

Grenzen des Patentwesens

Konkrete Maßnahmen gegen die Patentinflation

ISBN: 3-8311-4547-4

20,- Euro

KARL-FRIEDRICH LENZ

Grenzen des Patentwesens

Konkrete Maßnahmen gegen die Patentinflation

IV

Copyright © 2002 Dr. Karl-Friedrich Lenz

Webadresse: k.lenz.name

Kyoju (Professor) für Deutsches Recht und Europarecht

Universität Aoyama Gakuin, Tokio

Herstellung: Books on Demand GmbH, Norderstedt

www.bod.de

ISBN: 3-8311-4547-4

Dieses Buch darf zu den unter <http://k.lenz.name/d/v/index.html> näher beschriebenen Bedingungen frei verwendet werden.

Inhaltsverzeichnis

I. Das Problem	9
II. Grenzen der Patentierbarkeit im Hinblick auf Software und Internet	37
III. Konkrete Maßnahmen gegen die Patentinflation: Ausgangspunkt und Überblick	53
IV. Nicht-juristische Risiken von Softwarepatenten	65
1. Kosten für den Erwerb eines Patents	65
2. Boykottaufrufe	68
3. Logo-Programm	71
4. DoS-Angriffe	73
5. Dienst nach Vorschrift	77
V. Gegenangriff auf den Bestand des Patents	86
VI. Gegenschlag mit eigenen Rechten	97
VII. Schadensersatz wegen unberechtigter Behinderung	103
1. GVE 2007: Effektivitätsquote von Softwarepatenten	103
2. Grundlagen: Eingriff in den Gewerbebetrieb	107
3. Prinzipielle Überlegungen zu den Verpflichtungen aus einem Patent	119
4. Prozessuale Strategie	125
VIII. Diskussion mit einzelnen Autoren	133
Ritter 1991	133
Melullis 1998	137
Anders 2001	141
Straus 2000	143
Busche 2000	144
Horns 2001	147

VI

Nack 2000.....	148
Schiama 1998.....	149
Betten 1995.....	152
Kraßer 1993.....	153
Kraßer 1986.....	154
Hoepfner 1986.....	155
Barr 2002.....	156
Winischhofer 1999.....	157
Marly 1995.....	159
Äußerungen bei der Anhörung des amerikanischen Patentamtes 1994.....	160
Anhang: Früher im Netz veröffentlichte Beiträge.....	163
I. Sinking the Proposal for a Directive on Software Patents.....	163
II. Kommentar zur Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 17. Oktober 2001, "Fehlersuche".....	183
1. Wortlaut der Entscheidung.....	183
2. Fragen.....	183
2. Methodik.....	184
a) Erstmals methodengerechte Auslegung.....	184
b) Anwendung anerkannter Auslegungsmethoden durch den BGH	185
c) Eigene Auslegung in Diskussion mit dem BGH.....	187
3. Neue Anforderungen an die Patentierbarkeit.....	193
4. Weitere Prüfung durch das BPatG.....	197
5. Auswirkungen auf die rechtspolitische Diskussion und Fazit....	198
III. Einige Anmerkungen zum juristischen Teil der Studie zu Softwarepatenten des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie.....	201
1. Methodische Beliebigkeit.....	201
2. Zur Forderung nach Abschaffung des Patentierungsverbotes ...	202

3. Zementierung willkürlicher Abgrenzungen.....	205
4. Softwarepatente und Berufsfreiheit	206
5. Risse im Damm	208
IV. Auslegung von Art. 52 des Europäischen Patentübereinkommens hinsichtlich der Frage, inwieweit Software patentierbar ist	211
1. Vorbemerkung	211
2. Wortlaut der Regelung	211
3. Systematische Auslegung	215
4. Teleologische Auslegung.....	218
5. Historische Auslegung.....	218
6. Verfassungskonforme Auslegung	220
7. Zwischenergebnis.....	223
8. Diskussion der Praxis des Europäischen Patentamtes	224
Literaturverzeichnis	229
Abkürzungsverzeichnis	256

"The only persons who derive any advantage from the Law of Patents are the lawyers. Except, perhaps, warrants for horses, there is no subject which gives such an opportunity for roguery as the Law of Patents."

Lord Granville im englischen Oberhaus, 1851.¹

I. Das Problem

Ich habe als Professor für Deutsches Recht und Europarecht an der Universität Aoyama Gakuin in Tokio seit einigen Jahren Gelegenheit, eine Vorlesung zum Thema "Internet und Recht" zu halten. Im Rahmen der Vorbereitung für diese Veranstaltung bin ich auf die Frage aufmerksam geworden, wie sich das Patentwesen zum Internet verhält. Dabei standen für mich die bekannten Fälle wie der des Patentbesitzes von Amazon.com auf die sogenannte 1-click Technik² zunächst im Vordergrund.

Dies war dann für mich Anlass, mich allgemein mit der Frage zu beschäftigen, inwieweit Software Gegenstand von Patenten ist oder sein soll.³ Diese Frage wird von zahlreichen Teilnehmern in einer kon-

¹ Zitiert nach *Janis*, Patent Abolitionism, Berkeley Technology Law Journal 17 (2002), Fußnote 99.

² Dies bezeichnet nicht etwa die Erscheinung, dass ein neues Softwarepatent mit einem einzigen Mausklick erworben werden kann (soweit ist die Patentinflation im Moment noch nicht fortgeschritten).

³ So in einem Beitrag zur Festschrift für Ishikawa, der im Dezember

troversen Diskussion untersucht. Ein internationaler Konsens ist nicht in Sicht. Besonders in Europa ist die Diskussion davon geprägt, dass maßgebliche Rechtstexte die Patentierbarkeit eigentlich ausschließen.

Mein eigener Standpunkt ist von starker Skepsis gegenüber dem Nutzen des Patentsystems für Software allgemein und das Internet im besonderen geprägt. Dafür habe ich einige Gründe, die teilweise allerdings durchaus auf das Patentsystem insgesamt beziehbar sind.

Dabei ist zunächst einmal zu hinterfragen, ob eigentlich technischer Fortschritt erwünscht ist. Dies ist angesichts der Tatsache, dass etwa Atomwaffen oder auch nur zivil genutzte Atomenergie keineswegs unumstritten sind, nicht ohne weiteres selbstverständlich.

Der wesentliche Unterschied zwischen Mensch und Tier ist die Geschwindigkeit, mit der Menschen sich an veränderte Bedingungen anpassen können.

Seit *Darwin*⁴ ist bekannt, dass sich alle Lebensformen über einen Kreislauf von genetischer Veränderung und Auslese an ihre Umgebung anpassen. In jeder Generation werden im wesentlichen zufallsbestimmte geringfügige Veränderungen bei der Übertragung der genetischen Information auf die nächste Generation vorgenommen. Welche dieser Veränderungen sich als erfolgreich erweisen, stellt sich dann im Wettbewerb der Individuen dieser Generation um die Chance der

2001 abgeschlossen wurde und im Oktober 2002 erschienen ist: *Lenz, Yohroppa-hô ni okeru intahnetto tokkyo* (Internet-Patente im europäischen Recht), in: Sakurai (Hrsg.), *EU-hô, yohroppahô no shokadaï*, Tokio 2002, S. 347 ff.

⁴ Darwin, *The Origin of Species*, 1859, www.online-literature.com/darwin/originofspecies/.

Vererbung eigener genetischer Information heraus. Dies führt dazu, dass auf die Dauer eine geringfügig bessere Anpassung an die Umgebung sich auf die gesamte Art verbreitet.

Auch für Menschen ist dieser Mechanismus möglicherweise nicht völlig unbedeutend. Allerdings hat er einen ganz klaren Nachteil. Es dauert relativ lange, bis sich auf diese normale Weise irgend etwas verändert. Rechnet man eine menschliche Generation mit 25 Jahren und weiter damit, dass Veränderungen bereits nach fünf Generationen messbare Auswirkungen zeigen, dann braucht der normale Gang der Evolution mehr als ein Jahrhundert, um irgendeine Veränderung zu bewirken (wobei dann noch die Frage ist, ob die betreffende Veränderung wirklich positiv war). Schon aus diesem Grund sind alle Bestrebungen in der Praxis zum Scheitern verurteilt, die es sich zum Ziel setzen, durch eine geeignete Auswahl positiver Erbanlagen bessere Menschen zu züchten, von den ethischen Problemen ganz abgesehen, die damit verbunden sind.

Menschen sind aber nicht auf diesen langsamen Weg des Fortschritts beschränkt. Vielmehr haben sie die Möglichkeit, Wissen und Werkzeuge anzusammeln und an andere Menschen weiterzugeben.

Wenn Menschen fliegen wollen, brauchen sie nicht dreiundachtzigtausend Generationen zu warten, bis ihnen Flügel wachsen. Vielmehr können sie Flugzeuge bauen und sich hineinsetzen und fliegen.

Dies ist ein klarer Wettbewerbsvorteil gegenüber allen anderen Tier- und Pflanzenarten. Die Tatsache, dass Menschen und nicht zum Beispiel Elefanten den Planeten beherrschen, hat ihren Grund hierin. Zwar sind Elefanten viel größer, viel stärker und meist auch viel sympathischer als Menschen. Aber Menschen können sich schneller

anpassen und verändern.

Und das haben sie auch bisher reichlich getan. Der technische Fortschritt der Menschheit ist bemerkenswert. Allgemein lässt sich wohl sagen, dass nicht nur die Gesamtsumme des menschlichen technischen Wissens immer weiter wächst, sondern auch die Geschwindigkeit, mit der dies geschieht.

Ich sehe in diesem Wettbewerbsvorteil der Menschheit kein grundsätzliches Problem, sondern eine unvermeidbare und jedenfalls auch nicht mehr umkehrbare Gegebenheit.

Demgegenüber ist auch eine grundsätzlich technikfeindliche Position denkbar. So kann man etwa feststellen, dass die letzten Jahrhunderte zwar zu einem in der Geschichte nie gesehenen Lebensstandard für einen geringen Teil der Menschheit in den Industrieländern geführt, damit aber gleichzeitig auch Umweltbelastungen verursacht haben, die ohne diesen technischen Fortschritt nicht möglich gewesen wären. Keine Umweltbelastungen durch Abgase ohne Auto. Kein Problem der Endlagerung von Reaktorabfällen ohne zivile Nutzung der Atomenergie.

Eine radikal technikfeindliche Position könnte etwa die Ansicht vertreten, dass der bisherige Fortschritt mehr Probleme verursacht als gelöst hat und dass daher, wenn möglich, das Rad der Geschichte einige Jahrhunderte zurückzudrehen sei, alle bisherige Entwicklung vergessen werden sollte. Der Roman *Rainbow Six*⁵ etwa beschreibt eine derartige radikale Position, die dann zu dem Plan führt, den größten Teil der Menschheit auszulöschen. Der grundsätzliche Abschied von der Atomenergie, der in Deutschland derzeit gesetzlich

⁵ *Clancy, Rainbow Six, 1998.*

festgelegt wird,⁶ geht von einer ähnlichen prinzipiellen Vorstellung aus. Auch gegenüber der Gentechnologie bestehen vielfach grundsätzliche Vorbehalte.⁷

Diese Position ist allerdings unrealistisch. Es ist nicht möglich, auf das technische Niveau vergangener Jahrhunderte zurückzugehen.

Vielmehr muss man wohl oder übel zur Kenntnis nehmen: Die Menschheit hat eine gefährliche Stufe der Entwicklung von Technik erreicht und wird die Gesamtsumme des Wissens und des technisch Möglichen mit ständig wachsender Geschwindigkeit weiter vermehren. Daher scheint mir die richtige Antwort zu sein, auf dem einmal eingeschlagenen Weg mit aller Kraft weiter zu rennen. Ich halte den Standpunkt der Skepsis gegenüber der technischen Entwicklung nicht für richtig. Vielmehr meine ich, dass alles getan werden sollte, um die Geschwindigkeit dieser Entwicklung noch weiter zu beschleunigen.

Was sind nun die Bedingungen für eine schnellere Entwicklung der Technik? Gehört ein gut funktionierendes Patentsystem zu diesen Bedingungen?⁸

Skepsis ist hier wegen einer historischen Tatsache angebracht. Wie *Jared Diamond*⁹ im einzelnen untersucht, stand historisch gesehen

⁶ Vgl. etwa die Seiten des Bundesumweltministeriums zu der Frage unter www.bmu.de/atomkraft/fset800.php.

⁷ Vgl. *Beier/Straus*, Gentechnologie und gewerblicher Rechtsschutz, in: Bundespatentgericht (Hrsg.), *25 Jahre Bundespatentgericht*, S. 133 f.

⁸ Vgl. ausführlich *Bernhardt/Kraßer*, Lehrbuch des Patentrechts, 4. Aufl. 1986, S. 22 ff; *Machlup*, *An Economic Review of the Patent System*, 1958,

www.ipmall.fplc.edu/hosted_resources/jepson/unit1/aneconom.htm.

⁹ *Diamond*, *Guns, Germs and Steel*, New York 1997.

Europa an der Spitze der technologischen Entwicklung. Warum? Die Antworten von *Diamond* auf diese Frage sind hochinteressant. Eine dieser Antworten geht von der einfachen Tatsache aus, dass die Kontinente Afrika und Amerika sich von Norden nach Süden erstrecken, während die Achse des Kontinents Eurasien von Westen nach Osten verläuft.

Na und? - wird möglicherweise der Leser dieser Zeilen fragen, wenn er mit dem Buch von *Diamond* nicht vertraut ist. Was soll Geographie mit technischer Entwicklung zu tun haben? Nun, die These von *Diamond* ist folgende. Die Ausrichtung in einer Nord-Süd-Achse behindert die *Verbreitung* neu entwickelter Technik. Auf dem Planeten Erde ist das Klima stark vom Breitengrad abhängig. Das bedeutet, dass die Lebensverhältnisse in Afrika und Amerika sich jeweils mit einigen hundert Kilometern Entfernung erheblich voneinander unterscheiden. Dies wiederum hat die Verbreitung von technischen Entwicklungen auf diesen Kontinenten behindert.

So die These von *Diamond*. Diese These scheint mir durchaus einleuchtend zu sein. Allerdings ist es nicht entscheidend wichtig, ob sie vollständig zutrifft oder möglicherweise einige Zweifel angebracht sind. Vielmehr ist nur hervorzuheben, dass die Geschwindigkeit der technischen Entwicklung jedenfalls *auch* davon abhängt, wie schnell sich neue Ideen über den Planeten verbreiten können. Die Geschwindigkeit der technischen Entwicklung ist von zwei Variablen abhängig, nicht nur von einer. Es kommt nicht nur darauf an, wie schnell neue Ideen entwickelt werden, sondern auch, wie schnell andere Forscher und Entwickler diese neuen Ideen verwenden und zur Basis weiterer Arbeit machen können.

Diamond untersucht die bisherige geschichtliche Entwicklung mit

einem sehr weiten, auf Jahrtausende eher als Jahrhunderte gerichteten Blick. Wenn man die Situation heute ansieht, dann sind geographische Hindernisse für die Verbreitung von Technik völlig verschwunden. Was heute in eine Seite im Internet eingestellt wird, ist morgen weltweit für jeden anderen Forscher verwendbar. Die verbleibenden Hindernisse für die Verbreitung technischer Entwicklungen sind nicht objektiv vorgegeben, sondern durch menschliche Entscheidungen künstlich errichtet.¹⁰ Das Patentsystem gehört zu diesen Hindernissen. Es verhindert die freie Verwendung von allen von ihm erfassten Erfindungen.

Moment mal! Ich sehe schon den Einwand kommen. Weiß ich denn nicht, dass erst durch ein funktionierendes Patentsystem überhaupt irgendwelche wichtigen Erfindungen gegenüber der Öffentlichkeit offenbart werden? Die Frage liegt nahe; und sie ist wichtig.

Wenn man fragt, wozu der mit dem Patentsystem verbundene Aufwand eigentlich gut sein soll, dann ist der Hinweis auf die Offenbarungsfunktion eine mögliche Antwort. Die Argumentation ist etwa wie folgt. Das Patent ist - unter anderem - ein Vertrag mit dem Erfinder. Der Erfinder gibt der Öffentlichkeit Informationen über seine Erfindung, legt die neue Technik offen. Im Gegenzug erhält er von der Gesellschaft ein zeitlich begrenztes Monopol. Ohne diese Gegenleistung wäre der Erfinder schön blöd, wenn er sein Wissen offenbaren würde. Er wird es dann für sich behalten, in der Form eines Geschäftsgeheimnisses. Wenn der Erfinder dann von einer Sternschnuppe getroffen tot zusammenbricht, ist seine kostbare Idee für die Menschheit auf immer verloren.

¹⁰ Ähnlich *Marly*, Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäischen Union, 1995, S. 14 f.

Dieser Einwand ist zutreffend. In der Tat kann ein funktionierendes Patentsystem dazu beitragen, dass mehr neue Ideen in Patentschriften offengelegt und weniger als Geschäftsgeheimnis behandelt werden.

Auf der anderen Seite führt dies aber dann zu künstlichen Behinderungen der Verbreitung der betreffenden neuen Technik. Jeder braucht eine eigene Erlaubnis, wenn er die betreffende Erfindung verwenden will, was mindestens mit dem Aufwand einer Patentrecherche und den mit einer möglichen Lizenz verbundenen Verhandlungen verbunden ist, möglicherweise zusätzlich noch mit Lizenzgebühren. Schlimmstenfalls ist überhaupt keine Lizenz zu erhalten und die Verwendung der Erfindung dann für die Allgemeinheit für die gesamte Laufzeit des Patentes blockiert.

Ob dieser Behinderungseffekt oder umgekehrt der durch das zeitlich begrenzte Monopol bewirkte Effekt einer häufigeren Offenbarung per Saldo stärker ist, lässt sich schwer sagen. Dies kann von Fall zu Fall verschieden sein.

So ist etwa bei medizinischen Wirkstoffen der Offenbarungseffekt gleich null, weil niemand ein Medikament mit dem geheimen Wirkstoff X verkaufen kann, vielmehr im Rahmen des Verfahrens für die erforderliche Zulassung der Wirkstoff und seine Zusammensetzung ohnehin offengelegt werden muss.

Auch in vielen anderen Fällen ist die Erfindung für jeden offensichtlich, sobald das betreffende Produkt auf dem Markt ist. So etwa in dem berühmten Fall des 1-click Patentes. Die Idee ist für jeden ohne besondere Offenbarung in einer Patentschrift leicht ersichtlich. Ein Blick auf die Internetseiten von *Amazon* reicht aus.¹¹ Ich vermute,

¹¹ So auch *Dreyfuss*, Are Business Method Patents Bad for Business,

dass bei den meisten Softwarepatenten, vor allem bei mit dem Internet zusammenhängenden Patenten, die Nützlichkeit der Offenbarung in Patentschriften äußerst gering ist.

Für Software allgemein wird vermutet,¹² dass mit Rücksicht auf das Patentsystem eher weniger Quelltext offenbart wird, das Patentsystem also umgekehrt gerade begrenzend auf die Offenbarung wirkt. Denn wer seinen *source code* veröffentlicht, kann leichter mit einer Verletzungsklage angegriffen werden.

Dazu kommt, dass die Anmelder und die sie beratenden Experten versuchen werden, so wenig wie möglich zu offenbaren. So schlägt etwa *Heinze*¹³ vor, das mögliche Erfordernis der Einreichung von Quelltext durch Einreichung eines Programmes in ausgedruckter Form zu erfüllen, um es möglichen Interessenten möglichst schwer zu machen, diese Offenbarung auch zu nutzen. Dies steht in deutlichem Gegensatz zur schnellen und effektiven Verbreitung von Quelltext im Bereich von *open source* Projekten.¹⁴

Hier sei zunächst nur festgestellt, dass hinsichtlich der Geschwindigkeit der Verbreitung neuer Technik das Patentsystem ambivalent wirkt. Und jedenfalls lässt sich kaum positiv feststellen, dass der Offenbarungseffekt stärker ist als der Behinderungseffekt.

Santa Clara Computer And High Technology Law Journal 16 (2000), S. 275.

¹² *Smets*, Software Useright, 1999, www.smets.com/it/policy/useright/useright.pdf, S. 4 f.

¹³ Vgl. *Heinze*, A Risk-Balancing Approach to Best Mode Compliance in Software Patent Applications, 2002, www.cafezine.com/Index_article.asp?id=543&deptId=6.

¹⁴ Vgl. sorceforge.net.

Die andere Variable für die Geschwindigkeit des technischen Fortschrittes ist die Anzahl guter neuer Ideen. Die Frage also, wie schnell neue Technik entwickelt wird. Hier setzt nun eine zweite grundsätzliche Begründung für die Notwendigkeit von Patenten ein. Ohne den Anreiz eines zeitlich begrenzten Monopols, so diese Begründung, wäre es wirtschaftlich nicht sinnvoll, Geld und Zeit in Forschung und Entwicklung zu investieren. Vielmehr würden dann alle abwarten, bis die Konkurrenz mit viel Aufwand etwas neu entwickelt hat, und diese neue Entwicklung dann einfach übernehmen. Unter diesen Umständen wird niemand mehr bereit sein, sich für Forschung und Entwicklung zu engagieren, was dazu führen muss, dass weniger gute neue Ideen gefunden werden.

Besonders deutlich wird diese Überlegung etwa im Bereich der Entwicklung von neuen Medikamenten. Eine derartige Entwicklung ist ausgesprochen teuer. Zahlreiche umfangreiche Testserien sind erforderlich, um einen einzelnen Wirkstoff zu entwickeln. Angenommen, die Firma A hat mit einem Aufwand von fünfzig Millionen Euro einen neuen Wirkstoff gefunden. Es wäre dann nicht fair, so die Argumentation, wenn Firma B diesen Wirkstoff einfach übernehmen kann, ohne mit den Kosten für die Entwicklung belastet zu werden.

Gegen diese Argumentation liegen einige theoretische Einwände auf der Hand. So ist in den letzten Jahren eine Tendenz festzustellen, den Anwendungsbereich von Patenten auf immer neue Gebiete auszuweiten.¹⁵ Dies lässt sich plastisch mit dem Begriff "Patentinflation"

¹⁵ *Thomas*, The Patenting of the Liberal Professions, Boston College Law Review 40 (1999), S. 1139 ff; *Lessig*, The Future of Ideas, 2001, S. 207 ff.

bezeichnen.¹⁶ Oder mit der Formulierung "*Explosion of intellectual property rights*".¹⁷ Ein noch drastischerer Ausdruck wäre "*Amoklauf des Patentsystems*"; allerdings wäre dieser im Moment vermutlich noch leicht übertrieben.

Immerhin: Nach Angaben des Europäischen Patentamtes¹⁸ sind die Gesamteinnahmen aus Patentlizenzen zwischen 1990 und 2000 von 10 Milliarden auf 100 Milliarden Dollar gestiegen.¹⁹ Das entspricht einer Inflationsrate von knapp 26 Prozent pro Jahr. Diese ist zum Teil durch mehr Patentanmeldungen auf herkömmlichen Gebieten bedingt, zu einem anderen Teil durch eine Ausweitung des Bereiches patentierbarer Ideen auf Kosten des Bereiches nicht monopolisierbarer Ideen.

Noch weiter gehen die Angaben von *Rivette* und *Kline*.²⁰ 100 Milliarden Dollar Lizenzeinnahmen seien bereits 1998 erreicht worden. Der Markt für Lizenzen sei aber immer noch unterentwickelt ("*still only in*

¹⁶ Zur parallelen Erscheinung im Bereich des Urheberrechts vgl. *Gyertyanfy*, GRUR Int. 2002, S. 557 ff.

¹⁷ *Dreyfuss*, *State Street* or Easy Street: Is Patenting Business Methods Good for Business?, in: Hansen (Hrsg.), International Intellectual Property Law & Policy - Volume 6, 2001, Kapitel 14-1; ebenso *Nack*, Die patentierbare Erfindung unter den sich wandelnden Bedingungen von Wissenschaft und Technologie (Kurzfassung), 2002, www.ivir.nl/columbanus/nack.doc: "In den letzten Jahren ist jedoch in den USA eine explosionsartige, unkontrollierte Ausdehnung der Patentierbarkeit zu verzeichnen."

¹⁸

www.european-patent-office.org/epo/facts_figures/facts2000/e/5_e.htm.

¹⁹ Vgl. auch die Angaben von *Straus*, Entscheiden Patente die Schlacht um die Gene, 2000,

www.forum.mpg.de/programm/infos_person/00_64-71.pdf.

²⁰ *Rivette/Kline*, Rembrandts in the Attic, 2000 S. 5.

its infancy"). Für die nahe Zukunft sei ein Gesamtbetrag von 500 Milliarden Dollar zu erwarten. Nach Angaben von *Vermont* sind Lizenzeinnahmen zwischen 1980 und 1999 um 4000 Prozent gestiegen.²¹

Davis und *Harrison* teilen Schätzungen mit, wonach eine Billion Dollar pro Jahr an bisher nicht genutzten Lizenzeinnahmen weltweit erzielbar sei.²² Weiter begründen sie ihre Einschätzung, derzeit sei "*the greatest patent boom in US history*" im Gange, mit der Entwicklung der Erteilungszahlen in den USA. In den Jahren von 1990 bis 1999 hat das amerikanische Patentamt mehr als eine Million Patente erteilt. Das entspricht beinahe dem Dreifachen des jährlichen Durchschnitts von 36.000 seit 1836.²³ Allein 1999 wurden in den USA etwa 289.000 Patentanmeldungen eingereicht.²⁴ In Japan liegt die Anzahl der pro Jahr erteilten Patente sogar in der Größenordnung von 400.000.²⁵

Während die absoluten Zahlen steigen und das vom Patentwesen erfasste Gebiet sich ausweitet, werden auch die erteilten Patente immer komplexer.²⁶

Diese Patentinflation hat aber bisher mein Fachgebiet, die Rechts-

²¹ *Vermont*, The Economics of Patent Litigation, in: Berman, From Ideas to Assets, 2002, S. 330.

²² *Davis/Harrison*, Edison in the Boardroom, 2001, S. 73.

²³ A.a.O. S. 3.

²⁴ *Vermont*, The Economics of Patent Litigation, in: Berman, From Ideas to Assets, 2002, S. 330.

²⁵ *Thomas*, The Responsibility of the Rulemaker: Comparative Approaches to Patent Administration Reform, Berkeley Technology Law Journal 17 (2002), S. 728.

²⁶ *Allison/Lemley*, The Growing Complexity of the United States Patent System, Boston University Law Review 88 (2002), S. 77 ff.

wissenschaft, noch nicht erreicht. So weit ich weiß, ist es bisher nicht möglich, eine interessante neue rechtswissenschaftliche Theorie beim Patentamt anzumelden. Mit den Worten von *Stallman*: "*There are no patents on legal procedures. I guess the lawyers understand what a pain it would be to have to deal with the patent system themselves.*"²⁷

Das bedeutet aber keineswegs, dass niemand auf diesem Gebiet forscht. Damit ist also jedenfalls die radikale Vorstellung widerlegt, dass ohne ein funktionierendes Patentwesen überhaupt keine Forschung mehr möglich ist.

Die Rechtswissenschaft ist dabei auch keineswegs der einzige Bereich, der bisher von Patenten verschont geblieben ist. Vielmehr sind die Sozialwissenschaften insgesamt sowie die Mathematik nach traditionellem europäischem Verständnis Bereiche, in denen das Patentsystem bisher keine Wirkung in irgendeiner Richtung entwickelt hat. Und dennoch gibt es in Europa Mathematiker, die ohne jegliche Aussicht auf den finanziellen Anreiz eines Patentbesitzes nicht unerhebliche Energie und Zeit in die Forschung investiert haben. Mir ist sogar persönlich mindestens ein derartiger Mathematiker bekannt.

Wenn damit die radikale These "keine Forschung ohne finanziellen Anreiz durch Patente" klar widerlegt ist, bleibt aber doch immer noch die Möglichkeit, dass eine Erstreckung des Patentsystems auf alle Bereiche menschlicher Forschungstätigkeit zu einer Förderung in den Bereichen führt, die bisher ausgenommen waren. Man stelle sich vor, auch die Mathematik²⁸ und die Rechtswissenschaft seien in Zukunft

²⁷ *Stallman*, Software Patents - Obstacles to Software Innovation, 25.3.2002, swpat.ffii.org/papers/rms-cam020325/index.en.html, Punkt 4.

