreises vorsieht, entspricht einem normalen Verhalten im Geschäftsverkehr. Wird dieses in die Form eines Computerprogramms gegossen, kann allenfalls dieses in seiner konkreten Ausgestaltung, d.h. in seinen konkreten Anweisungen an den Computer Schutz genießen, nicht jedoch allgemein die Kombination der geschäftlichen Idee und ihrer Umsetzung in ein Computerprogramm. Es erscheint bedenklich, wenn wegen der Existenz eines solchen, ein normales geschäftlichen Verhalten betreffenden Programms auch derjenige auf Unterlassung in Anspruch genommen werden könnte, der dieses Verhalten etwa mit Hilfe einer üblichen Tabellenkalkulation automatisiert hat. Das ist nicht nur ein akademisches Problem, wie die Entwicklung in den Vereinigten Staaten von Amerika erkennen lässt. Dort werden schon heute geschäftliche Ideen, d.h. Vorstellungen über die Abwicklung von Geschäften patentiert, wenn sie als Computerprogramm beansprucht werden.

Schon das macht deutlich, dass die Diskussion um die Patentfähigkeit von Software nicht bei der aus einer einseitigen Beurteilung der Interessenlage beantworteten Frage nach dem "Ob" eines solchen Schutzes stehen bleiben darf. Auch wenn ein solcher Schutz wünschenswert und interessegerecht sein mag, muss die entscheidende Frage auf der Stufe der Rechtsanwendung, in der wir uns derzeit befinden, vielmehr sein, ob und in welchem Umfang das geltende Recht einen solchen Schutz hergibt. Das gilt um so mehr, als die Gewährung eines solchen Schutzes auf dem Gebiet der Software ohne Klärung dieser Fragen, insbesondere eine saubere Definition der Voraussetzungen und des Inhalts eines solchen Schutzes den Zweck des Patentrechts verfehlen würde. Könnte etwa ein Patent dafür erteilt werden, dass mit Hilfe des Computers Texte geschrieben, formatiert und gedruckt werden, würde es künftig nur eine Textverarbeitung geben. Konkurrenzprodukte, die das Problem mit anderen Programmschritten und einem anderen Erscheinungsbild lösen, wären dann für die Dauer des Schutzes vom Markt ausgeschlossen. Der Erfolg eines solchen Schutzes, wie er sich schon heute wenn auch vom Gegenstand her nicht mit einer solchen Tragweite in angemeldeten und erteilten Patenten findet, wäre nicht der technische Fortschritt, dessen Förderung das Patentrecht dient, sondern Stagnation.

Diese Problematik wird im übrigen durch die angekündigte Streichung des Patentierungs-verbotes für Software im Europäischen Patentübereinkommen nicht wirklich berührt; der Streit über diese Streichung ist daher im Ergebnis

weitgehend müßig. Die bisherige, nach Wortlaut und Inhalt missglückte weil unklare und unbestimmte Regelung schließt die Erteilung von Patenten für Programme nicht aus. Sie schafft lediglich Probleme bei der exakten Bestimmung dessen, was in diesem Bereich geschützt werden kann, insbesondere deshalb, weil sich die Diskussion auf den Begriff der Programme für Datenverarbeitungsanlagen als solcher, wie er im Abkommen gebraucht wird, fokussiert und dabei der Blick auf die sachlichen Voraussetzungen eines Patentschutzes in diesem Bereich verloren geht. Von daher ist der Wegfall dieser Einschränkung zu begrüßen, zumal er in der Sache keine wirklichen Änderungen bewirken, sondern die Diskussion allenfalls zu den Fragen führen wird, die aus rechtlicher Sicht die Voraussetzungen einer Patentfähigkeit von Software bestimmen sollten.