

Univers.-Prof. Dr.jur.Dr.

Jürgen Ensthaler

Technische Universität Berlin

Lehrstuhl für Wirtschafts-, Unternehmens- und Technikrecht

Stellungnahme zum Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und Bündnis 90/Die Grünen zum Thema

„Wettbewerb und Innovationsdynamik im Softwarebereich sichern –

Patentierung von Computerprogrammen effektiv begrenzen

(Drucksache 17/13086, 16.04.2013)

1.

Können Algorithmen, ein Computerprogramm besteht nur aus einer Folge von Algorithmen, überhaupt geschützt werden?

Algorithmen gehören der Mathematik an, sie sind Ergebnisse der Bool'schen Schaltalgebra. Die mathematischen Lehren sind seit je her vom **patentrechtlichen** Schutz ausgeschlossen. Dies ist auch gut verständlich, weil mathematische Lehren vielfach verwendbar sind. Es würden durch das Patentrecht Monopole geschaffen werden, deren Reichweite die nicht mehr einzuschätzen ist.

Auch der **urheberrechtliche** Schutz ist schwierig gemeinverträglich zu gestalten.

Der urheberrechtliche Schutz reicht 70 Jahre post mortem auctoris. Ein Schutz mathematischer Lehren bis zu 70 Jahre nach dem Ableben des Urhebers ist nicht vorstellbar.

2.

Wie werden die beschriebenen Probleme von der Rechtsprechung gelöst?

Zum Patentrecht, BGH-Rechtsprechung (Entscheidungspraxis der Beschwerdekammern des EPA):

Die gesetzliche Ausgangslage sowohl im deutschen Patentgesetz wie in der europäischen Patentübereinkunft (EPÜ) ist, dass Computerprogramme nicht generell aber „als solche“ vom patentrechtlichen Schutz ausgeschlossen sind.

Weiterhin sind u.a. Pläne, Organisationspläne, also auch geschäftliche organisatorische Anwendungen vom Patentrecht ausgeschlossen. Das Patentrecht verlangt technische Erfindungen und nicht gedankliche/geisteswissenschaftliche Neuerungen.

Der BGH hat diese Ausschlüsse mit unterschiedlicher Gewichtung beachtet. Die Abgrenzung technischer von gedanklichen Lehren geschieht in den zurückliegenden Jahren konsequent.

Die Abgrenzung von mathematischen Lehren (vom Schutz ausgeschlossene Programme, Programme „als solche“) zu den schützbaeren, weil technisch eingebundenen Programmen, erfolgt überwiegend konsequent, nicht ausschließlich.

a) Wegen der „als solche“-Formel darf keine mathematische Regel geschützt werden, praktisch gewendet: Computersoftware muss in ein konkretes, ganz konkret benanntes – auch in den Ansprüchen benanntes – technisches Geschehen eingebunden sein.

Dies hat der BGH in den letzten Jahren ganz überwiegend beachtet.

Die im Antrag der Fraktionen des deutschen Bundestages (Drucksache 17/13086) aufgeführten drei Entscheidungen sind nur zum eher geringen

Teil Beispiel dafür, dass der BGH den Schutz der Computerprogramme ausgeweitet, also einen Schutz für im Grunde genommen mathematische Lehren gewährt hat. Es werden regelmäßig keine Programme oder Elemente eines Programms geschützt, die nicht in ein bestimmtes, konkret benanntes technisches Geschehen eingebunden sind.

Im Einzelnen: In der Entscheidung „Untersuchungsmodalitäten“ aus 2009 hat der BGH nur deshalb an das Patentgericht, das den Schutz ausgeschlossen hatte, zurückverwiesen, weil dort übersehen wurde, dass doch technische Algorithmen, nicht nur ärztliche Untersuchungsmethoden, in dem Programm enthalten waren. Es ging darum, dass unter bestimmten Voraussetzungen eine Röntgenanlage angesteuert werden konnte. Insofern waren Algorithmen, Teile des Computerprogramms, in ein konkretes technisches Geschehen eingebunden. Der BGH hat nicht die Entscheidung der Vorinstanz gerügt, die digital aufbereiteten medizinischen Untersuchungsmethoden nicht patentrechtlich zu schützen, sondern eben nur gerügt, dass hier die Algorithmen, die zum Ansteuern einer anderen Maschine führen, nicht hinreichend als technische Algorithmen gewürdigt worden sind.