²⁸ Was von *de Laet*, International Review of Law and Economics 20

dem Patentwesen zugänglich. Vielleicht passiert dies ja auch demnächst, die Patentinflation schreitet in einem derart unkontrollierten Galopp voran, dass mich dies in keiner Weise wundern würde. *Schölch* erwartet, "dass nicht nur der Kaufmann, sondern bald auch der Soziologe, der Psychologe, der Astrologe, der Linguist, Jurist und Bankfachmann, etc. gefragt sein wird, zum Stand der Technik beizutragen".²⁹ Eine neuere amerikanische Entscheidung sagt bereits "virtually anything is patentable".³⁰ Und *Thomas* weist darauf hin, dass das Patent in der berühmten Entscheidung *State Street Bank vs. Signature* nichts weiter betraf als eine Umsetzung einer Regel des amerikanischen Steuerrechts in Software, damit also "das Gesetz patentiert wurde" ("*Patenting Law*").³¹

Bei einer Erstreckung des Patentschutzes auf bisher davon verschont gebliebene Bereiche sind dann theoretisch drei Möglichkeiten denkbar. Entweder die dadurch bedingten finanziellen Anreize fördern die Forschung auf diesen Gebieten mehr als die damit verbundenen Belastungen sie beschränken, oder es ist umgekehrt, oder es ergibt sich per Saldo überhaupt kein nennenswerter Einfluss.

Die gleiche Frage lässt sich natürlich auch für bisher klar vom Patentrecht erfasste Bereiche stellen. Hat der patentrechtliche Schutz von medizinischen Wirkstoffen dazu geführt, dass mehr in diesen

(2000), S. 187 ff. =

www.elsevier.nl/cas/tree/store/irl/sub/2000/20/2/5133.pdf auch gefordert wird.

²⁹ *Schölch*, GRUR 2001, S. 17.

³⁰ Vgl. *Thomas*, Post-Industrial Patents and Personal Liberties, in: Hansen (Hrsg.), International Intellectual Property Law & Policy - Volume 7, Kapitel 13-3.

³¹ *Thomas*, a.a.O., Kapitel 13-10 ff.

Bereich investiert wurde, als dies ohne einen solchen Schutz möglich gewesen wäre?³² Hat die Anerkennung von Patenten auf Software in den letzten beiden Jahrzehnten in den USA dazu geführt, dass mehr in Forschung und Entwicklung in diesem Bereich investiert wurde, als dies vor dieser Ausweitung der Patentierbarkeit der Fall war?

Leider lässt sich die Frage aber nicht besonders einfach beantworten. Zwar gibt es eine größere Anzahl von Untersuchungen, die diesen Fragen mit wirtschaftswissenschaftlichem Sachverstand nachgehen.³³ Mir ist aber keine einzige Studie bekannt, die zu einem klaren Ergebnis gekommen wäre, wonach das Patentrecht per Saldo die Forschung und Entwicklung in einem davon erfassten Bereich mehr fördert als behindert.³⁴ Speziell für den Bereich von Software liegt eher umgekehrt Zahlenmaterial vor, wonach die Anerkennung der Patentierbarkeit in den USA mit einem Rückgang der Forschungsinvestitionen

³² Zur Ausdehnung des Patentschutzes in diesem Bereich *Sellnick*, GRUR 2002, S. 121.

³³ Vgl. zuletzt *Blind/Edler/Nack/Straus*, Mikro- und makroökonomische Implikationen der Patentierbarkeit von Softwareinnovationen, 2001, www.bmwi.de/Homepage/Presseforum/Pressemitteilungen/2001/1B15prm2.jsp; zu dieser Studie näher unten Anhang III.

³⁴ Speziell für Software ebenso *Bakels/Hugenholtz*, The Patentability of Computer Programs, (2002), www.ivir.nl/publications/other/softwarepatent.pdf S.5 f. *Mühlbauer*, Sind Patente ein Patentrezept?, 2002, www.heise.de/tp/deutsch/special/copy/12773/1.html. Allgemein *Lemley*, Reconceiving Patents in the Age of Venture Capital, The Journal of Small and Emerging Business Law 4 (2000), S. 139: " *The problem is, quite frankly, that we don't have a clue how innovation works.*"

in der Branche verbunden war.³⁵ Der Zusammenbruch der Aktienkurse von Internet-Unternehmen im Jahre 2001³⁶ zeigt auch, dass die grenzenlose Anerkennung von Patenten in diesem Bereich keineswegs eine wirtschaftlich gesunde Entwicklung der Branche garantiert hat.

In die gleiche Richtung geht eine Äußerung von *Gates*³⁷ (Gründer von Microsoft), der Patenten auf Software die Fähigkeit zuschreibt, die gesamte Softwareindustrie zum Stillstand zu bringen: "*If people had understood how patents would be granted when most of today's ideas were invented and had taken out patents, the industry would be at a complete standstill today.*"³⁸ Auch nach *Merges* war die amerikanische Software-Industrie in den siebziger Jahren des zwanzigsten Jahrhunderts auch ohne Patente sehr innovativ.³⁹ Und *Sullivan* bemerkt:⁴⁰ "*In*

³⁵ Bessen/Maskin, Intellectual Property on the Internet. What's Wrong with Conventional Wisdom?,

www.researchoninnovation.org/iippap2.pdf.

³⁶ Vgl. hierzu ausführlich *Cassidy*, dot.con, 2002.

³⁷ *Gates*, vertrauliche Nachricht an Mitarbeiter von *Microsoft* vom 16. Mai 1991, abgedruckt bei *Warshofsky*, The Patent Wars, 1994, S. 170 f. zitiert auch von *Lessig*, Free Culture, 2002, www.oreillynet.com/pub/a/policy/2002/08/15/lessig.html?page=2.

³⁸ Ebenso Knuth, Letter to the Patent Office lpl.fai.mit.edu/Patents/knuth-to-pto.txt: "Changing the rules now will have the effect of freezing progress at essentially its current level."

³⁹ *Merges*, One Hundred Years of Solicitude: Intellectual Property Law 1900-2000, California Law Review 88 (2000), S. 2228 ff.

⁴⁰ *Sullivan*, Is Competition Possible in High-Tech Markets?, Case Western Law Review 52 (2001), S. 68. Vgl. auch *Bricklin*, Patents and Software (1995), www.bricklin.com/patentsandsoftware.htm: "*Quite the contrary, there is great incentive knowing that some of the richest people in a country like the United States made their money from software without the protection of patents.*"

evaluating software patents there is, then, considerable heft on the negative side of the allocative efficiency and consumer welfare scale. Nor is much benefit apparent that weighs against this." Weiter auch Warren: *"There is absolutely no evidence whatsoever, not a single iota, that software patents have promoted or will promote progress."*⁴¹

Die Monopolkommission stellt ebenfalls fest, dass eine generelle Zunahme der Ausgaben für Forschung und Entwicklung durch die Anerkennung von Softwarepatenten nicht nachweisbar ist. Sie spricht sich daher in ihrem 14. Hauptgutachten im Sommer 2002 gegen die Ausdehnung des Patentschutzes auf Software aus: "Die mit dem Patentschutz verbundene vorübergehende Monopolstellung eines Unternehmens ist geeignet, Konzentrationstendenzen auf dem Markt für Softwareprodukte weiter zu verstärken und den Wettbewerb zu behindern."⁴²

Die Frage wird noch schwieriger, wenn man nicht nur wissen will, ob überhaupt ein nennenswerter Einfluss auf die Geschwindigkeit der Entwicklung neuer Technik vom Patentsystem ausgeht, sondern wenn man diesen Einfluss auch noch beziffern soll. Liegt die bewirkte Förderung in der Größenordnung von zwei Prozent der gesamten Aufwendungen für Forschung in der Branche, oder eher von zwanzig Prozent, oder gar von zweihundert Prozent?

Damit bleibt für mich derzeit nur die Einschätzung, dass allgemein gesehen die Nützlichkeit des Patentwesens weder klar bewiesen noch

⁴¹ Warren, Ohne Titel, 1994, www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_warren.html.

⁴² Monopolkommission, http://www.monopolkommission.de/haupt_14/sum_h14.pdf, Rz. 112.

klar widerlegt ist.⁴³

Um so wichtiger wird dann die weitere Frage danach, wie ein Patent moralisch gesehen zu beurteilen ist. In dem Beispiel der Entwicklung von neuen Medikamenten oben wird ja nicht nur argumentiert, dass ohne einen Patentschutz weniger in den Bereich investiert würde, sondern auch, dass es nicht fair wäre, anderen Unternehmen zu gestatten, die Früchte der Entwicklungsarbeit des Unternehmens A kostenlos mit zu ernten.

Ist dies wirklich unfair? Ich habe da einige Zweifel.

Das ist gerade in der Pharmabranche besonders deutlich. Das Monopol zum Verkauf eines Wirkstoffes hat einen wirtschaftlichen Wert nur deshalb, weil es dazu führt, dass die Verbraucher mehr für ein Medikament zahlen müssen, als es bei Zulassung des Wettbewerbes erforderlich wäre. Zum Beispiel um den Faktor zehn und damit 450 Millionen Dollar pro Jahr mehr für das Medikament *Naprosyn*,⁴⁴ also knapp zehn Milliarden Dollar mehr über die Laufzeit des Patents. Der Vorteil für den Patentinhaber ist mit umgekehrten Vorzeichen ein wirtschaftlicher Nachteil für den Verbraucher. Derartige Nachteile versucht das Kartellrecht normalerweise zu verhindern.

Im Fall von Medikamenten ist dies deswegen so brisant, weil es nicht nur um wirtschaftliche Interessen des Verbrauchers, sondern um Leben und Gesundheit von Patienten geht. Wenn nämlich etwa im Falle eines gegen AIDS wirksamen Medikamentes Patienten in Afrika oder Südamerika die dafür erforderliche Monopolrente nicht auf-

⁴³ So auch das Fazit von *Machlup* (oben Anm. 0).

⁴⁴ *Parr*, IP Leverage, in: Berman, From Ideas to Assets, 2002, S. 275.

bringen können,⁴⁵ dann lautet die Alternative nicht etwa "wirtschaftliche Interessen des Verbrauchers oder wirtschaftliche Interessen des Unternehmens", sondern sie lautet in vielen Fällen "Leben oder Tod des Patienten". Es ist aus moralischer Sicht keineswegs ausgemacht, dass die wirtschaftlichen Interessen der Aktionäre von großen Unternehmen der Pharmabranche den Vorrang vor Leben und Gesundheit der Patienten haben müssen.

Daher ist es kein Wunder, dass in letzter Zeit das Patentsystem insgesamt gerade im Pharmabereich erheblich unter Druck geraten ist.⁴⁶ Im einzelnen wird diese Problematik besonders informativ auf den Seiten zum Thema "*Health Care and Intellectual Property*" des *Consumer Project on Technology*⁴⁷ beschrieben und diskutiert. Darauf darf ich hier verweisen und eine nähere Untersuchung unterlassen.⁴⁸

⁴⁵ Vgl. ausführlich *The National Academies Board on Science, Technology and Economic Policy*, Project Summary on Intellectual Property in the Knowledge-Based Economy, 2002, www7.nationalacademies.org/step/STEP_Projects_IPR_Phase_II_Description.html, S. 30 ff.

⁴⁶ Naiv daher die Einschätzung von *Horns*, *Some Observations on the Controversy on "Software Patents"*, 2000, www.ipjur.com/episwpat.php3: "It should not be too much difficult to demonstrate positive overall economic effects of granting patents on proper innovations deserving this label. With regard to, for example, the pharmaceutical sector this task seems to be rather trivial".

⁴⁷ www.cptech.org/ip/health/.

⁴⁸ Vgl. auch aus afrikanischer Sicht *Pretorius*, *TRIPs and the Developing Countries - How Level is the Playing Field?*, in: Hansen (Hrsg.), *International Intellectual Property Law & Policy - Volume 7*, 2002, Kapitel 80 und *Gathii*, *The Legal Status of the Doha Declaration on TRIPS and Public Health Under the Vienna Convention on the Law of Treaties*, *Harvard Journal of Law and Technology* 15 (Frühjahr 2002),

Ein weiteres Problem bei der moralischen Betrachtungsweise liegt darin, dass die Belohnung für das erfolgreich entwickelnde Unternehmen in keinem Verhältnis zu den für die Entwicklung erforderlichen Kosten steht.⁴⁹ Die aus dem Patent zu erzielende Monopolrente kann wesentlich höher sein als diese Kosten, oder sie kann umgekehrt wesentlich geringer sein.

Die Aufgabe, den genauen wirtschaftlichen Wert eines Patents zu ermitteln, ist keineswegs einfach.⁵⁰ Dieser Wert ist aber völlig unabhängig von dem Forschungsaufwand für das Patent.

Dies zeigt sich besonders deutlich am Fall *Triple Play Video Poker*. Dies ist ein Patent auf eine bestimmte Spielidee für einen Geldspielautomaten. Nach *Jorasch*⁵¹ wird erwartet, dass die Lizenzeinnahmen aus diesem Patent insgesamt 100 Millionen Dollar übersteigen werden. 100 Millionen Dollar für die Idee, beim Video-Poker Karten nicht einmal, sondern dreimal zu ziehen. Das ist sicher ein Extremfall. Aber das System schließt solche Fehlbewertungen nirgends aus.

Wenn man das Patent als Vertrag des Erfinders mit der Öffentlichkeit versteht, dann ist die Leistung des Erfinders die Ent-

S. 291; allgemein zu TRIPS *Reichman*, The TRIPS Agreement Comes of Age: Conflict or Cooperation with the Developing Countries, Case Western Reserve Journal of International Law 32 (2000), S. 441 ff.

⁴⁹ Ebenso *Benko*, Protecting Intellectual Property Rights, 1987, S. 17.

⁵⁰ Vgl. etwa *Arrow*, Managing IP Financial Assets, in: Berman (Hrsg.), From Ideas to Assets, 2002, S. 111 ff.; *Fine/Palmer*, Patents on Wall Street, in: Berman (Hrsg.) a.a.O., S. 529 ff. *Rings*, Methods for Evaluating IP Assets in View of Legal, Technical, and Business-related Factors, 2002, www.mondaq.com/article.asp?articleid=17534.

⁵¹ *Jorasch*, The Process Laboratory, in: Berman (Hrsg.), From Ideas to Assets, 2002, S. 144 f.

wicklungsarbeit und die Offenbarung der Erfindung, die der Öffentlichkeit die Gewährung einer zeitlich beschränkten Monopolrente. Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass das wirtschaftliche Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung ganz erheblich beeinträchtigt ist. Wie im eben beschriebenen Fall. Die Monopolrente kann um den Faktor tausend über oder um den Faktor tausend unter den Entwicklungskosten liegen. Derartige Verträge mit stark gestörtem Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung versteht das Zivilrecht traditionell als Wucherverträge. Und versieht sie mit dem Verdikt der Nichtigkeit. Die moralische Legitimation des Patentwesens wird durch diese Überlegung weiter erschüttert.

Gates (Gründer von *Microsoft*) hat im Zusammenhang mit Patenten auf eine mögliche Parallele zur Besteuerung hingewiesen.⁵² Er denkt an ein in Zukunft möglicherweise zu schaffendes System, bei dem Monopolrenten für Urheberrechte und Patente vom Verbraucher in Abhängigkeit von dessen wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit zu zahlen sind. Dies ist gegenwärtig das Prinzip des Einkommensteuerrechts. Forschung etwa auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft, z. B. die Forschung an staatlichen Universitäten, wird vom Steuerzahler finanziert. Nicht vom Verbraucher über Monopolrenten. Diese Finanzierung ist insofern gerechter, als sie auch auf die Leistungsfähigkeit des Zahlenden Rücksicht nehmen kann. Ein weiterer Grund zum Zweifel, ob die Monopolrenten durch das Patentsystem wirklich das ideale System für die Finanzierung von Forschung sind.

Als Fazit der allgemeinen Überlegungen zur Legitimation des Patentwesens ergibt sich: Eine radikal technikfeindliche Position ist abzulehnen. Der Menschheit bleibt gar nichts übrig, als den bisherigen

⁵² *Gates*, *The Road Ahead*, 1995, S. 259 f.

Weg einer ständig schnelleren technischen Entwicklung weiter zu verfolgen. Ob aber zu diesem Ziel eine Ausweitung des patentierbaren Bereiches auf immer neue Bereiche ein geeignetes Mittel ist, oder ob nicht umgekehrt eher eine Rücknahme auch in bisher geschützten Bereichen erforderlich ist, lässt sich nach meiner Ansicht schlicht nicht sagen.⁵³

Diese Meinung unterscheidet sich von einer häufig anzutreffenden naiven Patentbegeisterung, nach der sich der Fortschritt der Menschheit an der Anzahl der angemeldeten Patente ablesen lasse und eine energische und entschlossene Ausweitung des Patentwesens auf bisher vernachlässigte Bereiche dringend erforderlich sei.

Besonders deutlich findet sich eine solche einseitig patentinflationäre Position etwa in einem Kommissionsbericht,⁵⁴ der im Juli 2002 für Japan eine Politik "Neuaufbau des Landes durch geistiges Eigentum" (*chiteki zaisan rikkoku*) empfiehlt.⁵⁵ So bemerkt der Bericht, dass Japan infolge hoher Lohnkosten international an Konkurrenzfähigkeit verliert. Zur dauernden Sicherung des derzeitigen Wohlstandes sei daher eine neue Strategie des Landes (*kokka senryaku*) erforderlich. Der Bericht empfiehlt in dieser Situation, auf geistiges Eigentum als

⁵³ Ebenso *Merges*, As Many as Six Impossible Patents Before Breakfast: Property Rights for Business Concepts and Patent System Reform, *Berkeley Technology Law Journal* 14 (1999), S. 580 f; *Benko*, *Protecting Intellectual Property Rights*, 1987, S. 15 ff.

⁵⁴ *Chiteki Zaisan Senryaku Kaigi* (Strategiekommision geistiges Eigentum), www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki/kettei/020703taikou.html.

⁵⁵ Hierzu *Takenaka*, Prime Minister's Science Council Submits Recommendations for Improving Competitiveness Through Intellectual Property, 2002, www.law.washington.edu/casrip/newsletter/newsv9i2jp1.pdf.

Strategie für das 21. Jahrhundert zu setzen. Von diesem grundsätzlichen Ausgangspunkt her fordert die Kommission eine Fülle von konkreten Maßnahmen zur weiteren Stärkung auch des Patentschutzes. Patentinflation als Staatsziel und staatliche Strategie.

Dieser hohe Stellenwert des gewerblichen Rechtsschutzes lässt sich für Japan schon seit längerer Zeit feststellen,⁵⁶ wird aber mit dem Begriff "*rikkoku*" (Neuaufbau des Landes) auf eine neue Ebene gehoben. Auf der anderen Seite gibt es aber auch in Japan Stimmen, die vor einer unbeschränkten Patentinflation warnen.⁵⁷

Patentinflationäre Vorstellungen werden naturgemäß von denen gern vertreten, deren beruflicher Erfolg mit dem Patentwesen eng verbunden ist. Die Verwaltung von Patenten ist eine eigene Branche mit erheblichem Umsatz und entsprechenden Brancheninteressen, die nicht unbedingt auf eine sofortige bedingungslose Abschaffung aller Patentämter gerichtet sind.⁵⁸

⁵⁶ Vgl. *Norichika*, Recent Developments in Patent Law in Japan, in: Hansen (Hrsg.), International Intellectual Property Law & Policy - Volume 7, 2002, Kapitel 19; *Kôda*, Bijinesu moderu tokkyo (Patente auf Geschäftspläne), 2000; *Rahn*, Patentstrategien japanischer Unternehmen, in: Rahn/Scheer, Gewerblicher Rechtsschutz in Japan und Deutschland, 1995, S. 55 ff.

⁵⁷ *Konno*, Kahmahkah tokkyo to sofutouea (Das Karmarkar-Patent und Software), 1995; *Konno*, Tokkyo bijinesu ha doko he iku no ka (Wohin treibt das Geschäft mit Patenten?), 2002; eher kritisch gegenüber einer unbegrenzten Patentinflation auch *Ogasawara*, Hanrei Taimuzu 1097 (2002), S. 62 ff.

⁵⁸ Vgl. *Kahin*, The Expansion of the Patent System, 2001, firstmonday.org/issues/issue6_1/kahin/index.html: "The patent system has expanded with little public scrutiny pushed by the natural self-interest of those who labor within it."

Meine Position ist aber auch keineswegs radikal patentkritisch. Während es bisher nicht möglich ist, den praktischen Nutzen von Patenten zu belegen, ist es umgekehrt auch nicht möglich, klar zu beweisen, dass die mit dem Patentwesen notwendig verbundenen Belastungen aller Art den möglichen Nutzen übersteigen. Meine Ausgangsposition ist skeptisch, aber nicht radikal ablehnend.

Dies ist strategisch insofern von Bedeutung, als die Beteiligten in der Diskussion sich im wesentlichen in zwei Gruppen einteilen lassen. Nämlich in die Gruppe, die tatsächlich Verantwortung für die Gestaltung des gegenwärtigen Systems trägt; zu dieser zählen etwa Politiker und Beamte in Ministerien, die über die gesetzliche Gestaltung des Patentsystems zu befinden haben und hochrangige Richter, die wichtige Entscheidungen über die Anwendung der geltenden Gesetze verantworten müssen. Und in die Gruppe aller anderen; zu dieser zählen Aktivisten, die im Internet patentkritische Äußerungen verbreiten, Patentanwälte und Wissenschaftler, die sich in Aufsätzen oder Gutachten äußern und deren Meinungen insoweit irrelevant sind, als sie über nichts verbindlich zu entscheiden haben.

In der ersten Gruppe ist nach meiner Einschätzung eine im wesentlichen positive Beurteilung des Patentwesens sehr verbreitet. Daher ist es strategisch wichtig, dass die hier vertretene grundsätzliche Position keineswegs radikal patentkritisch ist.

Vielmehr hoffe ich im Ansatz Zustimmung gerade auch von dem Lager zu erhalten, das prinzipiell die Berechtigung des Patentwesens unkritisch bejaht. So etwa aus der großen Gruppe der Patentanwälte. Diese Gruppe wird sich nämlich auch zweimal überlegen müssen, ob eine grenzenlose Ausweitung des Patentschutzes wirklich im eigenen Interesse liegt. Irgendwo muss eine Grenze sein, um die Legitimation

des Patentsystems als solchen nicht zu gefährden.

Die Geschichte zeigt, dass Patentgesetze auch abgeschafft werden können. Oder jedenfalls vor dem Hintergrund einer feindlich gesinnten Öffentlichkeit und Entwicklergemeinschaft eng ausgelegt und angewendet werden können.⁵⁹ Zwar behauptet *Janis* weitgehend zu Recht, es sei heutzutage schwierig, Leute zu finden, die sich für eine Abschaffung des Patentsystems einsetzen.⁶⁰ Dies kann sich aber schnell ändern.⁶¹

Es ist kein Zufall, dass die patentkritischen Stimmen in letzter Zeit zunehmen, sondern eine natürliche Reaktion auf die unkontrollierte Ausweitung des Patentwesens. Man denke etwa an das letzte Buch von *Lessig*.⁶² In diesem Buch⁶³ stellt *Lessig* immerhin noch fest, dass Patente nicht per se böse seien (*patents are not evil per se*). Es sei aber jedenfalls eine regelmäßige empirische Untersuchung erforderlich, ob sich bei wirtschaftlicher Betrachtung der mit dem Patentsystem verbundene Aufwand auch lohne. Insbesondere die am heftigsten

⁵⁹ Vgl. näher *Dreyfuss*, Coming of Age with TRIPS - A Comment on J.H. Reichman, The TRIPS Agreement Comes of Age: Conflict or Cooperation with the Developing Countries?, Case Western Reserve Journal of International Law 33 (2001), S. 181 f.

⁶⁰ *Janis*, Patent Abolitionism, Berkeley Technology Law Journal 17 (2002), S. 900: "Nowadays, it is hard to find any rock-ribbed, dyed-in-the-wool patent abolitionists."

⁶¹ Vgl. auch den Vorschlag eines "nichtexklusiven Patentsystems" von *Leibovitz*, Inventing a Nonexclusive Patent System, Yale Law Journal 111 (2002), S. 2251 ff.

⁶² *Lessig*, The Future of Ideas, 2001.

⁶³ Vgl. auch die Besprechung von *Katyal*, Texas Law Review 80 (2002), S. 1465 ff.

umstrittenen Formen von Patenten - Softwarepatente und Patente auf Geschäftsmethoden - sollten, so *Lessig*, jetzt sofort Gegenstand einer derartigen kritischen Überprüfung werden.⁶⁴

Diese Forderung wird von *Sullivan*⁶⁵ und anderen amerikanischen Autoren unterstützt. *Pollack* behauptet sogar, die Anerkennung von Patenten auf Geschäftsmethoden sei mit der amerikanischen Verfassung nicht vereinbar.⁶⁶ Auch ein Bericht des *National Research Council* zu dem Themenbereich⁶⁷ verlangt eine kritische Überprüfung der Patentierbarkeit von Software in den USA, die ohne öffentliche Diskussion und Gesetzgebung allein von der Rechtsprechung bewirkt worden sei. Und sogar ein ehemaliger Präsident der *Federal Trade Commission* greift diese Bedenken auf, schreibt: "*I tend to agree with those who are skeptical about the advantages of current patent policy*".⁶⁸

Solche Forderungen nach einer grundsätzlichen Überprüfung des Patentwesens,⁶⁹ die auch auf dessen Abschaffung hinauslaufen kön-

⁶⁴ A.a.O. S. 259.

⁶⁵ *Sullivan*, Is Competition Possible in High-Tech Markets?, Case Western Law Review 52 (2001), S. 89 f.

⁶⁶ *Pollack*, The Multiple Unconstitutionality of Business Method Patents, Rutgers Computer and Technology Law Journal 28 (2002), S. 61 ff.

⁶⁷ *National Research Council*, The Digital Dilemma, 2000, S. 192 ff.

⁶⁸ *Pitofsky*, Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy, Berkeley Technology Law Journal 16 (2001), S. 544.

⁶⁹ Vgl. auch *Commission on Intellectual Property Rights*, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, 2002, www.iprcommission.org/graphic/documents/final_report.htm, S. 14 ff.

nen, sind natürlich das letzte, was sich die große Gruppe der Patentanwälte wünscht, zumal ja der Nutzen des bisherigen Systems gerade nicht beweisbar ist.

Das Patentsystem ist erst vor kurzem eingeführt worden. Jedenfalls wenn man in rechtshistorischen Dimensionen denkt. In Deutschland gerade einmal vor 125 Jahren.⁷⁰ Es kann genauso schnell wieder verschwinden, wenn sich herausstellen sollte, dass es für die heutigen Bedingungen für Forschung und Entwicklung nicht geeignet ist.⁷¹ Oder sich die Geeignetheit jedenfalls nicht nachweisen läßt. Wie gesagt, nicht unbedingt eine Frage, die Patentanwälte gerne gestellt sehen.

Das Eigentum an Menschen - die Sklaverei - war für Jahrtausende eine völlig selbstverständliche Vorstellung. Bis es nach heftigem Kampf

sowie *The National Academies Board on Science, Technology and Economic Policy*; Project Summary on Intellectual Property in the Knowledge-Based Economy, 2002, www7.nationalacademies.org/step/STEP_Projects_IPR_Phase_II_Description.html.

⁷⁰ Vgl. etwa *Wesel*, Geschichte des Rechts, 2. Aufl. 2001, Rz. 284; *Osterrieth*, Patentrecht, S. 9 ff; *Beier*, in: Rahn/Scheer (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz in Japan und Deutschland, 1995, S. 42, 44 ff; *The National Academies Board on Science, Technology and Economic Policy*, Project Summary on Intellectual Property in the Knowledge-Based Economy, 2002, www7.nationalacademies.org/step/STEP_Projects_IPR_Phase_II_Description.html, S. 18 ff.

⁷¹ Vgl. z.B. *Barlow*, Selling Wine Without Bottles, 1993, www.eff.org/IP/idea_economy.article: "*Almost everything we think to know about intellectual property is wrong. We are going to have to unlearn it. We are going to have to look at information as though we'd never seen the stuff before.*"

aufgegeben wurde (mit der Ausnahme von Fußballspielern, die auch heute noch Gegenstand von "Kaufverträgen" sein können). In Amerika war die Frage Gegenstand eines Bürgerkrieges. Das Eigentum an Ideen - das Patentwesen - ist im Vergleich zur Geltungsdauer der Sklaverei erst seit kurzer Zeit anerkannt. Ein Bürgerkrieg zu seiner Beseitigung steht derzeit noch nicht auf der Tagesordnung.⁷² Es ist aber gerade aus der Sicht eines Patentanwaltes unklug, durch eine unbegrenzte Ausweitung des Patentwesens die Anzahl der Feinde des Eigentums an Ideen unbeschränkt zu vermehren.

Ein Buch wie das von *Lessig* rüttelt noch nicht an den Grundfesten des Patentwesens, auch wenn es aus der Feder eines sehr bekannten Wissenschaftlers stammt und sich kritisch gegen überzogene Auswüchse des Patentwesens richtet. Eine unkontrollierte Flut derartiger Äußerungen zu provozieren liegt aber sicher nicht im Interesse derer, die das Patentsystem prinzipiell für richtig und erforderlich halten. Daher ist auch von dieser grundsätzlichen Position aus, die von meiner nur graduell abweicht, die Frage gestattet und wichtig:

Wo sind die Grenzen der Patentierbarkeit und was ist konkret gegen deren Überschreitung zu unternehmen? Wie ist der für alle an der Diskussion Beteiligten unerwünschte Eindruck zu vermeiden, dass sich das Patentsystem im Zustand eines unkontrollierten Amoklaufes befindet?

⁷² Wenn auch schon von Krieg im Zusammenhang mit Patenten die Rede war, vgl. *Warshofsky*, *The Patent Wars*, 1994; *Van Dyke*, *E-Wars*, Episode One: The Patent Menace, *Computer Law Review & Technology Journal* 6 (2001), S. 1.

II. Grenzen der Patentierbarkeit im Hinblick auf Software und Internet

Die obigen Überlegungen waren noch eher allgemeiner Art, betrafen das Patentwesen insgesamt. Wie steht es speziell mit der Patentierbarkeit von Computerprogrammen, insbesondere im Zusammenhang mit dem Internet? Dies war für mich überhaupt der Ausgangspunkt, mich mit diesem Problembereich zu beschäftigen.

In dieser Hinsicht sind grundsätzlich zwei Fragestellungen zu unterscheiden. Das eine ist die Argumentation zum geltenden Recht (*de lege lata*). Hier geht es um die Frage, welche Gesetzestexte derzeit in Deutschland und in Europa gelten und wie diese Gesetzestexte zu verstehen sind. Dies ist im wesentlichen eine Frage der Auslegung. Diese Auslegung kann in methodisch korrekter Weise oder in methodisch beliebiger Weise vorgenommen werden.

Die andere Frage ist die rechtspolitische Argumentation (*de lege ferenda*). Dabei geht es dann um die Frage, welche Regelung sachgerecht ist. Die Diskussion dieser Frage ist nicht an besondere Methoden gebunden. Vielmehr kommt es insoweit darauf an, dass die jeweils vertretene Position wirklich sachgerecht ist, dass die dafür angeführten Argumente überzeugend sind und vor allem dass die für die Verwirklichung des vertretenen Standpunktes gewählte Strategie auch Aussicht auf Erfolg verspricht.

Hier werde ich beide Aspekte ansprechen. Zur Auslegung des geltenden Rechts sei an dieser Stelle nur das Ergebnis festgehalten: Sowohl nach Artikel 52 des Europäischen Patentübereinkommens als auch nach § 1 des deutschen Patentgesetzes sind Computerprogramme

umfassend von der Patentierbarkeit ausgeschlossen. Die verschiedenen Ansätze in Literatur und Praxis, sich an diesem Patentierungsverbot vorbeizumogeln, überzeugen nicht. Dies werde ich unten⁷³ näher darlegen und im Moment hier nicht näher vertiefen.

Vielmehr will ich mich hier der zweiten Frage zuwenden, nämlich der rechtspolitischen Frage nach der zweckmäßigen Regelung und der besten Strategie auf dem Weg dahin.

Dies ist insbesondere deshalb von Bedeutung, weil das Patentierungsverbot für Software zwar im Europäischen Patentübereinkommen und im deutschen Patentgesetz verankert ist, in den USA und Japan aber derartige Verbote nicht im Gesetz stehen. In weltweiter Sicht stellt sich daher notwendig die Frage, ob die restriktivere europäische Regelung oder die patentinflationäre amerikanische und japanische Regelung vorzuziehen ist.

Ich neige im Ergebnis dazu, der begrenzenden europäischen Regelung als rechtspolitisches Ziel zuzustimmen. Dafür sind folgende Argumente maßgeblich.

Erstens. Anders als in allen anderen Bereichen der Patentierbarkeit ist Software bereits durch das Urheberrecht geschützt.⁷⁴ Hier gibt es einen weltweiten Konsens: Computerprogramme fallen ebenso unter den Schutz des Urheberrechts wie Bücher oder Filme oder Rockmusik oder Gedichte. Dabei ist allerdings zu beachten, dass ebenso wie zum

⁷³ Anhang II und IV.

⁷⁴ Vgl. *Hofstader*, Ohne Titel, 1994,

www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/arlington/va_hofstader.html: "*Unlike every other industry subject to patents, the software industry is unique in that its products are also subject to copyrights.*"

Beispiel bei Büchern nicht die grundlegende Idee geschützt ist, sondern nur die konkrete Ausführung.

Das Urheberrecht schützt vor einer einfachen Raubkopie. Wer die neueste Version von *Windows* ohne die Zustimmung des Rechteinhabers *Microsoft* kopiert und auf dem Schwarzmarkt verkauft, kann zivilrechtlich auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Weiter ist dies auch strafbar.

Wie weit der Schutzbereich des Urheberrechts für Computerprogramme geht, mag im Einzelfall nicht unproblematisch sein. Jedenfalls ist aber ein Anreiz für die Investition in die Entwicklung von Programmen ebenso wie für die Investition in ein umfangreiches Filmprojekt bereits durch das Urheberrecht gegeben. Das Patentrecht ist daher in diesem Bereich nicht nötig, um einen finanziellen Anreiz zur Entwicklung zu garantieren.

Wenn man sich auf den umgekehrten Standpunkt stellt, dann fragt sich, wieso die Patentierbarkeit von Werken gerade nur auf den Bereich von Software beschränkt werden soll. Warum soll es nicht möglich sein, ein Patent auf eine Idee für ein Buch oder für einen Film anzumelden? Hierfür wäre ein sachlicher Grund erforderlich, um diese Unterscheidung vor dem Gleichheitssatz (Artikel 3 des deutschen Grundgesetzes) zu rechtfertigen. Ein solcher sachlicher Grund ist jedenfalls nicht ohne weiteres ersichtlich.

Und es wäre zu untersuchen und zu begründen, wie ein doppelter Schutz durch Urheberrecht und Patentrecht im Fall von Software vermieden werden kann. Dies ist keine einfache Aufgabe.⁷⁵

⁷⁵ *Eichmann*, GRUR 2000, S. 755.

Zweitens. Jede rechtspolitische Diskussion um die Patentierbarkeit von Software muss sich mit dem Phänomen des offenen Quelltextes beschäftigen. Normalerweise spricht man von *open source*.⁷⁶ Diese neue Form der Produktion von Software liegt etwa dem Betriebssystem *Linux* zugrunde. Ich nenne sie hier kooperative Entwicklung.⁷⁷

Die Besonderheit bei kooperativer Entwicklung im Gegensatz zu den herkömmlichen Methoden ist die Rückkehr zum normalen Modell der wissenschaftlichen Diskussion, wie es etwa in der Rechtswissenschaft noch gepflegt wird. In der Rechtswissenschaft kann sich theoretisch jeder an der Diskussion etwa über die Auslegung von Artikel 52 des Europäischen Patentübereinkommens beteiligen.

Dies gilt in den letzten Jahren verstärkt, weil durch die Entwicklung des Internet niemand mehr auf die Gnade von Zeitschriftenredakteuren angewiesen ist, um eine Äußerung zu veröffentlichen. Das Bemerkenswerte am Modell der Rechtswissenschaft ist in diesem Zusammenhang, dass es keine Begrenzungen durch Urheberrecht und Patentrecht gibt. Wer etwas zur Entwicklung der Diskussion beitragen will, kann das tun, ohne erst eine Patentrecherche durchzuführen oder einen Urheberrechtsinhaber um freundliche Genehmigung zu bitten.

Das gleiche Modell gilt prinzipiell für die kooperative Entwicklung von Software. Während etwa bei der Entwicklung von *Windows* prinzipiell nur Mitarbeiter von *Microsoft* beteiligt sind, kann an der Entwicklung von *Linux* weltweit jeder teilnehmen, der das nötige Interesse und die erforderlichen Fähigkeiten dafür mitbringt.

⁷⁶ Vgl. auch die Erläuterungen bei www.opensource.org.

⁷⁷ Vgl. näher *McJohn*, *The Paradoxes of Free Software*, *George Mason Law Review* 9 (2000), S. 25 ff.

Dies hat verschiedene Vorteile. Einer davon ist die Tatsache, dass kein Unternehmen der Welt, auch nicht *Microsoft*, in der Lage ist *alle* intelligenten Leute in einem Bereich der Softwareentwicklung zu beschäftigen. Vielmehr wird es immer auch Leute mit guten Ideen geben, die zufällig woanders arbeiten.

Das bedeutet, dass bei der herkömmlichen Entwicklung von Software innerhalb eines Unternehmens zwangsläufig viele Außenstehende mit guten Ideen nicht zum Zuge kommen.

Ich bin aus diesen und anderen Gründen (viel bessere Sicherheit von kooperativ entwickelter Software)⁷⁸ der Ansicht, dass das immer wichtigere und erfolgreichere Modell der kooperativen Entwicklung (*open source*) der Förderung bedarf und keineswegs behindert werden sollte.⁷⁹ Dies gilt in Deutschland um so mehr, als die Bedeutung von *open source* hier weltweit überdurchschnittlich ist, was zu Recht als wichtiger Standortvorteil bezeichnet wird.⁸⁰

Patente bedeuten ein Monopol auf eine bestimmte Idee. Jede weitere Entwicklung dieser Idee bedarf der Zustimmung des Patentinhabers. Dies steht im diametralen Gegensatz zum Modell der kooperativen

⁷⁸ Vgl. *Gehring*, "Software Patents" IT Security at Stake, 2002, ig.cs.tu-berlin.de/ap/rg/2001-10/Gehring2001Full-SWPatITSec.pdf; *ders.*, Unsichere Software - Eine systematische Betrachtung, 2001, www.sicherheit-im-internet.de/themes/themes.phtml?ttid=2&tsid=334&tdid=1296&page=0.

⁷⁹ Ebenso *Pilch/Smets*, Software Patentability with Compensatory Regulation: a Cost Evaluation, Upgrade December 2001 (online: www.upgrade-cepis.org/issues/2001/6/up2-6Smets.pdf), S. 27.

⁸⁰ *Gehring*, Patentpolitik als Standortpolitik, 2001, ig.cs.tu-berlin.de/ap/rg/2001-04/index.html.

Entwicklung von Software. Dort kann jeder an der Entwicklung teilnehmen, und niemand muss erst umfangreiche Patentrecherchen vornehmen, ehe er sich entschließt, in einem bestimmten Bereich Entwicklungsarbeit zu investieren.

Es wird daher von vielen Teilnehmern in der Diskussion zu Recht betont, dass die Zulassung von Softwarepatenten geeignet ist, die kooperative Entwicklung zu behindern.⁸¹ Dies ist eine Besonderheit auf dem Gebiet der Softwareentwicklung, die sich in anderen dem Patentrecht zugänglichen Bereichen bisher nicht findet. Und damit ein Argument gegen den Patentschutz in diesem Bereich.⁸² Es ist daher mindestens zu fordern, dass eine eventuelle Zulassung von Softwarepatenten in der Weise geschieht, dass die kooperative Form von Entwicklung nicht gestört wird. Ein Weg dazu ist die gesetzliche Anordnung eines Quelltextprivilegs, wie sie in einem der umfangreicheren Gutachten⁸³ zu der Frage gefordert wurde.⁸⁴

⁸¹ Statt aller *Bakels/Hugenholtz*, The Patentability of Computer Programs, (2002), www.ivir.nl/publications/other/softwarepatent.pdf, S. 26 f. *Pfaffenberger*, The Coming Software Patent Crisis: Can Linux Survive?, www.linuxjournal.com/article.php?sid=5079.

⁸² *Sellnick*, GRUR 2002, S. 126; in die gleiche Richtung bereits 1986 *Newell*, The models are broken, the models are broken!, University of Pittsburgh Law Review 47 (1986), S. 1033 f.

⁸³ Lutterbeck/Horns/Gehring, Sicherheit in der Informationstechnologie und Patentschutz für Software-Produkte - Ein Widerspruch?, 2000, www.sicherheit-im-internet.de/download/Kurzgutachten-Softwarepatente.pdf; ebenso auch *Pilch/Smets*, Software Patentability with Compensatory Regulation: a Cost Evaluation, Upgrade December 2001, S. 29 (online www.upgrade-cepis.org/issues/2001/6/up2-6Smets.pdf).

⁸⁴ In die gleiche Richtung für das amerikanische Recht *Lin/Sag/Laurie*,

Drittens ist die Entwicklung des Internet selbst ein deutliches Beispiel für den Erfolg technischer Entwicklung ohne Patente.⁸⁵ Das Internet ist eine der wichtigsten technischen Entwicklungen in der Geschichte der Menschheit. Es ist aber nicht das Ergebnis von patentierten Entwicklungen.⁸⁶ Vielmehr beruht es prinzipiell auf einer kooperativen Betrachtungsweise.⁸⁷ Die wesentlichen Standards, etwa der Html-Standard (*Hypertext Markup Language*), der dem WWW zugrundeliegt, sind offen in dem Sinne, dass jeder sie völlig frei verwenden kann, ohne erst einen Rechteinhaber um Genehmigung bitten zu müssen.⁸⁸ Die Entwicklung des Internet selbst ist auch ohne Patente sehr schnell verlaufen.

Source Code Versus Object Code, Santa Clara Computer and High Technology Law Journal 18 (2002), S. 235 ff; auch schon *Lemley/Volokh*, Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases, Duke Law Journal 48 (1998), S. 236 f., vor dem Hintergrund, dass Quelltext dem verfassungsrechtlichen Schutz des Grundrechtes auf Meinungsfreiheit gegenüber patentrechtlichen Behinderungen unterliegt; kritisch dagegen *Burk*, Patenting Speech, Texas Law Review 79 (2000), S. 145 ff.

⁸⁵ Ebenso *Sietmann*, Wettbewerb im Gerichtssaal, 2001, www.heise.de/ct/01/17/170/.

⁸⁶ *Lessig*, The Problem with Patents, 1999, www.thestandard.com/article/display/0,1151,4296,00.html: "*And with very little promise of protection by government, lots was done. The Internet revolution was born long before lawyers arrived on the scene.*"

⁸⁷ Vgl. auch *Gladstone*, Why Patenting Information Technology and Business Methods is not Sound Policy, Hamline Law Review 25 (2002), S. 232: "*HTML and the Web have spurred the greatest growth our economy has seen, attacking the idea of property rights as incentives to innovation.*"

⁸⁸ Vgl. *Berners-Lee*, Weaving the Web, 1999, S. 72 ff.

Viertens hat eine prinzipielle Anerkennung der Patentierbarkeit von Software unabsehbare Sprengkraft. Computer werden in allen Bereichen der Wissenschaft, in allen Bereichen des Geschäftslebens, in allen Bereichen der Gesellschaft in erheblichem Umfang eingesetzt. Daher kann eine weite Betrachtung in diesem Punkt dazu führen, dass in Zukunft jegliche Beschränkung des Patentwesens auf bestimmte Gebiete schon allein deshalb entfällt, weil im Zusammenhang mit der betreffenden Idee auch Computer benutzt werden.⁸⁹ Dies führt dann zu Patenten auf Geschäftsmethoden, wie sie in den USA in sehr zweifelhafter Weise⁹⁰ anerkannt werden.

Dabei ist nicht nur das bekannte Beispiel des sogenannten 1-click Patentes⁹¹ zu nennen, aber dieses ist immerhin ein besonders klarer Fall. Mit diesem Patent will die Firma *Amazon*, die über das Internet unter anderem Bücher vertreibt, sich die Idee schützen lassen, eine Bestellung eines Buches mit einem einzigen Mausklick abzuwickeln.⁹²

⁸⁹ Vgl. *Kerr*, Are We Overprotecting Code?, *Washington & Lee Law Review* 57 (2000), S. 1296: "*Awarding patents to computer programs simply because the run on "machines" means that almost every aspect of life in cyberspace can be patentable subject matter.*" Weiter auch *Ohly*, CR 2001, S. 816 ff., der von einem Softwarepatente prinzipiell bejahenden Standpunkt aus versucht, diese Konsequenz zu vermeiden.

⁹⁰ Vgl. auch die Kritik von *Quinn*, Patent Misuse Revisited, *William Mitchell Law Review* 28 (2002), S. 984 ff.

⁹¹ US patent 5,960,411, Hartman, Peri; Bezos, Jeffrey P.; Kaphan, Shel; Spiegel, Joel, Method and system for placing a purchase order via a communications network, zu finden über die Seite des amerikanischen Patentamtes www.uspto.gov/patft/index.html. Vgl. hierzu auch die Erläuterung von *Hanchuk*, How to "Read" a Patent, in: Berman (Hrsg.), *From Ideas to Assets*, 2002, 27 ff.

⁹² Zur Behandlung des Falles durch die amerikanischen Gerichte vgl.

Damit sollte das Problem gelöst werden, dass häufig Kunden sich für ein bestimmtes Buch interessierten, dann aber die Bestellung doch noch abgebrochen hatten, weil die Angabe der erforderlichen Daten wie Adresse und Kreditkartennummer dem betreffenden Kunden zu lästig war. Das Mittel dazu, nämlich diese Daten bei einer ersten Bestellung zu speichern und dann für die zweite und alle folgenden Bestellungen wiederzuverwenden, ist naheliegend. Daher hätte der Antrag auf dieses Patent schon wegen der Offensichtlichkeit der vorgeschlagenen Lösung abgelehnt werden müssen.

Dies ist aber für mich im vorliegenden Zusammenhang nicht entscheidend. Entscheidend ist die Tatsache, dass dieses Patent die konkrete Gestaltung des Ablaufes einer Buchbestellung betrifft, also eine Geschäftsmethode. Dies ist nur deshalb möglich, weil zur Durchführung der Bestellung das Internet und Computer verwendet wurden. Oder umgekehrt formuliert, da in Zukunft kaum ein Bereich mehr übrig bleibt, der nicht in irgendeiner Weise von Computern und Internet betroffen wird, kann eine großzügige Ausweitung in diesem Bereich zu einer absolut grenzenlosen Patentierbarkeit führen.⁹³

Der (damalige) Präsident des amerikanischen Patentamts *Dickinson*

statt aller *Mota*, Internet Business Method Patents - The Federal Circuit Vacates the Preliminary Injunction in Amazon.com vs. Barnesandnoble.com, The John Marshall Journal of Computer & Information Law 19 (2001), S. 523 ff; *Landis*, Amazon.com, North Carolina Journal of Law & Technology 2 (2001), S. 1 ff.

⁹³ Allerdings sind Berichte, wonach *Microsoft* die Verwendung des binären Systems (die Zahlen null und eins) patentiert haben soll, wohl derzeit noch nicht als fundiert zu verstehen, vgl. *Ohne Verfasser*, Microsoft Patents Ones, Zeroes, 1998, <http://www.theonion.com/onion3311/microsoftpatents.html>.

versucht dies wie folgt zu rechtfertigen. Er sagt:⁹⁴ "*Would the people who oppose patenting a method of shopping on the Internet also have opposed, a century ago, a patent on a cash register, since it is just a way of using a machine to do a well known activity - adding purchase prices?*" Die Antwort darauf ist einfach. Die Registrierkasse ist eine neue Maschine, die für den Zweck neu erfunden wurde. Das Internet nicht. Der Vergleich ist daher offenbar schief.

Dickinson fährt dann fort:⁹⁵ "*If we have no empirical evidence to show that patents retard progress in a particular field of endeavor, then shouldn't the presumption, as a matter of policy, be in favor of providing patent protection?*" Das Gegenteil ist richtig. Die Beweislast liegt bei denjenigen, die eine neue Massenproduktion von Monopolen in einem bisher vom Patentsystem verschont gebliebenen Bereich fordern. Diese müssen begründen, dass die damit verbundenen Nachteile die Kosten überwiegen. Mit der Philosophie von *Dickinson* dagegen lassen sich umgekehrt überhaupt keine Grenzen mehr für den Bereich patentierbarer Gegenstände mehr halten.

Zwei andere Beispiele für amerikanische Patente ohne Grenzen seien noch angeführt. Das eine ist die Patentierung des Verfahrens, das in der deutschen Sprache seit langem als "Ausschreibung" bekannt ist. Das andere ist die Patentierung der bemerkenswerten Idee, Gold als Zahlungsmittel zu verwenden.

Zunächst zu dem ersten Fall. Die Firma *Priceline*⁹⁶ arbeitet mit

⁹⁴ *Dickinson*, E-Commerce, Business Method Patents, and the USPTO An Old Debate for a New Economy, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* 19 (2001), S. 397 f.

⁹⁵ A. a. O. S. 398.

⁹⁶ Vgl. www.priceline.com.

folgendem Geschäftsmodell. Für bestimmte Waren oder Dienstleistungen, etwa die Beförderung in einem Flugzeug, werden Ausschreibungen über das Internet veranstaltet. Der Kunde gibt ein Flugziel und einen Höchstpreis an, den er zu zahlen bereit ist. Fluglinien bieten gegeneinander, um noch verbleibende Plätze an derartige Kunden zu günstigen Preisen zu verkaufen.⁹⁷

Dies ist eine umgekehrte Versteigerung, eine Versteigerung, bei der die Preise immer weiter fallen, bis jeder Platz verkauft ist. Weder das Konzept der Versteigerung noch das der umgekehrten Versteigerung (Ausschreibung) ist in irgendeiner Weise neu. Dennoch muss jetzt jeder, der die neue Technik Computer und Internet für ein derartiges Verfahren einsetzen will, sich mit der Reichweite des Patentes⁹⁸ beschäftigen, das der Firma *Priceline* in diesem Bereich erteilt wurde. Nach einem Aufwand von 2,5 Millionen Dollar an Gebühren von Patentanwälten, 250 Mal mehr als bei durchschnittlichen Patenten.⁹⁹

Der zweite Fall betrifft ein Patent,¹⁰⁰ das der Firma *Goldmoney*

⁹⁷ Zu den Hintergründen von Priceline vgl. *Reilly*, Priceline.com founder goes on the rebound, 2001, www.redherring.com/insider/2001/0716/1810019781.html; *Cassidy*, dot.con, 2002, S. 2 ff., 214 ff.

⁹⁸ US patent 5,835,896, Fisher, Alan S.; Kaplan, Samuel Jerrold, Method and system for processing and transmitting electronic auction information; US patent 5,794,207, Walker, Jay S.; Schneier, Bruce; Jorasch, James A., Method and apparatus for a cryptographically assisted commercial network system designed to facilitate buyer-driven conditional purchase offers.

⁹⁹ *Rivette/Kline*, Rembrandts in the Attic, 2000, S. 174.

¹⁰⁰ US patent 5,671,364, Turk, James, Method and system for commodity-based currency for payment of accounts and elimination of

erteilt wurde. Zur Erklärung ist ein kurzer Blick auf die Geschichte der Zahlungsmittel erforderlich. Bis vor wenigen hundert Jahren waren Zahlungsmittel überwiegend durch ihren tatsächlichen Wert gesichert. Eine Goldmünze hatte einen bestimmten Wert nicht nur deshalb, weil eine Regierung diese Münze als gesetzliches Zahlungsmittel anerkennt, sondern auch, weil Gold knapp ist und notfalls der Besitzer einer Goldmünze diese einschmelzen und zu wertvollem Schmuck verarbeiten kann.

Dagegen sind heute verwendete Zahlungsmittel wie Geldscheine nicht durch einen eigenen Wert gesichert. Ohne die Anerkennung als gesetzliches Zahlungsmittel hat eine Banknote keinerlei wirtschaftlichen Wert.

Die Idee, die dem Patent von *Goldmoney* zugrundeliegt, ist nun, über ein Zahlungssystem unter Verwendung des Internet auf eine goldgestützte Währung zurückzugehen. Dies ist historisch gesehen keine neue Idee, so dass auch hier wieder sehr fraglich ist, ob die für die Anerkennung einer Erfindung erforderliche Neuheit zu bejahen ist.

Auch hier ist aber der entscheidende Punkt weniger, ob die Erteilung dieses Patentbeschlusses die richtige Entscheidung des Einzelfalles durch das amerikanische Patentamt gewesen ist oder nicht.¹⁰¹ Vielmehr führe ich

payment risk.

¹⁰¹ *Aharonian* schätzt, dass mindestens 25 Prozent aller in Amerika erteilten Softwarepatente nicht hätten erteilt werden dürfen, vgl. *Aharonian*, Software patent statistics for 1994 software patents, 1994, www.eff.org/IP/1094_softpatent.stats. Vgl. auch *Quinn*, Patent Misuse Revisited, *William Mitchell Law Review* 28 (2002), S. 956: "*Most of these patents are a little bit software patent, a little bit business method patent, and likely invalid.*"

diesen Fall auch wieder nur an, um zu zeigen, wie weit die Auswirkungen des Patentsystems gehen können, wenn man prinzipiell alles als patentierbar anerkennen will, was irgendwie mit Computern oder Internet verwirklicht wird.

Bis zur Patentierung von rechtswissenschaftlichen Theorien ist es dann auch nur noch ein kleiner Schritt.

Eine derartige grenzenlose Patentinflation ist auch keineswegs im Interesse der großen Gruppe von Teilnehmern an der Diskussion, die prinzipiell das Patentsystem bejahen und zur Förderung der technischen Entwicklung für geeignet halten (mein eigener Standpunkt ist, wie oben näher begründet, in dieser Hinsicht rein agnostisch).

Diejenigen nämlich, die an den Umgang mit Patenten nicht gewohnt sind und bisher auch nicht gewohnt sein mussten, werden bei einer Ausweitung der Patentierbarkeit auf den von ihnen bearbeiteten Bereich häufig die Frage aufwerfen, wie diese Ausweitung eigentlich legitimiert ist. Dies kann dann zu der Frage führen, wie das Patentsystem insgesamt legitimiert ist. Da es auf diese Frage keine fundierte Antwort gibt, ist der gegenwärtige Bestand des Patentwesens nur dann zu retten, wenn der Frage soweit als möglich aus dem Weg gegangen wird. Gerade im Zusammenhang mit Softwarepatenten taucht die Frage aber nunmehr auf wie noch nie zuvor.¹⁰²

¹⁰² *Howard*, Software Protection in Europe - Developments with Regard to the European Union, in: Hansen (Hrsg.), International Intellectual Property Law & Policy - Volume 7, Kapitel 21-2: "Indeed the entire foundation of patent system namely that patents stimulate innovation and are therefore basically good for society has been called into question like never before"; *Horns*, Some Observations on the Controversy on "Software Patents", 2000,

Eine Strategie der aggressiven Ausweitung ("*power grab*")¹⁰³ kann leicht nach hinten losgehen, eine unbegrenzte Patentinflation bedeutet gleichzeitig eine unbegrenzte Vermehrung der Gegner - und im Einzelfall der Feinde - des Patentsystems. Daher ist eine Begrenzung des patentierbaren Bereiches auch und gerade vom prinzipiell patentbejahenden Standpunkt her erforderlich.¹⁰⁴

Die geballte Sprengkraft und Heftigkeit der Kritik etwa aus dem Lager der Befürworter von *open source* wird manchen überraschen, der es gewohnt ist, das Patentsystem schon deshalb als naturgegeben anzusehen, weil es seit über hundert Jahren schon immer so gewesen ist.

Wer die Strategie der unbegrenzten Patentinflation empfiehlt, möge sich nicht wundern, wenn ein außerordentlich unfreundliches Echo von vielen Betroffenen hierzu erschallt,¹⁰⁵ und möge sich beizeiten auf

www.ipjur.com/episwpat.php3: "The big threat to come", "it would not be very surprising if we would see an emerging general patent debate in this decennium". Vgl. auch *Metzger*; CR 2001, 645: "Nach der Studie haben sich 91 % der Eingaben gegen eine Ausweitung der bestehenden Patentpraxis für computerimplementierte Erfindungen ausgesprochen."

¹⁰³ *Thomas*, Post-Industrial Patents and Personal Liberties, in: Hansen (Hrsg.), International Intellectual Property Law & Policy, Volume 7, 2002, Kapitel 13-3: "The patent community appears to be engaged in some sort of Foucaultian power grab"

¹⁰⁴ Vgl. auch *Gleick*, Patently Absurd, 2000, www.around.com/patent.html: "Now, however, during the short span of the Internet revolution, the patent system has begun to disintegrate by growing out of control."