Auch die Entscheidung „Windows-Dateiverwaltung“ aus 2010 entspricht dem Erfordernis der Eingrenzung des Schutzbereiches von Algorithmen auf konkrete technische Funktionen. So wird in dieser Entscheidung vom Anmelder ein Lösungsweg dafür vorgestellt, auch Programme auf Betriebssystemen zu verarbeiten, deren Verarbeitungskapazität dafür nicht ausreicht. Das Programm war also auf die Verbesserung der Nutzung des Universalrechners gerichtet, auf die Verbesserung einer Maschine, und insofern auch zutreffend technisch und durch die Bestimmung der neuen Funktionen des die Anlage steuernden Betriebsprogramms auch hinreichend eingegrenzt.

Um eine im Hinblick auf die Abgrenzung zu mathematischen Lehren (grundsätzlichen Konzepten) zumindest nicht so klare Entscheidung verhält es sich bei der ebenfalls im Antrag der oben genannten Fraktionen des Deutschen Bundestages aufgeführten Entscheidung des BGH Dynamische Dokumentengenerierung aus 2010. Hier stellt der BGH zunächst zutreffend für den patentrechtlichen Schutz darauf ab,

dass „der Ablauf eines Datenverarbeitungsprogramms durch technische Gegebenheiten außerhalb der Datenverarbeitungsanlage bestimmt wird ...“ Das Programm ist ohne Zweifel damit technisch orientiert. Damit ist aber nichts darüber gesagt, ob der Schutzbereich auch hinreichend eingegrenzt ist. Die Vorinstanz, der 17. Senat des BPatG, war der Ansicht, dass die neue Lehre nicht auf konkrete technische Maßnahmen begrenzt, sondern abstrakt formuliert und vielfach verwendbar sei. Mit diesem Problem hat sich der BGH in dieser Entscheidung nicht wirklich auseinandergesetzt.

So hat der BGH auf die Entscheidung des Bundespatentgerichts dahin reagiert: „ Dass die Lehre nicht auf konkrete Maßnahmen zur Abbildung der Anfrageparameter auf einen begrenzten Befehlssatz beschränkt, sondern eher abstrakt formuliert ist, wird bei der noch vorzunehmenden Prüfung von Neuheit und erfinderischer Tätigkeit zu berücksichtigen sein.“ Diese Prüfung ist aber wenig geeignet, eine mathematische Lehre von einer technischen Lehre abzugrenzen.

3.

a) Software wird patentrechtlich nach der Rechtsprechung des BGH ganz überwiegend nur geschützt, wenn sie in ein technisches oder durch die Natur vorgegebenes Phänomen konkret eingebunden ist. Es bleiben allerdings Zweifel an der Kontinuität der Rechtsprechung, wie die zuvor genannte Entscheidung dies belegt.

Praktisch gewendet zielt die Rechtsprechung darauf ab, in erster Linie Computerprogramme auf dem Gebiet der Regel-, Meß- und Steuertechnik zu schützen. Dies steht auch im Einklang mit der Forderung im Antrag der Fraktionen, patentrechtlich dort zu schützen, wo Software überkommene Technik ersetzt.