¹⁰⁵ *Marti*, Open Letter to Mr. Charles J. Roesslein, CEO, Prodigy, (2000), www.linuxjournal.com/article.php?sid=5094: "*protection racket*",

diesen Sturm der Entrüstung einstellen. Auf eine Beschimpfung etwa als "Parasit"¹⁰⁶, als "Mafia"¹⁰⁷ oder Buh-Rufe und höhnisches Gelächter¹⁰⁸. Die Wertung, die zunehmende Stärkung des Patentrechtes für Erfindungen im Softwarebereich "löse in Kreisen der Open-Source-Gemeinde eher ablehnende Reaktionen aus",¹⁰⁹ ist damit ein

"parasites", "bastards"; *Marti*, Good-Bye Bandits, Hello Security, (2000), www.linuxjournal.com/article.php?sid=4254: "bandits", "ripoff"; *Pfaffenberger*, Internet Patents, Giving Away the Store, (1999), www.linuxjournal.com/article.php?sid=5074: "most absurd", "deeply offensive"; *Stallman*, The Danger of Software Patents, 2001, 203.197.150.179/rms/trans_6.html: "extortion", "to hell with them", "gang warfare"; *Smets*, Software Useright, 1999, www.smets.com/it/policy/useright/useright.pdf, S. 8: "legal terrorism"; *Berst*, How Patent Attorneys Are Stealing Our Future, 2000, www.zdnet.com/anchordesk/story/story_4364.html: "sneaky way to do business".

¹⁰⁶ Vgl. *Perens*, Software Patents vs. Free Software, 2001, perens.com/Articles/Patents.html: "patent parasite"; *Marti*, Open Letter to Mr. Charles J. Roesslein, CEO, Prodigy, (2000), www.linuxjournal.com/article.php?sid=5094: "protection racket", "parasites", "bastards"; *Pfaffenberger*, The Coming Software Patent Crisis: Can Linux Survive?, www.linuxjournal.com/article.php?sid=5079: "particularly odious species of parasites".

¹⁰⁷ *Lessig*, bei *Gleick*, Patently Absurd, 2000, www.around.com/patent.html: "these little mafia patent holders"; *Konno*, Tokkyo bijinesu ha doko he iku no ka (Wohin treibt das Geschäft mit Patenten), 2002, S. 153: "tokkyo mafia" (Patentmafia). Vgl. auch *Quinn*, Patent Misuse Revisited, William Mitchell Law Review 28 (2002), S. 955 ff: "Legalized licensing extortion".

¹⁰⁸ Vgl. *Rivette/Kline*, Rembrandts in the Attic, 2000, S. 41.

¹⁰⁹ *Esslinger/Betten*, CR 2000, S. 21.

gewisses *Understatement*. Früher war auch für die Verteidigung gegen Patentansprüche nur ein seriöser Kollege tätig, von dem Worte wie "Parasit" nicht zu erwarten waren. Die Zeiten ändern sich.

III. Konkrete Maßnahmen gegen die Patentinflation: Ausgangspunkt und Überblick

Den Schwerpunkt der folgenden Überlegungen richte ich auf Maßnahmen, die keine Tätigkeit des Gesetzgebers erfordern. Zwar habe ich bestimmte rechtspolitische Vorstellungen, die ich oben mit den dafür maßgeblichen Gründen erläutert habe. Dies ist auch in Europa an sich geltendes Recht, auch wenn sich die Praxis nicht an dieses geltende Recht hält, wie weiter unten zu zeigen sein wird. In einem weltweiten Maßstab ist es jedoch eine Minderheitsposition.

Insbesondere in den USA¹¹⁰ und in Japan¹¹¹ ist die Patentinflation frei von lästigen gesetzlichen Schranken im Bereich von Software unbeschränkt fortgeschritten. Dies lässt sich möglicherweise ändern, dazu wäre aber eine gesetzliche Neuregelung in den USA¹¹² und in Japan erforderlich. Ob es zu einer solchen Reform irgendwann einmal kommen wird, ist schwer abzusehen. Immerhin wächst die Kritik an

¹¹⁰ Vgl. ausführlich in deutscher Sprache *Maier/Mattson*, GRUR 2001, S. 677 ff.

¹¹¹ *Sugiyama*, *Sofutoeah no chosakuken, tokkyoken* (Urheberrechte und Patentrechte an Software), 1999; *Blind/Edler/Nack/Straus*, *Mikro- und makroökonomische Implikationen der Patentierbarkeit von Softwareinnovationen*, 2001, www.bmwi.de/Homepage/Presseforum/Pressemitteilungen/2001/1B15prm2.jsp, S. 211 ff.

¹¹² Eine solche fordert *Moy*, *A Case Against Software Patents*, Santa

der Patentinflation und vor allem an der Ausweitung des Patentrechts auf den Bereich von Software auch international.¹¹³

Dennoch ist das Anliegen, ab morgen weltweit die Patentierbarkeit von Software insgesamt abzuschaffen, nicht unbedingt realistisch. Dabei darf auch nicht vergessen werden, dass starke etablierte Kräfte die entgegengesetzte Position vertreten.¹¹⁴ Mindestens für eine Übergangszeit ist daher noch davon auszugehen, dass Softwarepatente entweder zulässig sind, wie in den USA und Japan, oder die gesetzlichen Verbote in der Praxis nicht beachtet werden, wie in Europa und Deutschland. Es kommt daher vor allem darauf an, welche Wirkungen Softwarepatente im einzelnen haben¹¹⁵ und wie diese Wirkungen begrenzt werden können.

Die hier entwickelten Gegenstrategien sollen bezwecken, selbst unter diesen eher ungünstigen Ausgangsbedingungen jedenfalls die stärksten Auswüchse der Patentinflation wirkungsvoll zu bekämpfen. Und

Clara Computer and High Technology Law Journal 17 (2000), S. 67 ff.

¹¹³ Für Amerika vgl. statt aller *League for Programming Freedom*, Against Software Patents, 1991,

lpf.ai.mit.edu/Patents/against-software-patents.html; *Lessig*, The Future of Ideas, 2001, S. 207 ff; für Japan *Konno*, Tokkyo bijinesu ha doko he iku no ka (Wohin treibt das Geschäft mit Patenten?), 2002.

¹¹⁴ Vgl. *Esslinger/Betten*, CR 2000, S. 22: "Seit dieser Zeit wird praktisch "auf allen Kanälen" daran gearbeitet, einen Weg zu finden, wie der irreführende Ausschluss von "Computerprogrammen als solchen" aus den europäischen Patentgesetzen entfernt werden kann."

¹¹⁵ Vgl. *Cohen/Lemley*, Patent Scope and Innovation in the Software Industry, California Law Review 89 (Januar 2001), S. 1: "The more pressing questions now concern the scope to be accorded software patents." Dieser Satz findet sich auch in der Zusammenfassung unter www.law.berkeley.edu/journals/clr/library/cohen-lemley01.html.

zwar weltweit.¹¹⁶ Es geht nicht nur darum "Europa zu retten".¹¹⁷ Dabei wird wiederum der Schwerpunkt auf rechtlichen Überlegungen liegen, die überwiegend prozessrechtlicher Art sein werden.

Hier ist nicht der Platz, meine eigene Auffassung vom Wesen des Rechts auszubreiten.¹¹⁸ Sie sei aber doch kurz angedeutet und an einem Beispiel aus einem ganz anderen Bereich erläutert.

Ein Recht ist nur so viel wert wie die Möglichkeit seiner Durchsetzung. Wenn es etwa in einem Land keine funktionierende Justiz gibt, kann man guten Gewissens nicht empfehlen, in diesem Land Geld für den Erwerb von Patenten auszugeben.

Denn wenn eine Verletzungsklage kaum möglich ist, bleibt das Recht aus dem Patent ohne Sanktion, ohne Zähne, ohne praktische Wirkung. Es eignet sich dann natürlich immer noch dazu, in einem schönen goldenen Rahmen über dem Schreibtisch eines Mitarbeiters in der Forschungsabteilung aufgehängt zu werden. Dann kann es nach neueren Erkenntnissen eines amerikanischen Autors sogar eine durchschlagende vorbeugende Wirkung gegen Walross-Angriffe entfalten.¹¹⁹

Dies bedeutet: Ein Recht und die Möglichkeit seiner Durchsetzung

¹¹⁶ Interessant in diesem Zusammenhang die Forderung von *Lemley*, die Position des Beklagten in Patentsachen durch "neue Waffen" zu stärken. Eben dies ist mein Anliegen. Vgl. *Lemley*, *Reconceiving Patents in the Age of Venture Capital*, *The Journal of Small and Emerging Business Law* 4 (2000), S. 146: "*Third, we might consider giving patent defendants a weapon with which to fight back.*"

¹¹⁷ *Stallman*, *Saving Europe from Software Patents*, www.linuxtoday.com/stories/5960.html (1999).

¹¹⁸ Vgl. hierzu ausführlich *Lenz*, *Zukünftiges Recht*, 2002.

¹¹⁹ *Lancaster*, *Busting a \$ 650 Patent*, www.tinaja.com/glib/bustpat.pdf.

im Prozess sind immer eng miteinander verknüpft. Die Frage etwa nach der praktischen Wirkung von Softwarepatenten muss immer auch auf die Rechtsfolgenreise gerichtet werden.

Nämlich auf die Frage, welcher Richter in welchem Verfahren mit welcher Kostenverteilung über die grundsätzliche Wirksamkeit eines Patentes und über die konkrete Verbotswirkung gegenüber einem bestimmten Konkurrenzprojekt entscheiden wird.

Wie angekündigt, nun ein Beispiel aus einem ganz anderen Bereich. Im japanischen Strafrecht findet sich eine bestimmte Regel, die ein absolut lebenswichtiges Interesse einer außerordentlich großen Gruppe Betroffener schützen soll. Eingriffe in dieses Rechtsgut sollen nur unter sehr stark begrenzenden Bedingungen möglich sein. Das ist nur selbstverständlich, da das Interesse, um das es in dem Fall geht, einen außerordentlich hohen Rang hat.

Nur haben die Betroffenen einen strategischen Nachteil, der sich aus der Natur der Sache ergibt. Sie sind aus bestimmten Gründen absolut unfähig, ihr "Recht" gerichtlich geltend zu machen.

Die logische Folge aus dieser Situation ist, dass es Verletzungen dieses Rechts in hunderttausenden von Fällen gibt, aber kein einziges gerichtliches Verfahren, in dem die Rechtsverletzung mit einer Sanktion versehen oder gar von vornherein verhindert wird.

Ich spreche hier, um die abstrakte Schilderung aufzugeben, vom Recht der Abtreibung in Japan. Diese ist in Japan vom Strafrecht verboten, von einem Sondergesetz aber unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen.

Das spricht in etwa der in der Bundesrepublik vor der Wiedervereinigung geltenden Konzeption, für einen "Schwangerschaftsabbruch"

eine *Indikation* zu verlangen, also einen guten Grund.

Mein Horoskop für diesen Monat ist ungünstig, das war keine Indikation. Die Schwangerschaft beruht auf einer Vergewaltigung, das war eine Indikation.

Das japanische Recht ist heute ähnlich, es verlangt einen guten Grund für den Abbruch, der immerhin das Leben des ungeborenen Kindes beendet und damit ein außerordentlich wichtiges Interesse dieses Kindes verletzt. Die anerkannten Gründe sind im Gesetz aufgezählt und sehr restriktiv gestaltet.¹²⁰

Zurück zum Patentrecht! Der hier entscheidende Punkt in dem Beispiel oben ist die Tatsache, dass ein abgetriebenes Kind nach der Natur der Sache nicht in der Lage ist, den Eingriff in sein Recht auf Leben gerichtlich anzufechten. Wer tot ist, kann keine Klage erheben.

Daher spielt es in der Praxis keine Rolle, ob die sehr einschränkenden Voraussetzungen nach dem japanischen Sondergesetz gegeben sind oder nicht, weil es eben gar nicht erst zu einem Gerichtsverfahren kommen kann, in dem über eine solche Frage zu befinden wäre.

Ebenso spielt es letztlich keine Rolle, ob ein Patent für eine bestimmte Idee im Bereich von Software vom Patentamt erteilt wurde oder nicht, *wenn der Patentinhaber aus irgendwelchen Gründen gehindert ist, aus diesem Patent zu klagen.*

So ist die Anzahl der in Japan angemeldeten Patente sehr hoch. Die Anzahl der Patentverletzungsklagen dagegen verschwindend gering.

¹²⁰ Ausführlicher zu diesem Beispiel *Lenz*, in: Arnold, Hans - Jörg u.a. (Hrsg.), *Grenzüberschreitungen*, 1996, S. 341 - 358.

Die von *Einsel* mitgeteilten¹²¹ Zahlen für 1992 von 371.894 Patentanmeldungen und 19 (!) Urteilen des Landgericht Tokyo in Patent-sachen ergeben eine Relation von deutlich mehr als zehntausend angemeldeten Patenten pro Verletzungsklage.

Der Grund für diese geringe Prozessrate liegt nach *Einsel* in den hohen Kosten. Wer ein Verfahren einleite, habe sich auf einen mehr-jährigen Prozess einzustellen, der mit Sicherheit für jede Instanz über 100.000 DM koste. Diese Kosten habe der Kläger selbst dann endgültig zu tragen, wenn er den Prozess gewinne.¹²² Derartige hohe Kostenrisiken können den Rechtsschutz aus Patenten illusorisch machen. Sie bedeuten damit eine automatische Begrenzung der aus inflationärer Patenterteilung entstehenden Schäden.

Zusammengefasst ist nach meinem grundsätzlichen Standpunkt nicht nur zu fragen, ob ein Patent auf eine bestimmte Idee erteilt wurde oder nicht. Vielmehr ist vor allem auch zu fragen, wie ein bereits erteiltes Patent vor dem Hintergrund des Prozessrechts und der gesamten Interessenlage aller beteiligten Parteien in der Praxis tatsächlich wirkt.

Und auf den Umfang dieser Wirkung, die immer von Patent zu Patent unterschiedlich ausfallen wird, können die im folgenden im einzelnen zu diskutierenden Maßnahmen einen begrenzenden Einfluss ausüben.

Die hier vorzuschlagende und zu diskutierende Strategie zielt - in einem militärischen Bild gesprochen - nicht auf die völlige Vernichtung

¹²¹ *Einsel*, in: Rahn/Scheer (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz in Deutschland und Japan, 1995, S. 75 (97).

¹²² *Einsel* a. a. O. 98.

des Feindes Softwarepatente. Vielmehr zielt sie darauf, den Feind zu schwächen und damit die schädlichen Auswirkungen der Patentinflation in diesem Bereich auf ein vertretbares Maß zurückzuführen.

Dies ist zum einen ein realistischeres Ziel, weil es keine gesetzgeberischen Maßnahmen voraussetzt, und zum anderen eine Fragestellung, die auch für die Gegenposition unvermeidbar ist. In jedem Patentverletzungsprozess gibt es einen Beklagten. Auch wer anders als die agnostische Position hier in einem unbeschränkten Ausbau des Patentsystems die richtige Richtung sieht, wird den unten aufgeworfenen Fragen und strategischen Überlegungen nicht aus dem Weg gehen können. Denn diese Frage stellt sich mit umgekehrten Vorzeichen auch für die Gegenmeinung. So sagt etwa *Beier*völlig zu Recht: "Was hilft das schönste Patent, wenn man es weitgehend risikofrei verletzen kann?"¹²³

Stallman hat als eine mögliche Lösung empfohlen, eine Klage aus Softwarepatenten auszuschließen.¹²⁴ Eben dies ist das Ziel meiner Überlegungen. Und zwar ohne auf den Gesetzgeber zu warten, der von der Gegenseite beherrscht wird.

Auch der Vorschlag von *Quinn*,¹²⁵ den Einwand des Rechtsmißbrauches anzuerkennen, wenn jemand ein Patent geltend macht, ohne

¹²³ *Beier*, in: Rahn/Scheer (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz in Deutschland und Japan, 1995, S. 42 (54).

¹²⁴ *Stallman*, Software Patents - Obstacles to Software Innovation, 25.3.2002, swpat.ffi.org/papers/rms-cam020325/index.en.html, Punkt 7; *Kelly*, An Interview with Richard Stallman, 2000, www.linuxworld.com/linuxworld/lw-2000-03/lw-03-rms.html?4-4.

¹²⁵ *Quinn*, Patent Misuse Revisited, *William Mitchell Law Review* 28 (2002), S. 996 ff.

eine vorherige eigene Recherche nach dem Stand der Technik durchzuführen, steht dem hier gewählten Ansatz nahe.

Für jede prozessrechtlich orientierte Betrachtung ist der Ausgangspunkt die Feststellung, welche Parteien an einem Konflikt beteiligt sind. Bereits diese Frage wirft im Zusammenhang mit dem Patentsystem einige wichtige Besonderheiten auf, die es in den folgenden Zeilen bewusst zu machen gilt.

Verfahren im Zusammenhang mit Patenten können im wesentlichen in zwei Bereiche aufgeteilt werden, die notwendig zeitlich aufeinander folgen müssen.

Der erste Bereich ist das Verfahren, in dem darüber entschieden wird, ob ein Patent überhaupt erteilt werden soll. An diesem Verfahren sind normalerweise das Patentamt auf der einen Seite und der Anmelder einer Erfindung auf der anderen Seite beteiligt. Es ist ein *Verwaltungsverfahren*.

Das bedeutet: auf der einen Seite stehen die Interessen des Anmelders, einen möglichst weitgehenden Schutz zu erhalten. Auf der anderen Seite stehen die Interessen der Allgemeinheit, von der Erteilung unberechtigter Patente ganz verschont zu bleiben und bei der Erteilung berechtigter Patente den Schutzzumfang nicht weiter als nach dem Patentrecht zulässig anzuerkennen.

In diesem Stadium des Verfahrens geht es also um einen Interessenkonflikt zwischen einem einzelnen Anmelder und der Allgemeinheit, einen Konflikt einer gegen alle.

Die große Mehrheit der Patente betreffenden Verfahren kommt über dieses Stadium nicht hinaus. Gegenüber der Anzahl der beantragten oder auch nur der erteilten Patente ist die Anzahl der Klagen aus

einem Patent nur ein kleiner Bruchteil.

Die Besonderheit dieses Verwaltungsverfahrens ist weiter, dass Rechtsmittel gegen ablehnende Entscheidungen des Patentamtes in Deutschland nicht von den normalerweise zuständigen Verwaltungsgerichten behandelt werden, sondern vom Bundespatentgericht und in letzter Instanz vom Bundesgerichtshof.

Die vom Bundesgerichtshof in solchen Verfahren verkündeten Entscheidungen werden in der amtlichen Entscheidungssammlung für *Zivilsachen* veröffentlicht, was zu dem Missverständnis verleitet, dass es auch Zivilsachen seien. Tatsächlich geht es aber um einen Konflikt zwischen einem Anmelder und einer Behörde. Genauer gesagt, um einen Konflikt zwischen einem Anmelder und der Allgemeinheit.

Der zweite Bereich ist das Verfahren, in dem über Ansprüche aus einem Patent entschieden wird. Wenn ein Patentinhaber meint, dass ein bestimmtes Verhalten eines anderen Gewerbetreibenden die im Patentgesetz ausgesprochenen Verbote verletzt, dann kann er eine Klage vor einem Zivilgericht erheben. Dies ist dann ein Konflikt einer gegen einen. Weiter ist auch eine *strafrechtliche* Verfolgung von patentverletzenden Handlungen in bestimmten Fällen möglich, was dann zu einem Konflikt nach dem Muster einer plus alle gegen einen führt.

Ich muss zugeben, dass eine nicht unerhebliche Faszination für mich von der simplen Tatsache ausgeht, dass das Patentrecht vom Verwaltungsverfahren über den Zivilprozess bis gar zum Strafprozess einen weiten Bogen von möglichen Verfahrensrechten umfasst.

Jedenfalls aber ist diese Tatsache zunächst einmal grundsätzlich festzustellen. Und dabei ist vor allem in grundsätzlicher Weise fest-

zuhalten, dass jede Frage im Zusammenhang mit einem Patent ihren Ausgangspunkt in einem Interessenkonflikt "einer (der Anmelder) gegen alle (die Allgemeinheit)" hat.

Von der lichten Höhe dieser abstrakten Überlegungen zurück zum Interessenkonflikt bei Softwarepatenten! Ein auf ein derartiges Patent gestützter Zivilprozess ist prinzipiell möglich, auch wenn man in Deutschland bisher noch relativ wenig von solchen Verfahren gehört hat.

Ein solches Verfahren lässt sich leicht als Kampf zwischen einem Patentinhaber und einem potenziellen Konkurrenten verstehen. Dies würde dem Konflikt aber nicht vollständig gerecht werden.

Vielmehr ergibt sich aus den oben genannten Überlegungen: Der Beklagte vertritt mit einer Verteidigung gegen den Zivilprozess immer gleichzeitig auch die Interessen der Allgemeinheit. Auch der Verletzungsprozess ist der Sache nach, wenn auch nicht der formalen Gestaltung nach, ein Kampf einer gegen alle.

Der Patentinhaber, der etwa meint, die dem WWW zugrundeliegende Idee der Verweisung auf andere Dokumente gehöre ihm, und ihm allein, und alle anderen hätten gefälligst auf dieses Monopol Rücksicht zu nehmen und Lizenzgebühren zu zahlen oder ihre Beteiligung am Netz einzustellen:¹²⁶ Dieser Patentinhaber hat als einzigen Freund seinen Patentanwalt (solange er dreihundert Dollar pro Stunde Honorar weiterzahlt) und den ganzen Rest der Menschheit

¹²⁶ Zu diesem Fall (Hyperlink-Patent von *British Telecom*) vgl. die Übersicht des FFII unter swpat.ffii.org/patents/effects/hyperlink/index.en.html.

zum Gegner.¹²⁷

Ein Hauptzweck der folgenden Überlegungen wird es sein, den Inhabern von Softwarepatenten deutlich vor Augen zu halten, dass es keine besonders gute Strategie ist, sich die ganze Menschheit zum Feind zu machen.

Gerade aus der Sicht eines tatsächlichen oder potentiellen Patentinhabers sind dabei die folgenden Gegenmaßnahmen in Betracht zu ziehen. Diese werden hier zunächst nur in einem Überblick dargestellt, unten dann ausführlicher diskutiert.

Im wesentlichen sind dabei juristische Risiken und andere Risiken von Softwarepatenten zu unterscheiden.

Zunächst zu den nicht juristischen Risiken. Unvermeidlich sind zunächst einmal die mit einem Antrag auf ein Patent verbundenen Kosten, etwa die Gebühren für das Patentamt, die Gebühren eines Patentanwaltes, die Kosten von erforderlichen Übersetzungen, die mit der Verwaltung des einmal erteilten Patentbesitzes verbundenen Kosten.

Weiter können aber bei der Patentierung von Software auch Belastungen für den guten Ruf eines Unternehmens entstehen. Dies kann im Einzelfall zu Boykottaufrufen gegenüber Verbrauchern oder zu DoS-Angriffen¹²⁸ auf Internet-Auftritte eines Unternehmens führen.

Nun zu den juristischen Risiken. Hier sind drei Bereiche zu unter-

¹²⁷ Vgl. auch *Sims*, Amazon.com Patents Enemy-Making Process, 2000, www.thestandard.com/article/0,1902,12377,00.html.

¹²⁸ Denial of Service. Ein solcher Angriff überflutet einen Internet-Server mit sinnlosen Anfragen und führt dazu, dass auf legitime Abfragen nicht mehr geantwortet werden kann.

scheiden.

Erstens ist ein Gegenangriff auf den Bestand des Patentes denkbar. Dieser Gegenangriff kann sich in Deutschland und Europa auf den rechtlichen Gesichtspunkt des Verbotes von Softwarepatenten im Gesetz stützen. In Amerika und Japan wird die Behauptung im Vordergrund stehen, dass das Patent wegen fehlender Neuheit oder Erfindungshöhe nicht hätte erteilt werden dürfen.

Zweitens ist ein Gegenangriff mit anderen Patenten denkbar. Ein Softwarepatent kann deshalb gegenüber einem bestimmten Konkurrenten *de facto* nicht einklagbar sein, weil dieser Konkurrent dann sofort mit eigenen Patenten zurückschlagen könnte, die für den Betrieb des Angreifers erhebliche Störungen bewirken würden.

Dies führt dann zu Überlegungen über die strategische Bedeutung nicht nur von einzelnen Patenten, sondern einer erheblichen Vielzahl von Patenten. Und zur Frage von Patentpools.

Drittens sind die mit einer Patentverletzungsklage verbundenen Kosten ein für die strategische Beurteilung entscheidend wichtiger Faktor. Dabei sind verschiedene Arten von Kosten zu unterscheiden. Insbesondere kann die Durchsetzung eines Patentes zu einem Schaden beim Konkurrenten führen. Und wenn sich später herausstellt, dass diese Durchsetzung nicht berechtigt war, dann kommt ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den Patentinhaber in Betracht.

IV. Nicht-juristische Risiken von Softwarepatenten

In diesem Kapitel untersuche ich solche Maßnahmen gegen Softwarepatente, die keine Klage voraussetzen. Dabei wird es allerdings auch jeweils um die Frage gehen, welche rechtlichen Mittel einem Patentinhaber zur Verteidigung zur Verfügung stehen.

1. Kosten für den Erwerb eines Patents

Wer die Anmeldung eines Patenten in Betracht zieht, wird überlegen müssen, ob diese Anmeldung in seinem Interesse liegt oder nicht. Mit den Worten von *Däbritz* (langjährig in der Patentabteilung eines großen deutschen Chemieunternehmens praktisch tätig): "Denn jede Patentanmeldung ist mit erheblichem Aufwand an Zeit und Geld verbunden, und der muß gerechtfertigt erscheinen."¹²⁹

Die Kosten für den Erwerb eines einzigen Patenten in acht Mitgliedstaaten des Europäischen Patentübereinkommens schätzt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften auf knapp 50.000 Euro.¹³⁰ Dies ist nach Angaben der Kommission etwa fünfmal höher

¹²⁹ *Däbritz*, *Patente*, 2. Aufl. 2001, S. 57.

¹³⁰ Commission proposes the creation of a Community Patent, 5.7.2000, europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/2k-714.htm. Vgl. auch *Howard*, *European Patent Law*, in: Hansen (Hrsg.), *International*

als in den USA, und etwa dreimal höher als in Japan. Dabei geht die Kommission allerdings wohl von unrealistisch niedrigen Kosten für den Erwerb eines Patents in den USA aus. Diese Kosten dürften in Wirklichkeit selbst für einfache Patente mindestens in der Größenordnung von 20.000 Dollar liegen.¹³¹

Dies ist allerdings im Vergleich zu den Kosten für einen Verletzungsprozess immer noch relativ wenig. Den Grund dafür nennt *Vermont*:¹³² "*Patent production is somewhat of a commodity in that it entails well-defined, standard procedures that predictably result in specific products (patents).*" Die Bearbeitung von Patentanträgen ist Routinearbeit. Daher wirkt der Marktmechanismus. Im Gegensatz dazu ist jeder Verletzungsprozess anders. Die darauf verwendete Arbeit eines Anwalts ist speziell auf diesen Prozess zugeschnitten.

Allein der Kostenfaktor bewirkt schon einen nicht unerheblichen Druck, den Erwerb von Softwarepatenten in Europa eher zu unterlassen als in den USA. Und zwar völlig unabhängig von allen Aktionen, die Gegner von Softwarepatenten durchführen oder auch nicht durchführen. Unvermeidbar.

Schätzungen¹³³ beziffern die Anzahl der in Europa bereits erteilten

Intellectual Property Law & Policy - Volume 7, 2002, Kapitel 30-3.

¹³¹ *Miele*, Patent Strategy, 2000, S. 59 ff; *Lemley*, Rational Ignorance at the Patent Office, Northwestern University Law Review 45 (2001), S. 1498 f.

¹³² *Vermont*, The Economics of Patent Litigation, in: Berman, From Ideas to Assets, 2002, S. 331.

¹³³ FFII, Tabellen und Zahlen zu den Europäischen Softwarepatenten, swpat.ffii.org/vreji/pikta/perled/index.de.html; *Mühlbauer*, Sind Patente ein Patentrezept?, 2002,

Softwarepatente auf 30.000. Oder nach einer anderen Schätzung¹³⁴ auf jedenfalls mehr als 20.000. Nach diesen Schätzungen ergeben sich Gesamtaufwendungen der Patentinhaber für diese Softwarepatente von bis zu 1,5 Milliarden Euro, allein für den Erwerb der Patente. Dazu kommen Kosten für deren Verwaltung, etwa Personalkosten für Angestellte in der Patentabteilung eines Unternehmens.

Ob diese Schätzungen richtig sind, läßt sich nur schwer beurteilen. Immerhin hat das deutsche Patentamt allein für 2001 eine Zahl von 500 erteilten Softwarepatenten allein für Deutschland bekanntgegeben.¹³⁵ Zumindest die Größenordnung der Schätzung dürfte daher durchaus richtig sein.

Die oben genannten Aufwendungen sind mit umgekehrten Vorzeichen Umsatz der Patenterteilungsbranche. Etwa ein Drittel dieses Umsatzes, also 500 Millionen Euro, ist in den Kassen der Patentanwälte gelandet. Etwa ein Viertel, also knapp 400 Millionen Euro, führte zu Einnahmen für Übersetzer. Der Rest waren Gebühren des Patentamtes.

Diese Gesamtsumme von 1,5 Milliarden Euro zeigt, dass die Befürworter von Softwarepatenten nicht unerhebliche wirtschaftliche Macht haben. Über eine Milliarde Euro wurde investiert, obwohl derzeit die Gesetzeslage noch die Patentierbarkeit von Software klar ausschließt

www.heise.de/tp/deutsch/special/copy/12773/1.html.

¹³⁴ *Howard*, Software Protection in Europe - Developments with Regard to the European Union, in: Hansen (Hrsg.), International Intellectual Property Law and Policy - Volume 7, 2002, Kapitel 21-1.

¹³⁵ Deutsches Patent- und Markenamt, Patentrekord - Positives Signal für den Wirtschaftsstandort Deutschland!, Pressemitteilung vom 12.3.2002, www.dpma.de/infos/pressdienst/pm020312a.html.

und daher die Durchsetzbarkeit dieser 30.000 Patente höchst fraglich ist.

Die Gegner von Softwarepatenten haben zwar über hunderttausend Unterschriften gesammelt.¹³⁶ Sie haben aber keine Millionenbeträge, geschweige denn Milliardenbeträge zur Verfügung, um ihrer Überzeugung auch mit wirtschaftlichen Mitteln Nachdruck zu verleihen. Nach wie vor ist die Auseinandersetzung zwischen den Gegnern und Befürwortern von Softwarepatenten rein wirtschaftlich betrachtet völlig einseitig. Vermutlich ist daher die Einschätzung von *Schölch*¹³⁷ zutreffend: "... dürfte der Einfluß einer lockeren Verbindung von Individuen gegenüber einer gut organisierten, einflussreichen und seit Jahrzehnten gut etablierten Lobby kaum etwas bewegen können". Die Gesetzgebung gehört der Gegenseite. Gerade deswegen ist es wichtig, über Gegenmaßnahmen nachzudenken, die auch bei ungünstiger Gesetzeslage die größten Auswüchse des Patentsystems abkühlen können.

2. Boykottaufrufe

Im Fall des 1-click Patentes von *Amazon.com* hat *Stallman* zum Boykott dieser Firma aufgerufen.¹³⁸ Dies hat nicht unerhebliche Aufmerksamkeit gefunden.¹³⁹ Ein solcher Boykottaufruf kann den Um-

¹³⁶ petition.eurolinux.org/index_html?LANG=en.

¹³⁷ GRUR 2001, S. 20.

¹³⁸ Stallman, Boycott Amazon!, linuxtoday.com/stories/13652_flat.html.

¹³⁹ Vgl. *O'Reilly*, An Open Letter to Jeff Bezos, www.oreilly.com/ask_tim/amazon_patent.html; *O'Reilly*, My

satz einer hiervon betroffenen Firma erheblich beeinträchtigen. Dies wäre dann ein nicht juristisches Druckmittel auf die betreffende Firma, die Durchsetzung des betreffenden Patentes zu unterlassen.

Die rechtliche Frage ist in diesem Zusammenhang, wie weit derartige Boykottaufrufe zulässig sind. Aus der Sicht des Patentinhabers ist zu prüfen, ob ein Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz gegen den Urheber des Boykottaufrufes möglich ist.

Ein solcher Anspruch kann sich nach deutschem Recht aus dem Recht der unerlaubten Handlung ergeben (§§ 823 und folgende BGB). Andererseits ist aber auch das Grundrecht auf Meinungsfreiheit (Artikel 5 des Grundgesetzes) zu beachten.

Eine der bekanntesten Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts überhaupt betraf den Fall eines Boykottaufrufes.¹⁴⁰ In diesem Fall hatte der Beklagte dazu aufgerufen, Filme eines bestimmten von ihm kritisierten Regisseurs zu boykottieren, da dieser Regisseur durch die Zusammenarbeit mit der Regierung in der Zeit des Nationalsozialismus untragbar sei.

Gegen diesen Boykottaufruf war eine Klage vor den Zivilgerichten zunächst erfolgreich. Das Bundesverfassungsgericht hat dann aber der Meinungsfreiheit den Vorrang gegeben. Für diese Beurteilung spielte insbesondere eine Rolle, dass der Beklagte den Boykottaufruf nicht zur Förderung eigener wirtschaftlicher Interessen veröffentlicht hatte,

Conversation with Jeff Bezos,
www.oreilly.com/ask_tim/bezos_0300.html. Vgl. auch
www.noamazon.com.

¹⁴⁰ BVerfGE 7, 198 (Lüth-Urteil). Vgl. hierzu z. B. *Wesel*, Die Hüter der Verfassung, 1996, S. 28-29.

sondern als Mittel, der eigenen Meinung in der öffentlichen Auseinandersetzung Nachdruck zu verleihen.

Weiter hat das Gericht auch ausgeführt, dass allein die Tatsache, dass dem Kläger wirtschaftliche Nachteile durch eine Äußerung des Beklagten entstehen, noch nicht zur Rechtswidrigkeit des Boykottaufrufes führen kann, da sonst der für die Meinungsfreiheit verbleibende Bereich unzumutbar eingeschränkt würde.

Wenn man dem folgt, dann sind Boykottaufrufe wie der von *Stallman* nicht rechtswidrig. Denn *Stallman* verfolgte mit dieser Meinungsäußerung nicht den Zweck, seinen Umsatz von Büchern über das Internet auf Kosten seines Konkurrenten *Amazon.com* zu erweitern.

Vielmehr ist *Stallman* kein Buchhändler, steht nicht in einem Konkurrenzverhältnis zu *Amazon*, hat keine eigenen wirtschaftlichen Interessen mit dem Boykottaufruf verfolgt.

In der großen Anzahl von Gegnern von Softwarepatenten finden sich zwangsläufig eine erhebliche Anzahl von Personen, die wie *Stallman* im Verhältnis zu *Amazon.com* nicht Konkurrent eines bestimmten Inhabers eines bestimmten Softwarepatents sind. Diese sind daher mit rechtlichen Mitteln nur schwer zum Schweigen zu bringen.

Dabei kommt die strategische Überlegung dazu, dass ein Prozess gegen einen Boykottaufruf seinerseits bewirken kann, Aufmerksamkeit für den betreffenden Boykottaufruf zu wecken und damit das genaue Gegenteil des beabsichtigten Zweckes zu bewirken.

Damit bleibt dem Patentinhaber nichts übrig, als die mit möglichen Boykottaufrufen gegen ihn verbundenen Umsatzeinbußen hinzunehmen.

3. Logo-Programm

Ein Boykottaufruf gegen ein einzelnes Unternehmen, das wie etwa *Amazon.com* in besonders provozierender Weise Ausschließlichkeitsrechte an einer trivialen Idee nicht nur behauptet, sondern auch noch in einer Verletzungsklage durchsetzen will, mag im Einzelfall möglich und nicht gänzlich ohne Wirkungskraft sein.

Der Nachteil an einer solchen Strategie aus der Sicht der Gegner von Softwarepatenten ist aber: Es gibt zu viele Inhaber von Softwarepatenten. Ein Aufruf zum Boykott aller dieser Unternehmen würde nicht nur einen erheblichen Aufwand verursachen. Eine Vielzahl von solchen Aufrufen müsste auch dazu führen, dass jeder einzelne dieser Aufrufe nur noch wenig Aufmerksamkeit und Wirkung erreichen könnte.

Daher ist eine mögliche Alternative, genau umgekehrt vorzugehen. Man entwickelt und registriert als Marke ein geeignetes Logo, mit dem in prägnanter Weise zum Ausdruck gebracht wird, dass eine Firma keine Softwarepatente anmeldet oder jedenfalls keine aktiven Verletzungsklagen erhebt (das Recht zum Gegenangriff gegen eine Verletzungsklage mit eigenen Patenten, also das Recht zur Anmeldung und Verwendung von Softwarepatenten zu Verteidigungszwecken, bleibt dann unberührt).

Als eine Idee für ein solches Logo wäre etwa der kurze Text "No PITA" in einer wirksamen graphischen Darstellung denkbar. "PITA" bedeutet dabei "*Patents impeding technological advances*". Also

Patente, die den technischen Fortschritt aufhalten.¹⁴¹ Solche sollen von den Benutzern dieses Logo nicht angemeldet, jedenfalls aber nicht aktiv mit Klagen durchgesetzt werden.

Dieses Logo wird von einer geeigneten nicht öffentlichen Organisation (zum Beispiel dem Förderverein für eine Freie Informationelle Infrastruktur)¹⁴² unter bestimmten Bedingungen an jedes Unternehmen vergeben, das sich bereit erklärt, die dafür nötigen Bedingungen zu erfüllen.

Diese Unternehmen können das betreffende Logo dann auf ihren Webseiten oder sonst für ihre Werbung verwenden. Diejenigen Verbraucher, die sich für ihre Kaufentscheidungen überhaupt von der Frage der Softwarepatente beeinflussen lassen, können dann mit einem Blick sofort feststellen, welche Politik ein Unternehmen in dieser Frage verfolgt.

Rechtliche Schranken für ein solches Programm ergeben sich aus dem Wettbewerbsrecht. So wird es als Irreführung des Verbrauchers unzulässig sein, ein derartiges Logo zu verbreiten, wenn die Bedingungen hierfür nicht klar geregelt sind oder deren Einhaltung nicht hinreichend kontrolliert wird.¹⁴³

¹⁴¹ Dass "PITA" als Abkürzung in englischen Internet-Diskussionen auch noch eine andere Bedeutung hat, die sich auf deutsch etwa mit "lästig, ärgerlich und überflüssig" wiedergeben lässt, sei für den hiermit nicht vertrauten Leser am Rande auch erwähnt.

¹⁴² www.ffi.org.

¹⁴³ Vgl. *Pflüger*, MDR 1999, S. 406.

4. DoS-Angriffe

Denial of Service (DoS) Angriffe werden in Zukunft zunehmen. Bei einem solchen Angriff wird ein Internetauftritt durch zahllose sinnlose Abfragen mit soviel Daten überflutet, dass er auf legitime Abfragen zu reagieren nicht mehr in der Lage ist.

Häufig ist die Form eines sogenannten *Distributed Denial of Service* Angriffes, bei dem zahlreiche über das gesamte Netz verteilte Rechner eingesetzt werden.¹⁴⁴ Solche Angriffe werden an Bedeutung gewinnen, weil immer mehr unerfahrene Nutzer sich mit minimalen Sicherheitsvorkehrungen 24 Stunden am Tag ins Internet einklinken und damit Angreifer dazu einladen, ihre Computer zu übernehmen und zum gegebenen Zeitpunkt zu einem derartigen Angriff zu missbrauchen.

Solche Angriffe werden weiter zunehmen, weil das marktbeherrschende Betriebssystem *Windows* jahrzehntelang Sicherheit als zweit-rangig behandelt hat und daher ständig neue Löcher darin auftauchen, die zu Angriffen ausgenutzt werden können.

Solche Angriffe werden auch deshalb häufiger werden, weil die neueste Version von *Windows* (XP) es nunmehr erstmals ermöglicht, die eigene IP-Adresse bei der Nutzung des Internet zu unterdrücken (sogenanntes *spoofing*).¹⁴⁵

¹⁴⁴ Vgl. z. B. Dokumente bei Dittrich, *Distributed Denial of Service (DdoS) Attacks/tools*, staff.washington.edu/dittrich/misc/ddos/, sowie die Einzelfallschilderung von Gibson, *The Strange Tale of the Denial of Service Attacks Against GRC.com*, grc.com/dos/grcdos.htm.

¹⁴⁵ Gibson, *Why Windows XP will be the Denial of Service Exploitation*

Bruce Schneier, ein angesehener Fachmann zu Fragen von Internet-Sicherheit, warnt angesichts des DDoS-Angriffes gegen *Steve Gibson* im Sommer 2001, dass jede Verteidigung gegen derartige Angriffe aussichtslos sei, dass 13-jährige Hacker beliebige Internet-Auftritte auslöschen könnten, dass die Situation nur schlimmer werde.¹⁴⁶ Ich fürchte, *Schneier* hat hier recht.

Die beste Strategie gegen solche Angriffe ist wohl der Vorschlag von *Anderson*,¹⁴⁷ mit einer automatischen Erweiterung der Kapazität zu reagieren. Dies hat allerdings zwei Nachteile: Erstens ist das Konzept derzeit noch nicht verwirklicht. Zweitens entstehen dadurch zusätzliche Kosten.

Ein DoS-Angriff gegen einen Inhaber eines Softwarepatentes ist nach deutschem Recht eine Straftat und verpflichtet zum Schadensersatz. Einschlägig ist insoweit § 303b Abs. 1 Nr. 2, 3. Alternative des Strafgesetzbuches. Danach wird mit Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren bestraft, wer eine Datenverarbeitung, die für einen fremden Betrieb oder ein fremdes Unternehmen von wesentlicher Bedeutung ist, dadurch stört, dass er eine Datenverarbeitungsanlage unbrauchbar macht.

In Betracht kommt auch § 303a Abs. 1, 2. Alternative StGB. Dieser Tatbestand verbietet es, rechtswidrig Daten zu unterdrücken. Darun-

Tool of Choice for Internet Hackers Everywhere,
grc.com/dos/winxp.htm.

¹⁴⁶ Schneier, Crypto-Gram Newsletter, June 15, 2001,
www.counterpane.com/crypto-gram-0106.html#6.

¹⁴⁷ *Anderson/Early/Yan*, The XenoService: A Distributed Defeat for Distributed Denial of Service,
www.ftp.cl.cam.ac.uk/ftp/users/rja14/xeno.pdf.

ter fällt es, Daten dem Zugriff des Berechtigten zeitweilig zu entziehen.

Dies ist insofern nicht ganz unproblematisch, als bei einem DoS-Angriff die betreffenden Datenverarbeitungsanlagen, mit denen der angegriffene Internetauftritt angeboten wird, nicht auf Dauer unbrauchbar werden, sondern nur für die Zeit, in der ein solcher Angriff anhält.

Der Wortlaut von § 303b StGB verlangt aber nicht, dass die Datenverarbeitungsanlage auf Dauer unbrauchbar wird. So ist etwa eindeutig der Fall erfasst, dass alle für eine Webseite erforderlichen Daten von einem Täter gelöscht werden und damit der Internetauftritt gestört wird, auch wenn am nächsten Tag die Daten von einer Sicherheitskopie wieder eingespielt werden und die Störung damit behoben werden kann.

Artikel 5 der Cybercrime Convention des Europarates¹⁴⁸ ist insoweit eindeutiger: Dort wird verlangt, dass die Mitgliedstaaten es verbieten "das Funktionieren einer Datenverarbeitungsanlage durch Übertragung von Daten zu beeinträchtigen", was eben der Fall eines DoS-Angriffes ist.

Die Formulierung im deutschen Recht läßt hier einen geringen Spielraum, die Strafbarkeit zu hinterfragen. § 303b StGB wurde 1986 geschaffen. Damals waren DoS-Angriffe noch kein Thema. Daher ist es kein Wunder, dass die Formulierung des Tatbestandes hierauf nicht besonders zugeschnitten ist. Dennoch meine ich, dass bereits das geltende deutsche Recht solche Angriffe strafrechtlich verbietet.

¹⁴⁸ Convention on Cybercrime, Budapest 23.11.2001, conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm.

Allerdings ist dies alles keine Hilfe für den Patentinhaber, wenn wie häufig nicht feststellbar ist, wo ein DoS-Angriff herkommt.

Es ist weiter keine Hilfe, wenn der Patentinhaber zwar feststellen kann, dass der DoS-Angriff von dem siebzehnjährigen Hacker X aus Wladiwostok begangen wurde, die Komplikationen einer internationalen strafrechtlichen Verfolgung aber diese als wenig aussichtsreich erscheinen lassen.

Es ist schließlich auch deshalb keine Hilfe, weil von einer derartigen strafrechtlichen Verfolgung im besten Fall eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe und Schadensersatz zu erwarten ist, bei den meisten derartigen Hackern aber kaum ein den entstandenen Schäden entsprechendes Vermögen vorhanden sein wird, so dass der Patentinhaber zwar reichlich zusätzliche Anwaltskosten und Nerven aufwenden muss, aber nicht mit irgendwelchen finanziellen Vorteilen rechnen kann. Obendrein werden womöglich durch ein derartiges Verfahren noch Nachahmungstäter provoziert.

Die Gefahr eines DoS-Angriffes aus Protest gegen überzogene Schutzrechte ist nicht nur theoretisch. Die Seite der "Recording Industry Association of America"¹⁴⁹ war Ende Juli 2002 Opfer eines derartigen Angriffes.¹⁵⁰ Dieser war allerdings nicht durch Opposition gegen ein Softwarepatent motiviert. Immerhin ging es aber auch bei

¹⁴⁹ www.riaa.org.

¹⁵⁰ *Hulme*, Music Industry Web Site Attacked, www.informationweek.com/story/IWK20020730S0004; DER SPIEGEL, Warnschuss für die RIAA, 31.07.2002, www.spiegel.de/netzwelt/politik/0,1518,207513,00.html; *Patalong*, RIAA-Viren im Fasttrack-Netzwerk, 26.07.2002, DER SPIEGEL, www.spiegel.de/netzwelt/netzkultur/0,1518,206714,00.html.

dieser Aktion um Widerstand gegen die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums.

5. Dienst nach Vorschrift

Aus der Sicht eines Gegners von Softwarepatenten lassen sich diese Patente nach dem Grad ihres Behinderungseffektes unterscheiden.

Auf der einen Seite gibt es Patente, die zwar bei einer prinzipiellen Betrachtung ein Dorn im Auge sind, aber keinen wirklichen Behinderungseffekt entfalten. Dies kann auf vielen Ursachen beruhen. So kann etwa der Inhaber des Patentes es von vornherein nur zu Defensivzwecken erworben haben.

Das Patent ist dann mit einer strategischen Atomwaffe vergleichbar. Solche Waffen werden von verschiedenen Nationen mit erheblichem Aufwand vorgehalten, bisher aber nicht tatsächlich benutzt. Sie dienen vielmehr jeweils nur dazu, ein "Gleichgewicht der Abschreckung" zu erhalten.

Ebenso dienen viele Patente nur dazu, einem Patentangriff gegen eigene Projekte dadurch vorzubeugen, dass der Angreifer dann mit einem Gegenschlag mit den Defensivpatenten rechnen müsste.¹⁵¹

Ebenso wie bei Atomwaffen liegt bei einem solchen Szenario natürlich die Frage nahe, ob es nicht für alle beteiligten Parteien

¹⁵¹ Vgl. Torvalds/Diamond, *Just for Fun*, New York 2001, S. 209: "The patent system of today is basically a Cold War with IP instead of nukes." Vgl. auch *Rivette/Kline*, *Rembrandts in the Attic*, 2000, S. 38 f; *Perens*, *Software Patents vs. Free Software*, 2001, perens.com/Articles/Patents.html.

wirtschaftlich sinnvoll wäre, auf die gegenseitige Bedrohung mit doch nie einsetzbaren Waffen ganz zu verzichten. Darauf kommt es aber im gegenwärtigen Zusammenhang nicht an. Vielmehr geht es mir hier nur darum, dass bei einer reinen Anmeldung zu Defensivzwecken weniger schädliche Wirkungen von einem Softwarepatent ausgehen als etwa bei einem von einer Patentverwertungsfirma aggressiv gegenüber jedermann prozessual verfolgten Patent.

Weiter gibt es vermutlich auch eine nicht unerhebliche Anzahl von Patenten, die wirtschaftlich nicht besonders bedeutende Ideen vorschlagen. In solchen Fällen ist der Behinderungseffekt dementsprechend gering.

Auf der anderen Seite ist der größtmögliche schädliche Effekt etwa in folgendem Fall vorstellbar. Das Patent betrifft eine für die weitere Entwicklung der Branche grundlegende Idee und kann nicht leicht umgangen werden. Die von dem Patent betroffene Technik hat sich als de-facto Standard bereits am Markt weitgehend durchgesetzt. Es ist in allen wesentlichen Märkten (USA, Japan, Europa) angemeldet. Der Inhaber hat das Patent an eine Verwertungsfirma verkauft, die selbst keinerlei Interesse an irgendeiner Produktion von Software hat, sondern sich nur durch Forderung von Lizenzgebühren finanziert. Diese Verwertungsfirma braucht dann keinerlei Gegenangriff auf eine eigene Produktion mit fremden Patenten zu befürchten und kann daher unbeschwert und aggressiv jeden verklagen, der irgendwie in Sicht des Geltungsbereichs dieses Patentbesitzes gerät.

Die Bemühungen der Gegner von Softwarepatenten werden sich zweckmäßigerweise auf solche Patente konzentrieren, deren Schädlichkeit und Behinderungseffekt besonders ausgeprägt ist. Dabei ist gegenüber einzelnen besonders ärgerlichen Frechheiten in der Behin-

derung der gesamten Branche durch ein Softwarepatent folgende Strategie denkbar, die zunächst einmal mit einem Beispiel aus einem anderen Bereich erläutert werden soll.

Die Entwicklung des Internet hat unter anderem die Möglichkeit geschaffen, zu Kosten von praktisch null Nachrichten zu versenden. Dies wird von zahlreichen Gewerbetreibenden dazu genutzt, Werbenachrichten an Empfänger zu schicken, die solche Nachrichten nicht wünschen. Man spricht in diesem Zusammenhang von *Spam*.

Dies wirft rechtliche Fragen danach auf, ob derartig sozialschädliches Verhalten verboten gehört. Hier soll jedoch zunächst einmal vorausgesetzt werden, dass die Versendung von *Spam* zwar ärgerlich, unerwünscht, sozialschädlich, eine unverfrorene Frechheit ist, rechtliche Verbote dagegen aber nicht bestehen oder nicht greifen. Die gleiche Situation besteht bei Softwarepatenten (aus der Sicht der zahlreichen Gegner), soweit diese nicht verboten sind oder bestehende gesetzliche Verbote in der Praxis nicht beachtet werden.

Wie ist nun gegen die Frechheit und Sozialschädlichkeit der unerwünschten Werbung am zweckmäßigsten vorzugehen? Es gibt zahlreiche denkbare Möglichkeiten, und jedes legale Mittel gegen *Spam* sollte mit aller Entschlossenheit verwendet werden. Eine nicht völlig uninteressante Idee ist es jedoch, genau das zu tun, was der Versender der Nachricht bezweckt, nämlich in Verhandlungen über einen Vertragsschluss einzutreten.

Dabei soll hier zur Verdeutlichung ein Einzelfall zitiert werden, der im Januar 2002 eine gewisse Aufmerksamkeit gefunden hat.¹⁵² Ein

¹⁵² slashdot.org/article.pl?sid=02/01/09/0346217&mode=thread; petemoss.com/spamflames/ShifmanIsAMoronSpammer.html.

junger Mann, dessen Name hier nichts zur Sache tut, hielt es für eine gute Idee, seine Dienste als Computerberater einer Vielzahl von Unternehmen unaufgefordert per E-mail anzubieten. Einer der Empfänger empfand dies als unzulässig; die sich daraus ergebende öffentliche Auseinandersetzung führte zu einer ausserordentlich kritischen Diskussion, in der sich der Urheber der werbenden Nachricht zwar wenig Sympathie, aber um so mehr hämischen Spott und tiefe Verachtung eingehandelt hat.

Die hier vorgeschlagene Strategie würde nun auf ein derartiges Schreiben mit einer freundlichen Antwort reagieren, in der angefragt wird, zu welchen Bedingungen die betreffenden Leistungen als Computerberater für ein konkret in Aussicht genommenes Projekt erbracht werden können. Dies würde im Idealfall zu einem kurzen Briefwechsel führen, der den *Spam*-Versender eine gewisse endliche Anzahl N von Minuten kostet. Dann werden die Verhandlungen einseitig abgebrochen (sie waren von vornherein nur darauf gerichtet, dem Feind Zeit zu stehlen) und alle weiteren Schreiben in der Sache ungelesen ignoriert.¹⁵³

¹⁵³ Vgl. auch den folgenden interessanten Beitrag zu einer Diskussion auf Slashdot, unter

slashdot.org/comments.pl?sid=28506&cid=3065468:

" (2) Spammer sees .01% response rate drop to .000001% response rate (finding open relays, spidering email addresses, etc). Looks at books and sees that he spent 10 hours getting everything together to spam. Additionally, he spends 30 hours dealing with people who call pretending to be interested, keep him on the line, and then say that their credit card number is "spammers suck." So he spent 40 hours and only sold one widget, that he gets a \$5 profit on. Realizes that he could have made more money working 40 hours at Mcdonalds, and there are nicer customers to boot.

Diese Strategie ist absolut unwirksam, wenn sie im Verhältnis eins zu eins verwendet wird. Denn der Empfänger der Nachricht stiehlt sich selbst im Zweifel genauso viel Zeit wie dem Versender. Das ändert sich aber, wenn etwa einhundert Leute gleichzeitig in dieser Weise reagieren. Der Versender kann sich dann über eine große Anzahl positiver Reaktionen auf seine Nachricht freuen. Die Freude wird dann allerdings durch den Umstand getrübt, dass nach einem Aufwand einer Anzahl von N mal hundert Minuten als Ergebnis absolut nichts erreicht wird. Zugegeben, diese Strategie ist gemein und unfair und unfreundlich; wer *Spam* versendet, hat aber nichts anderes verdient.

Die entsprechende Strategie gegenüber einem Patentinhaber sieht dann etwa aus wie folgt.

"Sehr geehrte Damen und Herren,

wie wir sehen, haben Sie das Patent Nummer sowieso erworben, mit dem Sie eine für die weitere Entwicklung unserer Branche grundlegende Idee publiziert haben.

Wir gratulieren Ihnen zu der klugen Investition in dieses Patent. Es betrifft ein Gebiet, auf dem wir ebenfalls demnächst tätig werden wollen. Bitte entnehmen Sie Informationen zu dem von uns verfolgten Projekt der Anlage (dreihundertzwei Seiten).

Wir wollen nur ungern erhebliche Mittel in eine Entwicklung investieren, wenn wir uns später genötigt sehen, mit Rücksicht auf Ihr geistiges Eigentum die betreffenden Produkte vom Markt zu nehmen.

Wir bitten daher um Stellungnahme, ob aus Ihrer Sicht unser in der

The reason people spam is the cost is low. Increase the cost of doing business and they will reevaluate."

Anlage beschriebenes Projekt mit Ihrem Patent unvereinbar ist; für diesen Fall bitten wir auch um Mitteilung, welche Bedingungen Sie sich für eine Lizenzierung vorstellen."

Dieses Schreiben ist an sich genau das, was sich der Erwerber eines wichtigen Softwarepatentes von der interessierten Allgemeinheit erhofft. In dem strategisch gesehen aus der Sicht des Gegners von Softwarepatenten besonders ärgerlichen und gefährlichen Fall, dass der Zweck des Patents nicht im Schutz eigener Softwareproduktion sondern allein in der Erzielung von Lizenzeinnahmen liegt, ist ein derartiges Echo genau das, was der Patentinhaber will. Denn ohne Lizenznehmer, die zu Zahlungen bereit sind, ist sein Geschäftsmodell auf Treibsand gebaut und muss notwendig sofort zusammenbrechen.

Die Freude des Patentinhabers wird dann allerdings durch den Umstand getrübt, dass sich nach aufwendiger Durchsicht der dreihundertzwei Seiten Projektbeschreibung und einigen Verhandlungen herausstellt, dass das betreffende Projekt auf unbestimmte Zeit verschoben wird. Die Verhandlungen werden dann einseitig und unbedingte eingestellt. Dass dies von vornherein so beabsichtigt war, der ganze Briefwechsel nur dem Zweck diene, den Patentinhaber zu ärgern und ihm Zeit zu stehlen, kann dieser dann zwar vermuten, aber nicht beweisen.

Ebenso wie bei der oben beschriebenen Strategie gegen *Spam* kann ein derartiger "Dienst nach Vorschrift" erst dann erhebliche Wirkung entfalten, wenn nicht nur eine Anfrage eingeht, sondern mindestens mehrere hundert, besser mehrere tausend. Nur in diesem Fall wirkt die hier beschriebene nicht rechtliche Sanktion gegen ein besonders frech behinderndes Softwarepatent gegen dessen Inhaber stärker als gegen diejenigen, die zu einem derartigen Mittel greifen.