Der Schutz wird vom BGH noch dahin erweitert, dass auch die Veränderung technischer Vorgänge im Universalrechner selbst oder die Verbesserung der Funktionen der Hardwarekomponenten zum Schutzbereich gehören (BGH Dynamische Dokumentengenerierung: „auf technische Gegebenheiten in der Datenverarbeitungsanlage bezogen ...“) und auch die Techniksimation (z.B. cad-Software) dazugehört (es werden allein technische Vorgänge simuliert). Der Schutz wird aber auch in diesen Bereichen davon abhängig gemacht bzw. dahin

begrenzt, dass die insoweit neue Lehre in eine konkret zu benennende neue technische Wirkweise eingebunden sein muss; die neue Wirkweise des Universalrechners bzw. die des entsprechenden neuen Programms muss beschrieben werden.

b) Es gibt aber nach wie vor auch Entscheidungen, die Algorithmen unter patentrechtlichen Schutz stellen, deren Wirkweise bzw. Einsatzmöglichkeiten weit über das benannte Anwendungsbeispiel hinausgehen (vgl. BGH Dynamische Dokumentengenerierung aus 2010) Allerdings handelt es sich dabei in heutiger Zeit eher um Ausnahmen.

In den zurückliegenden Jahren hat der BGH allerdings auch angedeutet (nicht entschieden), dass auch nicht technische Programme dem Patentrecht unterfallen könnten, er hat zumindest geäußert, er habe sich niemals für das Gegenteil ausgesprochen.

Damit war wohl gemeint, so könnte man mutmaßen, dass auch ein softwaretechnisch besonders gut aufgebautes (z.B.) Buchhaltungsprogramm dem patentrechtlichen Schutz zugänglich sein könnte (wohl wegen der softwaretechnischen Generierung der Buchhaltungsregeln). Der BGH hat diese Gedanken aber nicht weiter verfolgt. Er hat diese Ansicht, das wird aus den Folgeentscheidungen deutlich, verworfen. Patentrechtlicher Schutz ist nur für die Lösung eines technischen Problems möglich. Außerhalb der Technik liegende Lösungen genügen nicht (zuletzt so BGH Dynamische Dokumentengenerierung aus 2010; vgl. auch BGH Untersuchungsmethoden aus 2009)

4.

Zur Spruchpraxis der Beschwerdekammern des Europäischen Patentamtes

Die Spruchpraxis der Beschwerdekammern des Europäischen Patentamts zu den Computerprogrammen unterscheidet sich in heutiger Zeit kaum noch von der des BGH. Die Beschwerdekammern stellen mehr in den Vordergrund, dass jedes Computerprogramm technisch ist, auch wenn nicht technische Gebiete bearbeitet werden. Dies bedeutet aber nicht, dass dadurch ein patentrechtlicher Schutz gewährt wird. Bei

den nächsten Prüfungsstufen, nämlich der Prüfung nach Neuheit und Erfindungshöhe, prüfen die Beschwerdekammern insofern nur noch die neuen technischen Lehren, sowie der BGH auch nur diese beim patentrechtlichen Schutz berücksichtigt.

Auch die Beschwerdekammern sind bemüht, den Schutz auf konkrete technische Lösungen zu begrenzen.

5.

Zum urheberrechtlichen Schutz

a) Dass es mit der Durchsetzung des politisch gewollten urheberrechtlichen Schutzes Schwierigkeiten macht, liegt daran, dass der urheberrechtliche Schutz in erster Linie als Schutz für die Kunstwerke ausgestaltet ist. Das Urheberrecht mit seiner endlos langen Schutzdauer, bis 70 Jahre nach dem Tode des Schöpfers, ist dem Grunde nach alles andere als ein Schutzrecht für die sog. Verstandeswerke, es ist ein Schutzrecht für ästhetische Werke.

b) Im Laufe der Zeit hat sich aber das Urheberrecht international den sog. Verstandeswerken geöffnet (z.B. Fachbücher); so werden Leistungen, mit denen Sachfragen gelöst werden, aber urheberrechtlich auf keinen Fall, nach völlig herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur, **inhaltlich** geschützt. Das Urheberrecht schützt nicht die in einem Lehrbuch vorgestellte wissenschaftliche Lehre selbst; das Urheberrecht schützt demnach auch (zumindest) nicht die wertvollen Algorithmen (Hyperalgorithmen etc.) eines Programms inhaltlich. Es gibt keine Stimme in der Kommentierung, es gibt kein Urteil das darauf abstellt, dass ein solcher Schutz durch das Urheberrecht möglich ist, auch nicht auf der Grundlage des § 69 a UrhG.

c) Nach der auch von der Rechtsprechung verwandten Lehre von der sog. inneren Form schützt das Urheberrecht insoweit die Art und Weise der Sichtung, Sammlung und Einteilung des nicht geschützten Materials; das Urheberrecht schützt also bei den Computerprogrammen die eigentümliche, die originelle Verwendung der in dem Programm enthaltenen Algorithmen. Es wird also quasi ein 1 zu 1-Schutz im

Hinblick auf das konkrete urheberrechtlich geschützte Programme-Werk erreicht.