Ob hiermit in nennenswertem Umfang zu rechnen ist, läßt sich schwer beurteilen. Es wird dafür auf zahlreiche Faktoren ankommen. Ein wichtiger Faktor ist der Gesamtschaden, der durch die Belästigung mit Softwarepatenten entsteht. Im Fall von *Spam* ist es ein Unterschied, ob man jeden Tag zwei oder drei unerwünschte Nachrichten erhält oder ob es z. B. tausend pro Tag sind. Letzteres kommt einem DoS-Angriff auf die betreffende Mail-Adresse gleich. Wenn dies zur Regel wird, wird die kollektive Wut gegen *Spam*-Versender hochkochen; und es werden sich genügend Leute finden, die sich an privaten Sanktionen gegen derartige Sozialschädlichkeit beteiligen.

Im Fall von Softwarepatenten ist es ein Unterschied, ob nur theoretisch erläutert wird, dass durch die Verminung der gesamten Branche mit derartigen Patenten niemand mehr irgendeine Zeile Programm schreiben kann, ohne gegen irgendein Patent zu verstoßen, oder ob tatsächlich jeden zweiten Tag eine auf ein derartiges Patent gestützte Klage gegen irgendein Projekt erhoben wird. Bisher sind in Deutschland (anders als in Amerika)¹⁵⁴ noch relativ wenig Behinderungen zu verzeichnen, obwohl allerdings auch hierzulande die Liste schon relativ umfangreich geworden ist.¹⁵⁵ Dies wird sich spätestens dann nachhaltig ändern, wenn Pläne zu einer gesetzlichen Neuregelung¹⁵⁶ verwirklicht werden, mit der die bisher sehr restriktive Gesetzeslage aufgeweicht wird und Softwarepatente nicht mehr so klar illegal sind wie noch im Frühjahr 2002.

¹⁵⁴ Vgl. hierzu die Schilderung von *Irlam/Williams*, Software Patents, An Industry at Risk, 1994, lpf.ai.mit.edu/Patents/industry-at-risk.html.

¹⁵⁵ Vgl. die Zusammenstellung des FFII "Softwarepatente in Aktion" unter swpat.ffii.org/vreji/pikta/xrani/index.de.html.

¹⁵⁶ Vgl. hierzu unten im Anhang I.

Andererseits ist aber auch zu bedenken, dass derartige Protestaktionen mit dem Eigeninteresse des Protestierenden grundsätzlich kollidieren. Zwar ist der Effekt erwünscht, einen lästigen Patentinhaber zu ärgern und diesem Zeit zu stehlen; das ist aber immer mit einem eigenen Zeitaufwand in gleicher Höhe und keinerlei eigenem Vorteil verbunden.

Spam hätte wenig Aussicht zu überleben, wenn etwa ein Prozent der von der Belästigung betroffenen Adressaten mit der beschriebenen Strategie zurückschlagen. Softwarepatente haben wenig Aussicht zu überleben, wenn auch nur ein Prozent der von der Belästigung betroffenen Adressaten der Programmierungsverbote zurückschlagen. Wenn etwa ein Prozent der Unterzeichner der Eurolinux-Petition¹⁵⁷ an derartigen Aktionen teilnehmen, hätte ein besonders frecher und ärgerlicher Patentinutzer schnell mit tausend freundlichen Anfragen der oben beschriebenen Art zu tun.

Allein das Risiko, sich derartigen privaten Sanktionen auszusetzen, dürfte eine gewisse abschreckende Wirkung auf die Versender von *Spam* haben. Allein das Risiko, sich derartigen privaten Sanktionen auszusetzen, dürfte eine gewisse abkühlende Wirkung auf die unverfrorensten Auswüchse der Patentinflation entfalten.

Der Vorteil dieser Strategie ist, dass sie völlig unabhängig davon ist, ob Softwarepatente in einem bestimmten Markt gerade zugelassen sind oder nicht. Der Nachteil ist, dass sie möglicherweise am fehlenden Eigeninteresse der Protestierenden scheitert, dass mit anderen Worten nicht genügend Leute an einer derartigen Protestaktion teilnehmen. Daher ist im Moment dies nur eine theoretische Möglichkeit, deren

¹⁵⁷ petition.eurolinux.org/index.html.

praktische Wirksamkeit nicht beurteilt werden kann. Auf die grundlegende Idee wird aber an anderer Stelle zurückzukommen sein. Dann wird auch deutlich werden, dass das Problem des mangelnden Eigeninteresses der Protestierenden lösbar ist.

V. Gegenangriff auf den Bestand des Patents

Nach deutschem Recht ist für einen Gegenangriff auf den Bestand eines Patentes grundsätzlich danach zu unterscheiden, ob es sich um ein deutsches oder ein europäisches Patent handelt. In beiden Fällen ist eine Nichtigkeitsklage nach § 81 PatG möglich, und in beiden Fällen ein Einspruchsverfahren. Das Einspruchsverfahren ist bei deutschen Patenten in den §§ 59 ff. PatG, bei europäischen Patenten in den Art. 99 ff. EPÜ geregelt.

Das Einspruchsverfahren ist ein Verwaltungsverfahren vor dem Patentamt. Der Einsprechende wendet sich mit einem Antrag an das Patentamt, mit dem er geltend macht, ein bestimmtes Patent hätte nicht erteilt werden dürfen. Dies ist mit relativ geringen Kosten verbunden, aber nur innerhalb einer Frist zulässig, die bei deutschen Patenten drei Monate, bei europäischen Patenten neun Monate nach der Veröffentlichung eines Patentes abläuft. Über einen Einspruch entscheidet eine Patentabteilung beim Patentamt (§ 27 Abs. 1 Nr. 2 PatG). Dabei trägt nach § 62 PatG grundsätzlich jede Partei ihre Anwaltskosten selbst; eine Ausnahme kann die Patentabteilung nach billigem Ermessen anordnen. Diese Anordnung wird dann ergehen, wenn der Einsprechende etwa Dokumente vorwerfbar verspätet vorlegt oder gebotene Unterrichtungen des Gegners unterlässt.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Vgl. die Einzelfälle bei *Schulte*, Patentgesetz mit EPÜ, 6. Aufl. Köln 2001, 18-20 zu § 62.

Gegen die Entscheidung der Patentabteilung ist die Beschwerde zum Bundespatentgericht zulässig. Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundespatentgericht gilt nach § 80 PatG ebenso wie im Einspruchsverfahren, dass Kosten von der unterliegenden Partei nur dann zu erstatten sind, wenn dies aus Gründen der Billigkeit vom Gericht angeordnet wird.

Die Nichtigkeitsklage dagegen ist ein Zivilprozess, in dem ein Kläger gegen den Patentinhaber geltend macht, dass ein bestimmtes Patent nicht hätte erteilt werden dürfen. Dies ist nicht an eine bestimmte Ausschlussfrist gebunden, kostet aber wesentlich mehr:

Nach Angaben von *van Hees*¹⁵⁹ liegt der durchschnittliche Gegenstandswert von Nichtigkeitsklagen erster Instanz bei 1,3 Millionen DM, wobei die Werte zwischen 50.000 DM und 75 Millionen DM schwanken. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil für eine Nichtigkeitsklage die Vorschriften der ZPO über die Kostenlast der unterliegenden Partei entsprechend anwendbar sind. Diese sehen vor, dass die unterliegende Partei neben den Gerichtskosten auch die gesetzlichen Gebühren des gegnerischen Rechtsanwaltes zu tragen hat.

Wenn man annimmt, dass der mit einer Nichtigkeitsklage verbundene Aufwand von vornherein nur für solche Softwarepatente in Betracht kommt, deren Lästigkeitswert und Behinderungseffekt für die Branche besonders stark ist, so ist davon auszugehen, dass der Gegenstandswert in einem derartigen Verfahren in den oben genannten Größenordnungen liegt.

Bei einem Gegenstandswert von 500.000 Euro liegt eine Gebühr des

¹⁵⁹ *Van Hees*, Verfahrensrecht in Patentsachen, 2. Aufl. Köln 2002, S. 130.

Rechtsanwalts nach § 11 BRaGEBO bei 2996 Euro.¹⁶⁰ Bei einem Gegenstandswert von 5.000.000 Euro erhöht sich die Gebühr auf 26.496 Euro.¹⁶¹ Je nach Verlauf des Verfahrens erhält ein Anwalt zwei oder drei solche Gebühren, plus gesetzlicher Mehrwertsteuer. Mit anderen Worten: eine Nichtigkeitsklage gegen ein wirtschaftlich wichtiges Patent (bei einem unwichtigen lohnt sich der Aufwand nicht) kann sehr schnell sehr teuer werden.

Allerdings begünstigt das Gesetz in zwei Punkten den Kläger einer Nichtigkeitsklage gegenüber dem Normalfall eines Zivilprozesses. Erstens ist der Kläger nicht verpflichtet, selbst einen Anwalt oder Patentanwalt zu beauftragen. Vielmehr kann der Kläger das Verfahren in erster Instanz vor dem Bundespatentgericht selbst führen, § 97 PatG. Dies ändert sich allerdings in der Berufungsinstanz: vor dem Bundesgerichtshof besteht Anwaltszwang, § 111 Abs. 4 Patentgesetz. Dies bedeutet jedoch, dass der Kläger das Kostenrisiko in erster Instanz auf die Hälfte begrenzen kann, indem er davon absieht, einen Anwalt oder Patentanwalt zu beauftragen.

Eine zweite Möglichkeit ergibt sich aus § 144 PatG, der sich zwar im Abschnitt über Patentverletzungsklagen findet, aber nach allgemeiner Ansicht ¹⁶² auf Nichtigkeitsklagen entsprechend anwendbar ist. Danach kann eine Partei einen Antrag stellen, dass sich ihre Verpflichtung zur Zahlung von Gerichtskosten und Anwaltskosten nur nach einem ihrer Wirtschaftslage angepassten Teil des Streitwertes bemisst, wenn die Belastung mit den Prozesskosten nach dem vollen Streitwert ihre wirtschaftliche Lage erheblich gefährden würde. Ob ein

¹⁶⁰ jurcom5.juris.de/bundesrecht/bragebo/anlage_167.html.

¹⁶¹ jurcom5.juris.de/bundesrecht/bragebo/_11.html.

¹⁶² Vgl. z.B. *Busse*, Patentgesetz, 5. Aufl. Berlin 1999, 6 und 7 zu § 144.

derartiger Antrag erfolgreich ist, lässt sich allerdings nicht mit Sicherheit vorhersehen; das Gericht hat ein Ermessen, ob es eine derartige Streitwertherabsetzung bewilligt oder nicht.

Ein solcher Antrag kann insbesondere naheliegen, wenn das Verfahren als echte Popularklage geführt wird, wie es an sich der Konzeption des Patentgesetzes entspricht, in der Praxis aber so gut wie nicht vorkommt. Nach dem Patentgesetz kann jedermann die Nichtigkeit eines Patentes geltend machen, um damit das Interesse der Öffentlichkeit geltend zu machen, von den von unwirksamen Patenten ausgehenden zahlreichen Sperrwirkungen verschont zu bleiben (z.B. von der Drohung in § 142 PatG, die einen Straftatbestand für die Verletzung von Patenten vorsieht). In der Praxis geschieht dies regelmäßig nicht, vielmehr werden Nichtigkeitsklagen normalerweise erhoben, um sich gegen eine Verletzungsklage zu wehren, also nicht im Allgemeininteresse, sondern im konkreten Eigeninteresse.¹⁶³

Wenn also etwa ein Verein wie der FFII¹⁶⁴ nicht etwa im Eigeninteresse, sondern wirklich wie an sich vom Patentgesetz beabsichtigt im öffentlichen Interesse die Nichtigkeit eines in besonders frecher Weise lästigen und sozialschädlichen Softwarepatents geltend macht, liegt es nach dem Zweck der §§ 81, 144 PatG nahe, den Streitwert für den Kläger an dessen Vereinsvermögen zu orientieren. Zur Vermeidung unerfreulicher Überraschungen empfiehlt es sich vermutlich, den Antrag nach § 144 PatG mit der Erhebung der Nichtigkeitsklage zu verbinden, also so früh wie irgend möglich zu stellen.

¹⁶³ *Busse* a. a. O. 37 zu § 81.

¹⁶⁴ Förderverein für eine freie informationelle Infrastruktur, vgl. www.ffi.org.

Auch wenn man diese beiden Möglichkeiten zur Begrenzung des Kostenrisikos berücksichtigt, ist das Kostenrisiko bei einer Nichtigkeitsklage immer noch erheblich. Im Vergleich dazu sind die Kosten eines Einspruches deutlich geringer. Für einen Einspruch gegen ein deutsches Patent wurde mit dem Patentkostengesetz¹⁶⁵ vom Dezember 2001 einer Gebühr von 200 Euro eingeführt. Für europäische Patente liegt die Gebühr für einen Einspruch bei 610 Euro.¹⁶⁶ Dies gilt auch für den Fall, dass mehrere Personen, etwa tausend Unterzeichner einer für diesen Zweck eingerichteten Web-Seite, gemeinsam einen Einspruch erheben, wie die Große Beschwerdekammer vor kurzem entschieden hat.¹⁶⁷ In diesem Fall wird nicht etwa für jeden Unterzeichner eine eigene Gebühr fällig. Allerdings müssen diese dann einen gemeinsamen Vertreter für das Einspruchsverfahren bestellen.

Für die Gründe, die im Wege des Einspruchs oder der Nichtigkeitsklage gegen den Bestand eines Patents angeführt werden können, ist ebenfalls zwischen deutschem und europäischem Patent zu unterscheiden.

Für deutsche Patente sind die Gründe im Einspruchsverfahren und im Nichtigkeitsverfahren im wesentlichen identisch. Diese sind in § 21

¹⁶⁵ Artikel 1 des Gesetzes zur Bereinigung von Kostenregelungen auf dem Gebiet des geistigen Eigentums, Bundesgesetzblatt 2001 I, 3556, Nummer 303 600 im Gebührenverzeichnis.

¹⁶⁶ Vgl. das Gebührenverzeichnis des Europäischen Patentamtes unter www.european-patent-office.org/epo/new/prices.pdf.

¹⁶⁷ In diesem Fall hatte die "Fraktion der Grünen im Europäischen Parlament" einen Einspruch gegen ein Patent auf dem Gebiet der Biotechnologie eingelegt, Entscheidung der Großen Beschwerdekammer vom 18.2.2002, legal.european-patent-office.org/dg3/pdf/g990003ex1.pdf.

aufgezählt;¹⁶⁸ von den dort genannten Gründen wird im folgenden nur der in Absatz 1 Nr. 1 genannte Grund untersucht, da er den wohl wichtigsten Fall betrifft. Dort wird der Widerruf eines Patents angeordnet, wenn sich ergibt, dass "der Gegenstand des Patents nach den §§ 1 bis 5 nicht patentfähig ist."

Daraus ergibt sich zunächst einmal: Der Einwand ist möglich, der Gegenstand des Patentes sei als "Programm für Datenverarbeitungsanlagen" keine Erfindung (§ 1 Abs. 2 PatG). Die grundsätzliche Diskussion um den Umfang der Patentierbarkeit kann in jedem Einspruchs- oder Nichtigkeitsverfahren als Einwand gegen ein konkretes Softwarepatent angeführt werden.

Weiter verlangt § 1 Abs. 1 PatG, dass die betreffende Erfindung "neu" ist, was in § 3 näher bestimmt wird. Damit ist im Einspruchs- und Nichtigkeitsverfahren auch die Behauptung fehlender Neuheit möglich.

Für europäische Patente sind die Einspruchsgründe in Art. 100 des Europäischen Patentübereinkommens geregelt. Dessen Buchstabe a) verweist unter anderem auf die Art. 52 und 54. Wie bei einem Einspruch gegen ein deutsches Patent sind daher auch hier der grundsätzliche Einspruchsgrund fehlender Patentierbarkeit von Software sowie der auf den Einzelfall bezogene Einspruchsgrund fehlender Neuheit zulässig.

Der Einspruchsgrund fehlender Patentierbarkeit wird in jedem Verfahren mit allem Nachdruck vorzutragen sein. Die damit zusammenhängenden Fragen sind nur solche juristischer Argumentation.

¹⁶⁸ Für das Nichtigkeitsverfahren verweist § 22 Patentgesetz im wesentlichen auf § 21 Abs. 1.

Demgegenüber stellt sich bei dem anderen Einspruchsgrund fehlender Neuheit gleichzeitig die Frage, welche Strategie zur besten Wirkung gegen sozialschädliche Softwarepatente führt.

Bei einem wichtigen und besonders lästigen Softwarepatent ist eine mögliche Strategie die Suche nach neuheitschädlichen Kenntnissen durch eine größere Anzahl von Fachleuten, die über das Internet koordiniert wird. Hier wird die oben als Ausgangspunkt beschriebene grundsätzliche Interessenlage besonders wichtig. Der Patentinhaber steht allein gegen alle. Und ein einziger erfolgreicher Hinweis auf neuheitsschädlichen Stand der Technik reicht aus, um ein lästiges Patent zu versenken.¹⁶⁹

Hier ist auf das kommerzielle Geschäftsmodell von *Bountyquest* zu verweisen.¹⁷⁰ Diese Firma bietet eine über das Internet koordinierte Suche nach *prior art* als Dienstleistung an. Wer ein Patent versenken möchte oder wer vor möglichen Verhandlungen über eine Lizenzierung oder einen Kauf eines Patentes dessen Wert besser abschätzen möchte, kann eine Belohnung für Information ausloben, die ein Patent zu Fall bringen kann. Dies, so das Geschäftsmodell, führt dann dazu, dass interessierte Fachleute derartige Informationen liefern, als Gegenleistung für den ausgelobten Geldpreis, oder nicht liefern können, und damit die Bestandsfestigkeit und Glaubwürdigkeit des betreffenden Patentes erhärtet wird.¹⁷¹

¹⁶⁹ Ähnlich *McJohn*, The Paradoxes of Free Software, George Mason Law Review 9 (2000), S. 51.

¹⁷⁰ www.bountyquest.com.

¹⁷¹ Vgl. auch den Vorschlag von *Thomas*, ein ähnliches System mit aus öffentlichen Mitteln finanzierten Preisgeldern einzuführen: A Proposal for Patent Bounties, University of Illinois Law Review 2001, S. 305 ff.

Ein bekannter Fall, in dem eine über das Internet koordinierte Suche zu erheblichen Ergebnissen geführt hat, ist ein Gegenschlag gegen das *Intermind*-Patent. In diesem Fall hatte es eine Firma für eine gute Idee gehalten, einen von W3C entwickelten Standard für Datenschutz¹⁷² mit einem Patent angreifen zu wollen. Dies war natürlich die hinterletzte Oberfrechheit, weil sich der Angriff gegen einen vorgeschlagenen Standard¹⁷³ richtete. Standards müssen frei sein.¹⁷⁴ W3C hat sich dies nicht widerstandslos bieten lassen, sondern eine Erklärung¹⁷⁵ ins Netz gestellt, mit der, ganz ohne finanzielle Anreize, um Mitteilung von Informationen gebeten wurde, die dieses Patent platzen lassen können. Dies führte zu hunderten von sachdienlichen Hinweisen.¹⁷⁶ Die weitere Entwicklung wird von *Drummond Reed* von der Firma *Intermind*, die es seit einigen Jahren unter diesem Namen

¹⁷² www.w3.org/P3P/.

¹⁷³ Zur kartellrechtlichen Beurteilung der Freiheit von Standards *Pitofsky*, Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy, Berkeley Technology Law Journal 16 (2001), S. 551 (zum Fall *Dell Computer*). Zum Verhältnis Patentrecht und Standards allgemein *Mueller*, Patent Misuse Through the Capture of Industrial Standards, Berkeley Technology Law Journal 17 (2002), S. 623 ff; *dieselbe*, Patenting Industry Standards, The John Marshall Law Review 34 (2001), S. 897 ff.

¹⁷⁴ So wurde etwa bei der Auswahl des neuen Standards für Verschlüsselung AES Freiheit von Behinderungen durch das Patentsystem angestrebt, vgl. *Nechvatal* u.a., Report on the Development of the Advanced Encryption Standard (AES), 2000, csrc.nist.gov/encryption/aes/round2/r2report.pdf.

¹⁷⁵ World Wide Web Consortium to Investigate Patent Validity, May 1999, www.w3.org/1999/05/P3P-PatentPressRelease.html.

¹⁷⁶ www.zdnet.com/devhead/stories/articles/0,4413,2315736,00.html.

nicht mehr gibt, wie folgt gewürdigt:¹⁷⁷

Auf die Frage: "*So asserting a web patent is problematic?*" antwortete er, "*What people are finding is that trying to put up a patent in front of the rapidly flowing river of the web is like trying to dam it. But the river is so powerful that it will simply work around you, or wash over you. We were the first company that said we are not going to contribute IP royalty-free to a W3C standard. And look what happened!*"

Dies ist ein treffendes Bild. Wer es unternimmt, mit einem lästigen, breiten Softwarepatent sich den gesamten Rest der Welt zum Feind zu machen, hat einen starken Fluss gegen sich, der ihn umgehen oder wegspülen kann. Es zeigt, dass jedenfalls in diesem Fall W3C die stärkere Position hatte, und dass der über das Internet koordinierte Gegenschlag effektiv gewesen ist.

Zu diesem Fall ist auch die Stellungnahme aus patentinflationärer Sicht von *Rivette* und *Kline* aufschlussreich.¹⁷⁸ Zitat (Übersetzung von mir): "Dieser Vorgang zeigt die gesammelte Macht von Internet-Entwicklern. Und die Gefahren, die damit verbunden sind, sie (oder ihre Freunde) mit von ihnen als erpresserisch empfundenen Patentansprüchen zu bedrohen. (...) Open Source Programmierer sind nicht nur ein paar Software-Hippies (...) Im Gegenteil, sie sind unter den allerbesten Programmierern auf dem Planeten."

Die Frage nach der richtigen Strategie zum Gegenangriff auf den Bestand eines Patents stellt sich allerdings nicht erst, wenn ein Ein-

¹⁷⁷

www.derwent.com/ipmatters/caught_in_a_web/interview_reed.html.

¹⁷⁸ *Rivette/Kline*, Rembrandts in the Attic, 2000, S. 187 f.

spruchsverfahren oder eine Nichtigkeitsklage bereits eröffnet ist. Vielmehr ist schon in einem früheren Stadium zu überlegen, wie insgesamt sinnvollerweise zu verfahren ist, um den Stand der Technik so zu dokumentieren, dass dies später als eine wirkungsvolle Waffe eingesetzt werden kann.

Hier sind besonders die Ausführungen auf einer Seite des FFII zu diesem Thema zu beachten¹⁷⁹ und kurz zu diskutieren. Dort wird vorgeschlagen, möglichst viel Stand der Technik mit Zeitstempel im Internet offen zu dokumentieren, am einfachsten durch Diskussionen im *Usenet*, und dies dezentral zu tun. Die "dümmste" Strategie sei es demgegenüber, ein zentrales Archiv aufzubauen, in dem neue Ideen gesammelt werden, um dem Patentamt die Recherche zu erleichtern.

Ein derartiges zentrales Archiv findet sich als kostenpflichtige Dienstleistung etwa auf den Seiten der Firma ip.com.¹⁸⁰ Die Idee geht dahin, eine kostengünstige Alternative zum Patent für solche Firmen anzubieten, die kein Interesse daran haben, andere an der Nutzung einer eigenen Idee zu hindern oder von anderen dafür Lizenzgebühren zu erhalten, die sich aber dagegen sichern wollen, dass irgendjemand die betreffende Idee zum Patent anmeldet und dann damit gegen sie vorgeht. Dies ist durch eine defensive Veröffentlichung zu erreichen, und das Argument für eine kostenpflichtige Veröffentlichung über ip.com ist, dass damit bereits die Erteilung eines Patentbeschlusses verhindert werden kann. Wenn nämlich ein Patent erst einmal erteilt ist, kostet es möglicherweise eine Menge Geld, dieses Patent wieder zu versenken,

¹⁷⁹ "Kollektive Schutzschilder gegen Softwarepatente?", swpat.ffii.org/stidi/gacri/index.de.html.

¹⁸⁰ www.ip.com.

selbst wenn die eigene Idee als "Stand der Technik" bereits früher veröffentlicht war und damit eine Nichtigkeitsklage gute Aussichten hat.

Ich neige in dieser Frage dazu, auch eine dem Patentamt leicht zugängliche defensive Veröffentlichung für sinnvoll zu halten. Wenn ein Patent von vornherein nicht erteilt werden kann, ist die betreffende Idee dann vor der Blockade durch Patentanmeldung endgültig sicher. Wenn man dagegen die Information vor dem Patentamt und potentiellen Anmeldern verstecken will, muss man mit mehr lästigen Patenten rechnen und mit mehr Aufwand, diese nachträglich wieder zu beseitigen.

Der Unterschied ist im übrigen nicht so erheblich. Beim gegenwärtigen Stand der Technik zur Suche im Internet spielt es keine entscheidende Rolle mehr, wo eine Seite veröffentlicht ist. Die Suchmaschinen finden sie alle.

VI. Gegenschlag mit eigenen Rechten

Verschiedene Staaten der Welt sind im Besitz von Atomwaffen. Diese sind aber seit über fünfzig Jahren nicht mehr zum Einsatz gekommen. Der Grund dafür ist nicht einfach anzugeben. Vermutlich ist viel Glück dabei. Vermutlich liegt es aber auch daran, dass in vielen wichtigen Fällen die jeweils andere Seite auch über Atomwaffen verfügt hat. Das Gleichgewicht des Schreckens war gewahrt.

Ähnlich ist es auch im Bereich des Patentrechts. Ein amerikanischer Kenner der Materie, *Carl Shapiro*, spricht von einem Patent-Dickicht (*patent thicket*)¹⁸¹. Damit meint er die Erscheinung, dass in bestimmten Bereichen der Industrie so viele Patente die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung zumauern, dass niemand mehr irgend etwas produzieren kann, weil jeder immer gegen irgend ein Patent verstoßen würde, das eine andere Firma hält. Als Beispiele nennt er die Bereiche Halbleiter, Biotechnologie, Software und Internet. Dieses Dickicht besteht in manchen Fällen, etwa in dem der Halbleiterindustrie, aus hunderten bis tausenden von Patenten.

Besonders gefährlich sei die Kombination mit der Möglichkeit eines *hold-up*, worunter er nicht etwa einen Raubüberfall (etwa auf eine

¹⁸¹ Shapiro, Navigating the Patent Thicket, Cross Licenses, Patent Pools and Standard-Setting, March 2001, www.haas.berkeley.edu/~shapiro/thicket.pdf.

Postkutsche oder eine Bank) sondern die Erscheinung versteht, dass ein Patent in einem Stadium auftaucht, in dem schon erhebliche Mittel in Entwicklung und Produktion investiert worden sind. Als mögliche Gegenmaßnahmen nennt er Lizenzierung über Kreuz und Zusammenlegung von Patenten. Der erstere Fall ist ein zweiseitiger Nichtangriffspakt, der letztere führt dazu, dass die betreffenden Patente paketweise lizenziert werden können, was Ordnung in das Dickicht bringt.

Man könnte sich nun als Strategie gegen Softwarepatente vorstellen, dass eine gemeinnützige Institution eine größere Anzahl von eigenen Patenten sammelt und diese in einer Art "Gleichgewicht des Schreckens" als defensive Waffe nützt.¹⁸² So wird jede Firma, die ein lästiges Softwarepatent nicht nur erwirbt, sondern obendrein auch noch gerichtlich geltend zu machen versucht, mit Klagen aus den Defensivpatenten überzogen.

Diese Idee hat leider einige Nachteile. So ist für den Erwerb von Patenten anders als für den Erwerb von Urheberrechten ein erheblicher finanzieller Aufwand erheblich. Irgendwelche strategische Abschreckungswirkungen kann man sich nur von einer größeren Sammlung von Patenten erwarten. Dies erhöht naturgemäß die Gesamtsumme der erforderlichen Verwaltungsaufwendungen. Eine gemeinnützige Institution wird erhebliche Schwierigkeiten haben, die erforderlichen Mittel aufzubringen.¹⁸³

¹⁸² Vgl. *League for Programming Freedom*, Mutual Defense Against Software Patents, 1994, lpf.ai.mit.edu/Patents/mutual-def.html.

¹⁸³ Vgl. näher *Pilch/Smets*, Software Patentability with Compensatory Regulation: a Cost Evaluation, Upgrade December 2001, S. 23 ff. (=

Ein weiterer Nachteil ist die Tatsache, dass diese Strategie nur dann funktionieren kann, wenn unter den Defensivpatenten eines ist, auf dessen Verwendung der Angreifer auch wirklich angewiesen ist. Dies ist von vornherein dann nicht der Fall, wenn es sich um einen Angriff von einem reinen Patentverwerter handelt, ohne irgendwelche eigene Produktion, allein an der Erzielung von Lizenzeinnahmen interessiert. In allen anderen Fällen ist es eine Frage des Zufalls, ob in der Sammlung von Defensivpatenten eines gerade gegenüber dem betreffenden Angreifer wirkt.