Für Schwierigkeiten hat früher die seitens der juristischen Literatur und der Rechtsprechung erst spät erkannte Tatsache bereitet, dass ein Programm ausschließlich aus logischen Ketten, aus Algorithmen besteht. Dies wird heute so berücksichtigt, dass man die Algorithmen in solche höherer Wertigkeit (Hyperalgorithmen etc.) und solche von geringerer Wertigkeit einteilt. Am Schutz nehmen nur die Algorithmen niedriger Wertigkeit teil. Diese Differenzierung ist richtig. Weil es um die Vermeidung von schädlichen Monopolen geht und Algorithmen von geringerer Bedeutung solche sind, die die durch andere, gleichwirkende austauschbar sind.

6.

Diese Schutzbegrenzung im Urheberrecht ist für das Allgemeininteresse an der Freihaltung der besonderen Algorithmen von großer Bedeutung, um diese z.B. in open source-Entwicklungen zu verwenden bzw. um den Programmierer nicht in Gefahr zu bringen, er übernehme inhaltlich geschützte algorithmische Elemente aus Programmen, die ihm wahrscheinlich nicht einmal bekannt sind. Algorithmen taugen regelmäßig – als mathematische Lehren – für viele Anwendungen, auch auf Gebieten, die weit voneinander entfernt liegen.

7.

Von daher ist das Anliegen der Fraktionen des deutschen Bundestages richtig, den patentrechtlichen Schutz darauf zu begrenzen, wie er innerhalb eines ganz bestimmten technischen Geschehens wirkt.

Der patentrechtliche Schutz schützt die Algorithmen **inhaltlich**. Würde dieser Algorithmus dann außerhalb seiner konkret benannten Funktion, wie im Erzeugnisschutz üblich, patentrechtlich geschützt werden, so wäre in der Tat ein Monopol gewährt, das nicht mehr überschaubar ist.

Es ist aber nicht erforderlich, Software, die nicht zum Bereich der Regel-, Meß- und Steuertechnik gehört, sondern auf die bessere Ausnutzung der

technischen Funktionen des Rechners gerichtet ist, vom Schutz auszuschließen.

8.

Vorschläge:

Um den urheberrechtlichen Schutz zu fördern und den patentrechtlichen Schutz überschaubar zu belassen ist es nicht erforderlich, eine Technikdefinition in das Gesetz aufzunehmen, sondern es ist erforderlich, die Funktionsbezogenheit, die technische Funktionsbezogenheit der Algorithmen, als Schutzvoraussetzung aufzunehmen.

Die „als solche“-Formel in § 1 Abs. 4 PatG ist für die Computerprogramme zu ersetzen durch eine Formel, wie sie aufgrund der Umsetzung der Biotechnologierichtlinie in § 1a Abs. 3 und 4 des Patentgesetzes aufgenommen wurde; dort im Hinblick auf die Begrenzung des Schutzes für Gensequenzen. Auch dort heißt es, dass Gensequenzen nur im Zusammenhang mit ihrer Funktionsangabe geschützt werden können und diese in den Anspruch aufzunehmen ist.

Wenn die „als-solche“-Formel dadurch ersetzt wird, dass ein patentrechtlicher Schutz nur gewährt wird, soweit die technische Funktion des Programms konkret benannt und diese Funktion in den Anspruch aufgenommen wird, können schädliche Monopole vermieden werden.

Berlin im Mai 2013

Jürgen Ensthaler