Dennoch sollte die Idee nicht ohne weiteres begraben werden.¹⁸⁴ Mit einer verhältnismäßig einfachen Abwandlung lässt sich einiges bewirken. Diese Abwandlung sieht aus wie folgt.

Man baut keine neuen eigenen Patentsammlungen auf. Vielmehr bündelt man nur bereits vorhandene Patente, nach dem Vorbild von Art. 5 des NATO-Vertrages.¹⁸⁵ Dieser Artikel, der erstmals in der Geschichte der NATO anlässlich des Terroranschlages gegen die USA im September 2001 zur Anwendung kam, sieht vor, dass ein Angriff gegen ein NATO-Mitglied als ein Angriff gegen alle angesehen wird. Und alle gemeinsam zurückschlagen.

Ebenso könnte eine Reihe von Firmen, die Softwarepatente ausschließlich zu defensiven Zwecken halten, eine "*Software Patent Defense Organization*" (SPDO) gründen. Die Mitglieder der SPDO würden nach dem Modell von Art. 5 NATO-Vertrag verabreden, einen

www.upgrade-cepis.org/issues/2001/6/up2-6Smets.pdf.

¹⁸⁴ So etwa die Stellungnahme des FFII "Kollektive Schutzschilder gegen Softwarepatente?", swpat.ffii.org/stidi/gacri/index.de.html.

¹⁸⁵ www.nato.int/docu/other/de/treaty-de.htm.

auf Softwarepatente gestützten Angriff gegen eine Mitgliedsfirma als einen Angriff auf alle anzusehen, und mit allen geeigneten Mitteln gemeinsam zurückzuschlagen.

Im Gegensatz zu dem Modell einer gemeinnützigen Stelle, die eine Sammlung von Softwarepatenten erst neu anlegen müsste, hätte diese SPDO bereits von vornherein einen großen Bestand von defensiv verwertbaren Patenten. Die defensive Wirkung steigt logischerweise mit der Bündelung erheblich, da damit die Chance steigt, dass eine der Mitgliedsfirmen ein im Einzelfall für einen Gegenschlag geeignetes Patent angemeldet hat.

Die abschreckende Wirkung steigt auch gegenüber reinen Patentverwertern ohne eigene Produktionsinteressen, die sich dann nicht nur einem Gegner, sondern einer Vielzahl von starken Gegnern stellen müssen.

Wenn dann Entwickler von freier Software einer derartigen Organisation beitreten könnten, wäre ein kollektiver Schutzschild ohne erheblichen Verwaltungsaufwand zu erreichen.

Eine andere Möglichkeit zum Gegenschlag mit eigenen Rechten ergibt sich durch eine relativ einfach zu bewirkende Gestaltung der Lizenzbedingungen für freie Software. Diese Klausel findet sich bereits in manchen der bisher verwendeten Lizenzbedingungen.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Vgl. auch den Kommentar von *Rosen*, *Geek Law: Dealing with Patents in Software Licenses, Part 2*, (2002), www.linuxjournal.com/article.php?sid=5615, sowie ausführlicher *Horne*, *Source Software Licensing*, *Georgia State University Law Review* 17 (2001), S. 863 ff; *Kennedy*, *A Primer On Open Source Licensing Issues*,

Dies läuft darauf hinaus, dem Angreifer gegen ein bestimmtes *open source* Projekt das Recht zu entziehen, die in dem Projekt entwickelte Software auch noch zu benutzen. Das ist dann eine Ausnahme von dem Grundsatz der Freiheit von Weitergabe und Benutzung: Alle dürfen, nur nicht der Angreifer.

Eine derartige Klausel findet sich etwa in den Lizenzbedingungen,¹⁸⁷ die IBM für *open source* Projekte verwendet:

"If Recipient institutes patent litigation against a Contributor with respect to a patent applicable to software (including a cross-claim or counterclaim in a lawsuit), then any patent licenses granted by that Contributor to such Recipient under this Agreement shall terminate as of the date such litigation is filed. In addition, if Recipient institutes patent litigation against any entity (including a cross-claim or counterclaim in a lawsuit) alleging that the Program itself (excluding combinations of the Program with other software or hardware) infringes such Recipient's patent(s), then such Recipient's rights granted under Section 2(b) shall terminate as of the date such litigation is filed."

Der zweite Satz in dieser Klausel ist der hier beschriebene Gegenschlag. Wer mit einem Patent ein Open Source Projekt durch eine Klage zu stören für richtig hält, soll nicht auch noch obendrein das Recht behalten, die Früchte der von ihm behinderten und gestörten Entwicklungsarbeit weiter zu nutzen.

Saint Louis Public Law Review 20 (2001), S. 345 ff; *Nadan*, Open Source Licensing: Virus or Virtue?, Texas Intellectual Property Journal 10 (2002), S. 349 ff.

¹⁸⁷ www.opensource.org/licenses/ibmpl.html.

In der weit verbreiteten GPL (*General Public License*)¹⁸⁸ dagegen sucht man eine derartige Klausel vergebens. Der Gegenschlag mit dem Urheberrecht an *Open Source* Software findet sich derzeit nur bei einem Teil der Projekte.

Ebenso wie im Falle eines Gegenschlages mit defensiven Patenten ist aber auch hier die Masse wichtig. Die Entziehung des Rechts zur Nutzung von *Open Source* Software ist nur dann ein auch wirksamer Gegenschlag, wenn der Angreifer auf die Nutzung der betreffenden Software auch angewiesen ist. Die Wahrscheinlichkeit dafür steigt dann, wenn

a) alle *Open Source* Projekte nach dem Modell der IBM-Lizenz verfahren und

b) ebenso wie bei der oben geschilderten auf Patenten gebauten SPDO ein Angriff gegen ein Projekt als Angriff gegen alle angesehen wird.

Tatsächlich wäre bei einer Bündelung der Urheberrechte von möglichst vielen *Open Source* Projekten der Beitritt von freien Entwicklern zu einer SPDO insofern einfacher, als diese dann auch eine Waffe zum Gegenschlag einbringen könnten.

¹⁸⁸ www.opensource.org/licenses/gpl-license.html.

VII. Schadensersatz wegen unberechtigter Behinderung

1. GVE 2097: Effektivitätsquote von Softwarepatenten

Zur Einstimmung in diesen Bereich der Untersuchung das folgende Gedankenexperiment:

Im Jahre 2097 beschließt der Gesetzgeber ein "Gesetz zur Verhütung von Erdbeben" (GVE). Da Erdbeben zu unabsehbaren Schäden führen, sind dringend Gegenmaßnahmen nötig. Unter anderem wird ein Verbot eingeführt, mehr als 1000 Meter am Tag zu laufen, da andernfalls die Erdoberfläche in unverantwortlicher Weise belastet wird und dies zwingend zur Entstehung von verheerenden Erdbeben führt.

Dieses Gesetz hat einige Gegner. Die Freiheit, mehr als 1000 Meter am Tag zu gehen, sei mit dem Gesetz unnötig begrenzt. Es sei nämlich mit den bisherigen Erkenntnissen der Seismologie nicht zu belegen, dass die vom Gesetzgeber angenommene Belastung irgendwelche Auswirkungen auf die Entstehung von Erdbeben habe. So die Kritiker. (Am Rande sei in Erinnerung gerufen, dass es mit den bisherigen Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaft nicht belegt ist, dass die Abschaffung des Patentsystems und der damit verbundenen Freiheitsbeschränkungen irgendeine Auswirkung auf die Intensität von Forschung und Entwicklung hätte.)

Demgegenüber wendet die Gegenseite richtig ein, dass sich ohnehin niemand an das GVE halte. Es sei offenbar nicht möglich, jedem

Bürger einen Polizisten an die Seite zu stellen, der die Anzahl der Schritte zählt. Daher sei das Gesetz unbedingt erforderlich, schon wegen seines erheblichen Unterhaltungswertes (der wichtigste Faktor für die Beurteilung von Gesetzen im späten 21. Jahrhundert).

Ich springe 100 Jahre zurück zur Gegenwart und zum Patentrecht. Bei der Beurteilung von Freiheitsbeschränkungen, die von Softwarepatenten ausgehen, liegt die Annahme nahe, dass diese Wirkungen sehr niedrig sind. Das liegt darin, dass ebenso wie bei dem Beispiel oben Verhaltensgeltung und Sanktionsgeltung von Softwarepatenten relativ niedrig anzusetzen sind.

Verhaltensgeltung wird in der Rechtssoziologie als Zahlenwert definiert.¹⁸⁹ Angenommen die Gesamtzahl der Autofahrer, die eine bestimmte Strasse in einem Jahr passieren, liege bei einer Million. Weiter angenommen, 120.000 dieser Autofahrer halten sich an die dort angeordnete Geschwindigkeitsbegrenzung von 70 Kilometer pro Stunde. Dann liegt die Verhaltensgeltung bei zwölf Prozent.

Weiter sei angenommen, dass gegen 20.000 der verbleibenden rechtswidrig und illegal zu schnell Fahrenden ein Bußgeld verhängt wird. Dann liegt die Sanktionsgeltung der betreffenden Geschwindigkeitsbegrenzung bei zwei Prozent. Die Summe aus Verhaltensgeltung und Sanktionsgeltung kann man Effektivitätsquote nennen. Sie liegt in dem Beispiel bei 14 Prozent. Umgekehrt bleiben 86 Prozent Autofahrer, die sich nicht an die Beschränkung halten und deswegen auch nicht sanktioniert werden; für diese bleibt die Geschwindigkeitsbegrenzung im Ergebnis ohne Wirkung.

¹⁸⁹ Vgl. z. B. Raiser, Das lebende Recht, 2. Aufl. 1995, 260 f.

Mir sind keine rechtssoziologischen Untersuchungen zur Effektivitätsquote von Softwarepatenten bekannt. Ich vermute aber, dass diese - wie in dem fiktiven Beispiel GVE 2097 - sehr niedrig liegen muss.

Das liegt aus zwei Gründen nahe. Das Verbot in § 211 StGB, einen anderen Menschen aus Habgier zu töten, ist jedem leicht erkennbar. Demgegenüber ist bei Patenten erst einmal eine umfangreiche Recherche erforderlich, ehe man überhaupt beurteilen kann, ob mit einer bestimmten Gestaltung eines Programmes ein Patent verletzt wird. Und zweitens sind Programmierer in vielen Fällen allein oder in kleinen Unternehmen tätig und haben daher keine Zeit und kein Geld, die möglicherweise nötigen Recherchen auch tatsächlich durchzuführen.¹⁹⁰

Das bedeutet für die praktische Wirkung von Softwarepatenten: Was würde eigentlich passieren, wenn alle Programmierer in Europa plötzlich auf die Idee kämen, die bisher bereits gesetzwidrig erteilten Softwarepatente auch noch ernst zu nehmen? Bleibt dann noch ein nennenswerter Bereich für die freie Forschung und Entwicklung? Oder würde "Dienst nach Vorschrift" in der Branche einem Generalstreik gleich kommen?

Dies sind wichtige Fragen. Hier geht es mir aber vor allem um den Schaden, der durch die Behinderung der freien Forschung und Entwicklung mit Softwarepatenten entsteht. Dabei wird es vor allem um die Frage gehen, wie weit Ansprüche auf Schadensersatz (nach

¹⁹⁰ Vgl. *League for Programming Freedom*, Against Software Patents, 1991, lpf.ai.mit.edu/Patents/against-software-patents.html: "*Patent searches are prohibitively expensive*".

deuschem Recht) in diesem Zusammenhang möglich sind. Als Ausgangspunkt ist aber zunächst einmal folgendes festzuhalten:

Je höher die Effektivitätsquote von Softwarepatenten ist (hundert Prozent erreicht so gut wie keine Regel des geltenden Rechts), um so mehr Projekte anderer Softwareentwickler werden behindert, gestört, mit Kosten belastet oder ganz unmöglich. Dies ist mit entsprechenden Schäden bei diesen Entwicklern verbunden, die von reiner Lästigkeit bis zur Existenzbedrohung¹⁹¹ gehen können. Wichtig ist, dass diese Schäden potentiell bei einer erheblichen Anzahl von Firmen entstehen können. Das ergibt sich aus der grundsätzlichen Natur des Patents als eines Konfliktes einer (der Patentinhaber) gegen alle (der Rest der Welt).

Nehmen wir als Beispiel das besonders sozialschädliche und ärgerliche Patent von *British Telecom* auf die Hyperlink-Technik.¹⁹² Dies ist deshalb besonders schädlich, weil es prinzipiell jedem verbietet, ohne die freundliche Genehmigung des Patentinhabers irgendeine Seite ins Internet zu stellen. Der Gesamtschaden, der sich ergeben würde, wenn dieses Patent plötzlich mit einer Verhaltensgeltung von 100 Prozent beachtet würde, ginge in die Milliarden von Dollar. Es sind so viele Firmen (und Einzelpersonen) von diesem grundlegenden Patent betroffen, dass die Formel *durchschnittlicher Schaden mal Anzahl der Geschädigten* eine astronomische Summe ergeben muss.

Wenn es nun möglich ist, einen Teil dieser Schäden gegen den

¹⁹¹ Vgl. *Blanchard*, Ohne Titel, 1994, www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/arlington/va_blanchar.html.

¹⁹² swpat.ffii.org/vreji/pikta/xrani/hyperlink/index.de.html.

Patentinhaber geltend zu machen, stellt sich sehr schnell heraus, dass dieses Hyperlink-Patent keineswegs ein "Rembrandt auf dem Dachboden"¹⁹³ für den Patentinhaber ist. Vielmehr wird es dann zu einem "Fass ohne Boden". Die Geschädigten müssen nur einen Weg finden, wirksam zurückzuschlagen.

2. Grundlagen: Eingriff in den Gewerbebetrieb

In einem früheren Forschungsprojekt habe ich einmal eine Rangordnung unter den zahlreichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (und anderer Gesetze) nach objektiven Kriterien erstellt.¹⁹⁴ An der Spitze steht mit weitem Abstand § 823, die Vorschrift über die Haftung auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung, mit über 10.000 in der Datenbank JURIS veröffentlichten Entscheidungen. Nach dieser Vorschrift entsteht eine Haftung auf Schadensersatz bei einem Eingriff in bestimmte benannte Rechtsgüter, z. B. Leben und Eigentum (bei einem Verkehrsunfall wird jemand getötet, oder ein Auto beschädigt), und bei einem Eingriff in ein *sonstiges Recht*. Darunter fallen z. B. Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht, aber auch Eingriffe in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Insbesondere durch unberechtigte Ausübung von Schutzrechten.

Dies ergibt sich nicht direkt aus dem Gesetz. In § 823 BGB steht, auch nach der kürzlich erfolgten umfangreichen Schuldrechtsreform,

¹⁹³ Vgl. den Titel des Buches von *Rivette/Kline*: "Rembrandts in the Attic", 2000.

¹⁹⁴ Vgl. die Ergebnisse unter www.toptext.com.

nichts von Patenten und deren Geltendmachung. Vielmehr ergibt sich dies aus der Auslegung, die dem Begriff *Eingriff in ein sonstiges Recht* durch eine jahrzehntelange Rechtsprechung gegeben wurde. Unter den über 14.000 in JURIS nachgewiesenen Entscheidungen zum Recht der unerlaubten Handlung findet sich eine nicht unerhebliche Anzahl zu eben der Frage nach der Haftung für die unberechtigte Ausübung von Schutzrechten.

Zur näheren Erläuterung empfiehlt es sich, zunächst einmal die nach meiner Kenntnis früheste Entscheidung zu dieser Frage darzustellen:

Urteil des Reichsgerichts, I. Zivilsenat, 27. Februar 1904.¹⁹⁵ Dieses Urteil ist relativ bald nach dem Zeitpunkt ergangen, in dem das Bürgerliche Gesetzbuch in Kraft getreten ist (1900). In dem Fall hatte eine Firma ein Gebrauchsmuster für verschiedene Arten von Teppichen, Vorlegern und Läufern erworben. Diese Firma hatte dann, gestützt auf dieses Gebrauchsmuster, der klagenden Firma mit Schreiben vom 2. September 1901 unter Androhung einer Klage auf Schadensersatz und einer Strafanzeige die Nachbildung der Gebrauchsmuster untersagt. Unter dem gleichen Datum schrieb die Beklagte auch entsprechende Warnungen an zwei Webemeister der Klägerin.

In der Folge stellte sich dann heraus, dass das Gebrauchsmuster der Beklagten zu Unrecht erteilt worden war. Es fehlte an der Neuheit. Dies wurde von der Beklagten auch anerkannt, das Gebrauchsmuster daraufhin gelöscht.

Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt die Klägerin von der

¹⁹⁵ RGZ 58, S. 24.

Beklagten Ersatz für den Schaden, der ihr daraus entstanden ist, dass sie auf die Warnschreiben der Beklagten ihre Produktion zeitweise eingestellt hat. Grundlage für diesen Anspruch ist § 823 BGB. Der I. Zivilsenat führt in diesem Zusammenhang unter anderem aus:

"Es ist rechtsirrtümlich, wenn das Berufungsgericht die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 BGB verneint und deshalb die Haftbarkeit der Beklagten nur für den Fall anerkennen will, dass ihr die Kenntnis von der Schutzlosigkeit ihrer Gebrauchsmuster nachgewiesen sei. Fest steht es, dass der Kläger zu der Zeit, als ihm die Beklagte mit Berufung auf ihr Gebrauchsmusterschutzrecht unter Androhung der Zivilklage und des strafrechtlichen Vorgehens die Herstellung der Jutewaren untersagte, die Fabrikation dieser Waren bereits in seinen Geschäftsbetrieb aufgenommen hatte, wenn auch über den Umfang, in welchem dies geschehen war, bisher noch keine Gewissheit herrscht. Der Beklagten fällt daher zur Last, dass sie auf Grund eines ihr nicht zustehenden Rechts, also objektiv widerrechtlich, in den bestehenden Geschäftsbetrieb des Klägers eingegriffen hat. (...)

Auf diese Frage braucht indessen hier nicht weiter eingegangen zu werden. Denn dass, im Gegensatz zu der rechtlichen Möglichkeit, ein beliebiges Gewerbe zu betreiben, wie sie der § 1 GewO allgemein gewährt, an dem bereits eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein subjektives Recht anzuerkennen sei, das unmittelbar verletzt werden könne, ist schon in mehreren Entscheidungen verschiedener Senate angenommen worden. (...) Dadurch, dass es sich bei dem bestehenden selbständigen Gewerbebetriebe nicht bloß um die freie Willensbetätigung des Gewerbetreibenden handelt, sondern dieser Wille bereits seine gegenständliche Verkörperung gefunden hat, ist die feste Grundlage für die Annahme eines subjektiven Rechts an diesem Betriebe gegeben. Störungen und Beeinträchtigungen, welche sich

unmittelbar gegen den Gewerbebetrieb richten, dürfen deshalb als eine unter § 823 Abs. 1 BGB fallende Rechtsverletzung angesehen werden. Ein derartiger, gegen den Gewerbebetrieb selbst gerichteter Eingriff ist es offenbar, wenn auf Grund eines angeblich entgegenstehenden gewerblichen Schutzrechts die rechtliche Zulässigkeit dieses Betriebs in bestimmtem Umfange verneint, und deshalb seine Einschränkung verlangt wird. Widerrechtlich aber ist dieser Eingriff, wenn das behauptete Schutzrecht in Wahrheit nicht besteht, weil es sich dann nicht mehr um einen erlaubten Wettbewerb handelt. Das Gesetz stellt den Gewerbetreibenden unter bestimmten Voraussetzungen in der Gestalt des Patent- und Musterschutzes wertvolle Ausschließungsrechte zur Verfügung, vermöge deren sie die Erzeugnisse ihrer Erfindungstätigkeit vor der Benutzung durch die gleichstrebende Konkurrenz sichern und ihrem eigenen Vorteil allein vorbehalten können. Es ist nur ein Korrelat zu dieser bevorzugten Stellung, dass sie auch für den Bestand des Rechts einzustehen haben, das sie zur selbstnützigen Beschränkung des an sich freien Gewerbebetriebs ihrer Gegner geltend machen, und nicht nur die Vorteile genießen, sondern auch die Gefahren tragen müssen, welche mit der Behauptung solcher ausschließlichen Patent- und Musterrechte verbunden sind."

Diese Begründung des Reichsgerichts geht auf die entscheidende Frage nicht besonders sorgfältig ein. Dass die Behauptung eines Schutzrechtes, das sich später als nicht beständig erweist, einen rechtswidrigen Eingriff in den Gewerbebetrieb und damit eine Rechtsgutverletzung im Sinne von § 823 BGB darstellt, das war auch mit der Auffassung der Vorinstanz vereinbar. § 823 BGB verlangt neben einer Rechtsgutverletzung auch Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Die Auffassung der Vorinstanzen, es komme auf die Kenntnis der Beklagten von der Unbeständigkeit ihres Rechtes an, ist eben die Frage,

ob die Beklagte fahrlässig gehandelt hat oder nicht. Nach Ansicht des Reichsgerichts dagegen kommt es hierauf nicht an. Es reicht, wenn ein Schutzrecht sich objektiv irgendwann als nicht beständig erweist.

Damit behauptet diese Ansicht des Reichsgerichts eine sehr weitgehende Haftung des Schutzrechtsinhabers. Man spricht von einer Gefährdungshaftung, wenn Fahrlässigkeit nicht erforderlich ist. Eine derartige Gefährdungshaftung ordnet das Gesetz etwa für den Halter eines Autos für Schäden aus Verkehrsunfällen an. Andere Fälle von Gefährdungshaftung betreffen Eisenbahnen, Flugzeuge, Atomkraftwerke. Die Ansicht des Reichsgericht liegt nahe bei einer derartigen Gefährdungshaftung.

Springen wir hundert Jahre vor, zurück in die Gegenwart. Die grundsätzliche Auffassung der genannten Entscheidung des Reichsgerichts wird auch heute in der Rechtsprechung aufrechterhalten. Eine unberechtigte Schutzrechtsverwarnung führt zu einem Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 BGB.

Allerdings ist in der modernen Rechtsprechung ein für den Inhaber des Schutzrechtes etwas günstigerer Maßstab gültig. Eine Haftung aus unerlaubter Handlung setzt Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus. Vorsatz kommt in diesen Fällen kaum in Betracht. Es kommt daher im wesentlichen darauf an, wann dem Schutzrechtsinhaber der Vorwurf der Fahrlässigkeit zu machen ist.¹⁹⁶

Dies ist eine Frage, die aus prinzipiellen Gründen nicht besonders einfach zu beurteilen ist. Hier ist nicht der Ort, diese prinzipiellen

¹⁹⁶ Vgl. hierzu etwa die Ausführungen bei *Schulte*, Patentgesetz mit EPÜ, 6. Aufl. 2001, Rz. 158 ff zu § 139; *Busse*, Patentgesetz, 5. Aufl. 1999, Rz. 250 zu § 139.

Fragen näher darzulegen.¹⁹⁷ Einige einfache Andeutungen müssen genügen, auch wenn sie der Komplexität der Problematik nur unzureichend gerecht werden können.

Was ist der Gegenstand des Fahrlässigkeitsvorwurfes? Dem Inhaber des Schutzrechtes wird vorgeworfen, dass sein Schutzrecht sich letztendlich als nicht beständig erwiesen hat, oder dass es zwar beständig war, die von dem Verwarnten vorgenommenen Handlungen aber nicht erfasst hat. Dabei ist der entscheidende Gesichtspunkt: Zu dem Zeitpunkt, zu dem eine Schutzrechtsverwarnung vorgenommen wird, liegt noch keine endgültige gerichtliche Klärung der betreffenden Fragen vor. Der Gegenstand für den Vorwurf der Fahrlässigkeit ist die Voraussage der endgültigen gerichtlichen Entscheidung über den Bestand und den Umfang des Schutzrechts.

Vorhersagen gerichtlicher Entscheidungen sind immer ein schwieriges Geschäft, besonders aber, wenn wie im Patentrecht nicht nur Rechtsfragen sondern auch schwierige technische Abgrenzungsfragen zu beurteilen sind. Was ist der richtige Maßstab für Fahrlässigkeit in diesem Zusammenhang? Welches Ausmaß an Sorgfalt kann man hier verlangen? Wäre nicht das einfache Modell eher angemessen, das die ZPO für die Behandlung von Kosten verwendet (der Verlierer bezahlt alles, egal ob er den Verlust vorhersehen konnte oder nicht)?

Dies sind interessante Fragen. Sie sollen hier aber nicht weiter vertieft werden. Vielmehr muss es hier ausreichen, die Praxis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu klären. Wie noch zu zeigen sein wird, kommt es auf die Details dieser Praxis, die sich in Zukunft durchaus auch ändern kann, gar nicht entscheidend an. In der

¹⁹⁷ Vgl. hierzu ausführlich *Lenz, Zukünftiges Recht*, 2002.

gebotenen Kürze sei also nur die wichtigste Entscheidung kurz dargestellt.

Urteil des Bundesgerichtshofes, X. Zivilsenat, 11. Dezember 1973, *Maschenfester Strumpf*¹⁹⁸

Der Bundesgerichtshof verteidigt in dieser Entscheidung zunächst die vom Reichsgericht übernommene grundsätzliche Anerkennung von Ansprüchen aus unerlaubter Handlung in Fällen von unberechtigten Schutzrechtsverwarnungen gegen Einwände in der rechtswissenschaftlichen Literatur und hält an dieser Praxis fest. Dann macht er nähere Ausführungen zum Verschuldensmaßstab. Deren Anwendung auf den vorliegenden konkreten Anwendungsfall ergibt, dass hier kein Verschulden vorgelegen hat.

Als Grund für das Festhalten an der bisherigen jahrzehntelangen Praxis wird vor allem ausgeführt, es sei untragbar, wenn der Schutzrechtsinhaber Dritte in ihrer Gewerbeausübung durch objektiv ungerichtfertigte Unterlassungsforderungen behindern könnte, ohne selbst bei grob fahrlässiger Fehlbeurteilung der Rechtsbeständigkeit seines Schutzrechts den von ihm verursachten Schaden ersetzen zu müssen.

Zum Verschuldensmaßstab führt die Entscheidung aus:¹⁹⁹

"aa) Für die Annahme eines Verschuldens genügt nicht die - in Streitigkeiten des gewerblichen Rechtsschutzes stets gegebene - Möglichkeit, dass das Schutzrecht keinen Bestand haben könnte. Die möglichen Zweifel an der Rechtslage müssen vielmehr einen konkreten Beziehungspunkt haben, der vom Verwarner hätte beachtet werden

¹⁹⁸ BGHZ 62, S. 29.

¹⁹⁹ BGHZ 62, S. 29, 36 ff.

können.

bb) Bei Gebrauchsmusterverwarnungen muss von dem Verwarner ein höheres Maß an Sorgfalt verlangt werden als bei einem Vorgehen aus geprüften Schutzrechten.

cc) Um einen Schuldvorwurf zu begründen genügt es, wenn der Verwarner in vorwerfbarer Weise den Stand der Technik nur unvollständig berücksichtigt oder falsch gewürdigt, oder wenn er vorwerfbar die Erfordernisse des Fortschritts oder der Erfindungshöhe falsch eingeschätzt oder die Verletzungsform zu Unrecht als unter sein Recht fallend eingeordnet hat. Dabei ist allerdings eine irrige Wertung, die sich allein auf die Frage der Erfindungshöhe beschränkt, weniger streng zu würdigen.

dd) Es widerspricht nicht dem im bürgerlichen Recht geltenden objektiven Sorgfaltsbegriff, wenn bestimmte, eine gesteigerte Sachkenntnis bedingende Umstände, wie sie sich etwa aus den langjährigen Erfahrungen eines bedeutenden Unternehmens ergeben können, bei der Bemessung der Sorgfaltspflicht berücksichtigt werden. (...)

b) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte, bevor sie die Klägerin verwarnte, zweimal unter Beteiligung fach- und rechtskundiger Berater eingehende Untersuchungen über die Schutzfähigkeit der beiden Gebrauchsmuster vorgenommen.

c) Angesichts dieser aus doppeltem Anlass durchgeführten Prüfungen ist der Revision zuzugeben, dass die Beklagte alles ihr billigerweise Zumutbare getan hat, um zu einer objektiv richtigen Beurteilung der Schutzrechtslage zu gelangen. Bei dieser Wertung hat der Senat insbesondere auch berücksichtigt, dass die Beklagte sich nicht auf ihr eigenes Urteil verlassen, sondern den Rat erfahrener Rechts-

und Patentanwälte eingeholt hat. Soweit die Rechtsprechung gelegentlich die Meinung vertreten hat, auf den Rat ihres eigenen Patentanwaltes dürfe sich die Schutzrechtsinhaberin nicht verlassen, sondern müsse in zweifelhaften Fällen das Gutachten eines erfahrenen neutralen Spezialisten einholen (...), vermag der Senat dem jedenfalls dann nicht beizutreten, wenn das Schutzrecht ein Gebiet betrifft, das - wie das hier der Fall ist - in technischer Hinsicht überschaubar ist und von einem Patentanwalt oder einem patentrechtlich erfahrenen Rechtsanwalt erfasst und beurteilt werden kann. An der Objektivität des Anwalts bei der Beratung des Auftraggebers zu zweifeln, besteht kein Anlass, denn dieser erwartet von ihm gerade eine neutrale, das heißt objektiv richtige Beurteilung der Sach- und Rechtslage, weil nur eine solche ihm eine brauchbare Grundlage für seine Entschlüsse geben kann. (...)

d) Wenn die Beklagte trotz aller dieser Maßnahmen und entgegen der Ansicht ihrer Berater die Schutzfähigkeit ihrer Gebrauchsmuster unrichtig beurteilt haben sollte, wofür das Ergebnis der Löschungsklage sprechen mag, so würde diese Fehlbeurteilung den Vorwurf der Fahrlässigkeit nur dann rechtfertigen, wenn die Beklagte begründeten Anlass gehabt hätte, das Urteil ihrer Anwälte anzuzweifeln. Gegen eine solche Annahme spricht aber, dass auch die von der Klägerin zur Prüfung der Schutzrechtslage herangezogenen, ebenfalls besonders erfahrenen Patentanwälte die Löschung der Gebrauchsmuster für unwahrscheinlich angesehen und der Klägerin aus diesem Grunde zur Einstellung der Produktion des unter diese Schutzrechte fallenden Strumpfes geraten haben und dass sogar die Gebrauchsmusterabteilung des Deutschen Patentamtes im späteren Lösungsverfahren zunächst zu dem in einem Zwischenbescheid niedergelegten Ergebnis gelangt war, die Gebrauchsmuster seien durch keine Ent-

gegenhaltung, auch nicht durch die ihnen am nächsten kommende US-Patentschrift Nr. ..., vorweggenommen. Die übereinstimmende, auf unabhängig voneinander durchgeführten Prüfungen verschiedener Stellen beruhende positive Beurteilung der Gebrauchsmuster spricht in besonderer Weise dafür, dass dieses Ergebnis aus damaliger Sicht zumindest mit guten Gründen vertretbar war und nicht auf einer Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt beruhte."

Die Einzelheiten bei der Prüfung des Verschuldens stellen sich als durchaus schwierig dar. Hier wird vieles von Wertungen im Einzelfall abhängen. Klar ist aber mindestens:

Wer ein Patent im Wege einer Verwarnung geltend macht, verursacht in vielen Fällen einen Schaden. Den Ersatz dieses Schadens kann der Verwarnte aus unerlaubter Handlung wegen eines Eingriffes in den Gewerbebetrieb verlangen, wenn die Verwarnung nicht berechtigt war und Fahrlässigkeit anzunehmen ist.²⁰⁰

Allerdings ist auch durchaus nicht auszuschließen, dass sich diese seit hundert Jahren feststehende Rechtsprechung in Zukunft ändert. In der Literatur ist sie nämlich nach wie vor durchaus umstritten. Besonders gibt die Opposition zu dieser Rechtsprechung von *Ullmann* insoweit Anlass zu Zweifeln.²⁰¹ Nicht nur, weil er seinen Standpunkt gut begründet. Sondern auch, weil er als Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof²⁰² besonders weitgehend in der Lage ist, seinen kritischen Standpunkt bei für eine mögliche zukünftige Änderung der

²⁰⁰ *Mes*, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, 1997, Rz. 49 zu § 139.

²⁰¹ *Ullmann*, GRUR 2001, S. 1027 ff.

²⁰² Allerdings am VII. Senat, der für Patentsachen nicht zuständig ist, vgl. die Zuständigkeitsverteilung des BGH unter www.bundesgerichtshof.de/gvpl02.htm#top.

Rechtsprechung zuständigen Kollegen im X. Zivilsenat zu Gehör zu bringen.

Nach Ansicht von *Ullmann* ist nicht einzusehen, warum ausgerechnet bei gewerblichen Schutzrechten eine besonders strenge Haftung für den Kläger gelten solle. In allen anderen Zivilprozessen habe der Kläger bei einem Prozessverlust nur in den Grenzen der §§ 945, 717 II ZPO für Schäden des Beklagten durch das Verfahren einzustehen. Die oben geschilderte Rechtsprechung sei mit der durch Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes garantierten "Freiheit zur streitigen Geltendmachung" nicht zu vereinbaren. Der Verwarnte handle auf eigenes unternehmerisches Risiko, wenn er nachgebe. Das sei nicht anders als bei der Zahlung einer unberechtigten Forderung.

Allerdings will auch *Ullmann* die Haftung wegen unberechtigter Schutzrechtsverwarnung nicht völlig ausschließen. Vielmehr will er sie nunmehr auf die Generalklauseln in § 826 BGB und §§ 1, 3 UWG gestützt sehen. Damit wird dann ein "sittenwidriges" Verhalten des Verwarnenden erforderlich.

Der von *Ullmann* vermisste Grund für die besondere Haftung des Verwarnenden lässt sich leicht angeben. Nämlich der Grundsatz der Waffengleichheit. Der Patentinhaber kann vom Beklagten über die Vorschriften der §§ 945, 717 ZPO hinaus weitgehende Ansprüche auf Schadensersatz nach 139 Abs. 2 PatG erheben, die keine Sittenwidrigkeit, sondern nur Fahrlässigkeit voraussetzen. Daher erfordert die Gleichbehandlung der Parteien in Bezug auf die Einschätzung einer unsicheren Rechtslage mindestens, dass auch der Kläger bereits für Fahrlässigkeit haftet.

Weiter hat *Ullmann* auch nicht näher begründet, wie seine Ansicht

mit Art. 48 Abs. 1 Satz 1 TRIPS²⁰³ vereinbar sein soll. Diese Bestimmung lautet: " The judicial authorities shall have the authority to order a party at whose request measures were taken and who has abused enforcement procedures to provide to a party wrongfully enjoined or restrained adequate compensation for the injury suffered because of such abuse." Die Haftung nach dem bisherigen Maßstab ist nach dieser Vorschrift internationaler Standard. Die von *Ullmann* geforderte Aufgabe dieses Maßstabes wäre damit ein Verstoß der Bundesrepublik Deutschland gegen völkerrechtliche Verpflichtungen.

Dabei bleibt noch außer Betracht, dass mit einem unberechtigten Patent immer auch die Gefahr einer strafrechtlichen Haftung nach § 142 PatG verbunden ist, die nur den Beklagten und nie den Patentinhaber treffen kann. Bereits dadurch ist die Waffengleichheit zwischen den Parteien gestört. Sie darf nicht noch weiter zu Gunsten des Klägers verschoben werden, indem obendrein auch noch die zivilrechtliche Haftung einseitig den Patentinhaber begünstigt.

Ich werde gleich sogar umgekehrt argumentieren, dass die bisherige Haftung des Patentinhabers noch nicht weit genug geht, um Waffengleichheit zwischen den Parteien zu schaffen.

Allerdings würde auch nach der einschränkenden Auffassung von *Ullmann* die Haftung des Patentinhabers nicht völlig ausgeschlossen. Wie sich in den folgenden Überlegungen zeigen wird, reicht selbst eine derart eingeschränkte Haftungsgrundlage für eine wirksame Strategie gegen sozialschädliche Softwarepatente.

²⁰³ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights vom 15. April 1994, www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm.

3. Prinzipielle Überlegungen zu den Verpflichtungen aus einem Patent

Die oben genannte Rechtsprechung setzt für einen Anspruch auf Schadensersatz voraus, dass der Patentinhaber sein Patent zu einer Verwarnung nutzt. Allein die Tatsache, dass ein bestimmtes Patent erteilt wurde, reicht noch nicht aus, um einen Anspruch aus unerlaubter Handlung wegen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu begründen. Selbst ein nicht mit einem Unterlassungsverlangen verbundener Hinweis auf ein Schutzrecht, eine sogenannte *Berechtigungsanfrage*, soll noch nicht zur Begründung einer Haftung des Patentinhabers ausreichen.²⁰⁴

Dies ist bemerkenswert. Ein Patent hat die in § 9 PatG beschriebenen Verbotswirkungen gegen jedermann sofort, nicht etwa erst nach einer besonderen Aufforderung in einer "Verwarnung". Diese Verbotswirkungen sind in § 142 PatG strafbewehrt. Wer gegen die Verbote verstößt, begeht eine Straftat.

Die Konzeption des Patentgesetzes ist also klar. So ist etwa die Herstellung eines Erzeugnisses, das Gegenstand eines Patentes ist, mit der Erteilung des Patentes jedermann verboten. Sie ist nicht erst von dem Zeitpunkt an verboten, in dem der Patentinhaber sich entschließt, sein Patent gegenüber einem anderen mit einer "Verwarnung" außergerichtlich geltend zu machen.

Warum haftet dann der Patentinhaber erst ab diesem Zeitpunkt für

²⁰⁴ *Schneider/Zwipf*, in: *Schramm*, Der Patentverletzungsprozeß, 4. Aufl. 1999, S. 280; *Engel*, Der Software-Verletzungsprozeß, in: *Lehmann* (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993, S. 869, 903 f.

die durch ein unberechtigt erworbenes Patent verursachten Schäden? Der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb beginnt nicht erst mit dem Zeitpunkt der Verwarnung. Die Behinderungswirkung, die Beschneidung der Freiheit zur Verwendung einer bestimmten Idee, die damit verbundenen Schäden für eine potentiell große Anzahl von Betrieben, alle diese Wirkungen entstehen schon kraft Gesetzes.

Die gegenwärtige Praxis, wonach erst ab dem Zeitpunkt einer Verwarnung mit einem Schutzrecht eine Haftung aus Schadensersatz möglich ist, bedeutet ein zweistufiges Verständnis der Pflichten aus dem Patent. Dritte sind zunächst einmal durch die §§ 9, 142 Patentgesetz auch strafrechtlich verpflichtet, alle Patente zu beachten. Dies ist die erste Stufe. Die zweite Stufe beginnt mit der Verwarnung. Mit dieser Verwarnung verlangt der Patentinhaber von seinem Gegner, diese Verbote auch *wirklich* zu beachten. Erst von dieser zweiten Stufe an besteht eine Haftung des Patentinhabers.

Dies ist offenbar nicht fair.

Umgekehrt ist die Haftung des Patentverletzers auf Schadensersatz keineswegs auf einen Zeitpunkt nach Erhalt einer Verwarnung beschränkt. Vielmehr geht die Praxis dahin, eine Haftung des Patentverletzers auf Schadensersatz für alle Handlungen ab einem Zeitpunkt von einem Monat nach der Veröffentlichung eines Patents²⁰⁵ anzunehmen.

Das ist ein anderer Zeitpunkt als der Zeitpunkt einer Verwarnung. Es gibt keinen sachlichen Grund für diese Unterscheidung. Wenn

²⁰⁵ BGHZ 127, S. 262, 273; *Busse*, Patentgesetz, 5. Aufl. 1999, Rz. 111 zu § 139.

überhaupt, dann muß die Haftung des Patentinhabers *früher* einsetzen als die von Dritten. Denn der Patentinhaber hatte wesentlich mehr Anlass, sich mit der Wirksamkeit seines Patentes zu beschäftigen, und wesentlich mehr Hintergrundinformationen, als jeder möglicherweise betroffene Dritte.

Wenn man sich Regelungen in der ZPO über Prozesskosten und Schadensersatz ansieht, findet man nirgends eine derartige Einseitigkeit. Die Kosten für einen Prozess trägt nach § 91 die unterliegende Partei. § 91 unterscheidet nirgendwo danach, ob der angebliche Inhaber eines Rechts gewinnt oder ob umgekehrt der Beklagte gewinnt. § 717 Abs. 2 gibt einen Anspruch auf Schadensersatz für eine unberechtigte Zwangsvollstreckung aus einem später aufgehobenen vorläufig vollstreckbaren Urteil nur für den Beklagten; dies wird aber entsprechend auf den Fall angewendet, dass der Beklagte wegen der Kosten aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil gegen den Kläger vorgeht.²⁰⁶ Auch § 945 gibt einen Anspruch auf Schadensersatz im Falle von später aufgehobenen Arresten oder einstweiligen Verfügungen, und zwar wieder völlig unabhängig davon, welche Partei letztlich gewinnt.

Die asymmetrische Behandlung des Anspruches auf Schadensersatz im Patentrecht ist vor diesem Hintergrund ein ärgerlicher Fremdkörper im System. Sie widerspricht dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit. Es ist nicht einzusehen, warum der Patentinhaber mit einer Beschränkung seiner Haftung auf einen Zeitpunkt nach einer Verwarnung systemwidrig belohnt werden muss.

²⁰⁶ Vgl. *Krüger*, Rz. 13 zu § 717, in *Münchener Kommentar ZPO*, Band 2, 2. Aufl. 2000.

Dies wäre nur dann verständlich, wenn alle Handlungen des Patentinhabers vor diesem Zeitpunkt nur als unverbindliche, nicht ernst gemeinte Erklärungen zu verstehen wären. Dies ist nicht angemessen. Der Patentinhaber sollte mit seinem Anspruch auf Ausschließlichkeit spätestens vom Zeitpunkt der Patenterteilung ernst genommen werden. Und spätestens von diesem Zeitpunkt auch die volle Haftung für alle Behinderungen und Schäden übernehmen, die durch sein Patent entstehen, wenn dieses später aufgehoben wird.

Die andere Möglichkeit zur Herstellung von Waffengleichheit wäre es, wenn die strafrechtliche Haftung aus § 142 PatG und die zivilrechtliche Haftung auf Schadensersatz aus § 139 PatG ebenfalls erst mit dem Zeitpunkt einer Verwarnung durch den Patentinhaber einsetzen würde, was derzeit mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu vereinbaren ist.

Eine weitere Möglichkeit zur Herstellung von Waffengleichheit ergibt sich allerdings aus den folgenden Ausführungen.

Ausgangspunkt sei wieder, wie oben bei der Strategie freundlicher Anfragen an den Patentinhaber, ein in besonders ärgerlicher Weise die gesamte Branche behinderndes Softwarepatent.

In einem solchen Fall wird es nicht besonders schwer sein, Firmen zu finden, die in ihrer Freiheit zur Entwicklung bereits durch die Existenz des betreffenden Patentbesitzes in einer materiellen Schäden verursachenden Weise spürbar beeinträchtigt werden. Eine derartige Firma (oder eine erhebliche Anzahl von betroffenen Firmen) könnte nun eine *weniger freundliche* Anfrage an den Patentinhaber richten:

" Sehr geehrte Damen und Herren,

wie wir sehen, haben Sie das Patent Nummer sowieso erworben, mit

dem Sie eine für die weitere Entwicklung unserer Branche grundlegende Idee publiziert haben.

Wir gratulieren Ihnen zu der klugen Investition in dieses Patent. Es betrifft ein Gebiet, auf dem wir ebenfalls demnächst tätig werden wollen. Bitte entnehmen Sie Informationen zu dem von uns verfolgten Projekt der Anlage (dreihundertzwei Seiten).

Wir fordern Sie hiermit auf, innerhalb von zwei Wochen rechtsverbindlich zu erklären, ob Sie unser Projekt mit Ihrem Patent angreifen oder behindern wollen.

Für den Fall, dass Sie keinen umfassenden und rechtsverbindlichen Verzicht innerhalb dieser Frist erklären, gehen wir davon aus, dass Sie von uns ernsthaft verlangen, Ihr obengenanntes Patent nicht nur mit Verärgerung zur Kenntnis zu nehmen sondern obendrein auch noch wirklich zu beachten.

Wir werden für diesen Fall mit allen uns zur Verfügung stehenden Mitteln gegen Sie vorgehen. Da Ihr Patent in besonders lästiger Weise die gesamte Branche behindert, wissen wir uns nicht allein in einem derartigen Konflikt.

Insbesondere behalten wir uns vor, alle uns durch ihr Patent entstehenden Schäden aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung (Eingriff in unseren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) gerichtlich gegen Sie geltend zu machen."

Der Zweck dieses Schreibens ist - mit umgekehrten Vorzeichen - der gleiche Zweck wie der eines Verwarnungsschreibens durch einen Patentinhaber. Es wird der Gegenseite klar gemacht, dass es jetzt ernst wird. Und weiter wird damit eine Klage vorbereitet.

Der Patentinhaber kann auf ein derartiges Schreiben hin das in der Anlage (302 Seiten) beschriebene Projekt prüfen. Dies ist mit einem gewissen Aufwand verbunden. Dies wird deutlich, wenn man sich etwa die Stellungnahme amerikanischer Anwälte zu der Frage ansieht, ob der W3C-Standard P3P das *Intermind*-Patent verletzt.²⁰⁷ Der Patentinhaber kann dann, nach mehr oder weniger gründlicher Prüfung, wie verlangt rechtsverbindlich erklären, dass er mit seinem in dem Schreiben genannten Patent nicht gegen dieses Projekt vorgehen wird.

Oder er kann eine derartige Erklärung unterlassen. In diesem Fall meine ich, dass spätestens mit Ablauf der in dem Schreiben genannten Frist die Haftung auf Schadensersatz aus unerlaubter Handlung wegen Eingriffs in den Gewerbebetrieb einsetzen muss, wenn sich später herausstellt, dass entweder das Patent nichtig ist oder jedenfalls dessen Geltungsbereich durch das betreffende Projekt nicht betroffen wird.

An sich ist völlige Waffengleichheit zu fordern. Es geht nicht an, dass der Patentinhaber erst einmal in Ruhe und ohne Haftungsrisiko überlegen kann, ob er irgendetwas durch besondere Aufforderung mittels einer Verwarnung ernsthaft zur Beachtung seines Patentes anhalten will und erst von diesem Zeitpunkt an haftet, während Dritte schon von einem viel früheren Zeitpunkt an haften sollen, wenn sie sich entschließen, ein Patent für ein bestimmtes Projekt nicht für schädlich zu halten. Mindestens aber muss von dem Zeitpunkt an, von dem ein Dritter umgekehrt dem Patentinhaber mitteilt, dass es jetzt ernst wird, die Haftung auch des Patentinhabers einsetzen.

²⁰⁷ *Rein/Stephens/Lebowitz*, Analysis of P3P and US Patent 5,862,325, 1999, www.w3.org/TR/P3P-analysis.

Auf diesen Standpunkt kann sich jedenfalls eine Firma stellen, wenn auf eine Anfrage der oben beschriebenen Art keine rechtsverbindliche Verzichtserklärung eingeht und sie nunmehr dazu schreitet, in strategisch günstiger Weise eine Klage gegen den Patentinhaber zu erheben.

4. Prozessuale Strategie

Die erste Frage bei der Gestaltung der prozessualen Strategie ist, vor welchem Gericht die Klage geltend gemacht werden soll. Dabei hat zunächst einmal der Kläger die Wahl, welches Gericht er anrufen will. Allerdings ist auch damit zu rechnen, dass dieses Gericht sich für nicht zuständig erklärt und die Sache dann an ein anderes Gericht verweist.

Die ideale Strategie geht dahin, einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Eingriffs in den Gewerbebetrieb in einer relativ geringen Höhe (etwa 2000 Euro) vor dem Landgericht geltend zu machen, an dem der Sitz der durch das lästige Softwarepatent behinderten Firma liegt. Zur Begründung ist einerseits auf § 32 ZPO zu verweisen. Danach ist für eine Klage aus unerlaubter Handlung das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die unerlaubte Handlung begangen ist. Bei einem Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist das dort, wo dieser Gewerbebetrieb belegen ist.

Die Zuständigkeit des Landgerichts ergibt sich ohne Rücksicht auf den Streitwert aus § 143 Abs. 1 PatG, wenn die Klage eine Patentstreitigkeit ist. Dieser Begriff wird von der Rechtsprechung weit

ausgelegt.²⁰⁸ Alle Streitigkeiten, die mit einer Erfindung eng verknüpft sind, gehören zu den Patentstreitigkeiten. Daher auch ein Anspruch aus unerlaubter Handlung wegen Eingriffs in den Gewerbebetrieb in der Form eine Behinderung eines Projektes durch ein Softwarepatent.

Es liegt auf der Hand, dass eine Klage vor dem Landgericht am eigenen Firmensitz vorteilhaft ist. Der Beklagte muss in diesem Fall vor einem auswärtigen Gericht prozessieren. Bei einem relativ geringen Streitwert ist der dafür erforderliche Aufwand nicht unerheblich.

Die zweite strategisch wichtige Überlegung ist eben die Gestaltung des Streitwertes. Auch dies bleibt in weitem Umfang dem Kläger überlassen.

Der Antrag einer Klage wird auf zwei Ziele gerichtet sein. Erstens auf eine Feststellung, dass das von der klagenden Firma verfolgte und in dem vorprozessualen Schreiben ausführlich geschilderte Projekt von dem Geltungsbereich des betreffenden Softwarepatentes nicht erfasst wird.

Zweites Ziel eines Klageantrages wird eine Geldzahlung in relativ geringer Höhe, etwa 2000 Euro, als Schadensersatz sein. Dagegen wird es sich in dieser Form des Gegenschlages nicht empfehlen, die Berechtigung des Patentbesitzers als solchen anzuzweifeln. Dies würde nämlich erstens zu einem wesentlich höheren Streitwert führen und zweitens (jedenfalls in Deutschland) eine gesonderte Nichtigkeitsklage erfordern.

Diese Gestaltung des Klageantrags entspricht dem, was in Art. 4 des

²⁰⁸ BGHZ 14, S. 72.

Entwurfes einer Verordnung über ein Gemeinschaftspatent²⁰⁹ als "Nichtverletzungsklage" bezeichnet wird. Unter der Überschrift "Klage auf Feststellung der Nichtverletzung" bestimmt Absatz eins dieser Vorschrift: "Jedermann kann gegen den Inhaber eines Patents oder einer ausschließlichen Lizenz Klage erheben, um festzustellen, dass die wirtschaftliche Tätigkeit, die er ausübt, für die er wirkliche Anstalten getroffen hat oder die er beabsichtigt, auszuüben, die Rechte gemäß Artikel 7, 8 und 19 nicht verletzt."

Ein solcher Antrag ist auch nach amerikanischem Recht möglich. Als "pre-emptive patent suit" bzw. "declaratory judgement action".²¹⁰ Die hier entwickelte Strategie ist daher - von Einzelheiten im Detail abgesehen - vermutlich auch international anwendbar.

Im deutschen Patentgesetz findet sich derzeit noch keine derartige Sonderregelung.²¹¹ Auch das geltende europäische Patentrecht, das Europäische Patentübereinkommen, kennt keine entsprechende Vorschrift. Die Zulässigkeit einer derartigen Klage beurteilt sich daher nach allgemeinen Vorschriften, insbesondere nach § 256 der Zivilprozessordnung. Für den Fall, dass der Patentinhaber auf die oben beschriebene Aufforderung keine Verzichtserklärung abgibt, ist ein Interesse des Klägers an der Feststellung einer Nichtverletzung nicht zu leugnen, so dass auch ohne eine derartige Klarstellung im geltenden

²⁰⁹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Gemeinschaftspatent, 1.8.2000, KOM(2000) 412 endgültig, europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/412de.pdf.

²¹⁰ Vgl. z.B. *Miele*, Patent Strategy, 2000, S. 139.

²¹¹ Mittelbar ergibt sich allerdings aus § 59 Abs. 2 S. 2 PatG, dass eine negative Feststellungsklage jedenfalls dann zulässig ist, wenn der Patentinhaber den Kläger abgemahnt hat.

Recht die beiden oben genannten Anträge zulässig sind.

Was ist nun der strategische Sinn der Begrenzung des Streitwertes auf einen relativ geringen Betrag?

Dies wird deutlich, wenn man sich die Situation des Beklagten, also des Patentinhabers, vor Augen führt. Er verliert in jedem Fall.

Theoretisch sind neben einer Erledigung durch Vergleich ein Erfolg des Klägers und ein Erfolg des Beklagten möglich.

Wenn der Kläger gewinnt, wird festgestellt, dass das Patent des Beklagten das Projekt des Klägers nicht behindert. Weiter wird der Beklagte zur Zahlung von 2000 Euro verurteilt und hat die infolge des geringen Streitwertes relativ geringen Prozesskosten zu tragen.

Wenn umgekehrt der Beklagte gewinnt, erhält der Kläger nichts und hat die Prozesskosten zu tragen. Nach § 91 Abs. 2 der Zivilprozessordnung fallen darunter auch die *gesetzlichen* Gebühren des Rechtsanwaltes, den der Beklagte beauftragt hat.

Die Höhe einer Gebühr liegt bei einem Streitwert von 2000 Euro bei einem Wert von 133 Euro.²¹² Selbst wenn drei Gebühren anfallen, was nach § 31 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte bei einem Zivilprozess mit Beweiserhebung der Fall ist, liegt die Gesamtsumme des vom Kläger zu erstattenden Betrages bei drei mal 133 Euro plus gesetzlicher Mehrwertsteuer.

Für diesen relativ geringen Betrag wird es dem Beklagten aber nicht möglich sein, einen in patentrechtlichen Fragen erfahrenen und guten

²¹² Vgl. die Tabelle zur BRAGebO unter jurcom5.juris.de/bundesrecht/bragebo/anlage_167.html.

Rechtsanwalt zu beschäftigen. Jedenfalls nicht für viel mehr als zwei oder drei Stunden, was für die Erledigung des Prozesses in keiner Weise ausreichen wird. Vielmehr ist damit zu rechnen, dass der Beklagte auf Anwaltskosten in Höhe von mindestens 2000 Euro sitzen bleibt.

Dies entspricht mit umgekehrten Vorzeichen der Strategie vieler amerikanischer Inhaber von Softwarepatenten. Wer sich einer Klage von ihnen ausgesetzt sieht, steht vor der Alternative, entweder an den Kläger zu zahlen oder an die eigenen Anwälte.²¹³ In beiden Fällen verliert der Beklagte.²¹⁴ Und zwar mit zunehmenden Prozeßkosten²¹⁵ so viel, dass auch sehr fragwürdige Patente nicht mehr vor Gericht angegriffen werden können.²¹⁶ Mit der hier entwickelten Strategie wird gezeigt, dass dieser Spieß auch umgedreht werden kann.

²¹³ Vgl. *Kesan*, Carrots and Sticks to Create a Better Patent System, Berkeley Technology Law Journal 17 (2002), S. 787 f.; *Vermont*, The Economics of Patent Litigation, in: Berman, From Ideas to Assets, 2002, S. 327 ff.

²¹⁴ Vgl. auch *Brotz*, Ohne Titel, 1994, www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_brotz.html: "*a frivolous plaintiff is in a very strong blackmailing position, where a defendant can look forward either to an extortionate settlement or enormous legal costs.*"

²¹⁵ Vgl. *Coughenor*, Litigation of Intellectual Property in the United States, 2000, www.law.washington.edu/casrip/Symposium/Number5/pub5atcl4.pdf: "*Patent cases, more than other cases, have a tendency to get out of control. They are viewed as "bet-the-company" litigation, and as a consequence there is a no-holds-barred, World-War-Three, take-no-prisoners, scorched-earth approach to those cases.*"

²¹⁶ *Ellis*, Distortion of Patent Economics by Litigation Costs, 2000, www.law.washington.edu/casrip/Symposium/Number5/pub5atcl3.pdf.

Die bewußte Wahl eines niedrigen Streitwertes für den Anspruch auf Schadensersatz hat neben dieser strategischen Überlegung auch den weiteren Vorteil, dass ein niedrigerer Schaden leichter zu belegen ist, wenn dem Grunde nach die Verpflichtung des Patentinhabers zur Zahlung feststeht und es nur noch um die Höhe des durch die unberechtigte Behinderung entstandenen Schadens geht.

Der Kläger ist natürlich durch nichts gehindert, bei einem günstigen Verlauf des Prozesses weitere Schadensersatzforderungen nachzuschieben und die Klageforderung etwa auf 100.000 Euro zu erhöhen, wenn die strategischen Überlegungen zu Kostenfragen nicht mehr im Vordergrund stehen sollten und wirklich Schäden in derartiger Höhe entstanden sind.

Der Beklagte wird auf eine derartige Klage hin möglicherweise ausrechnen, dass die nicht ersetzbaren Anwaltskosten bei einer streitigen Erledigung der Sache über 2000 Euro liegen würden und versuchen, das Verfahren in fünf Minuten vergleichsweise zu erledigen. Zahlung von 1000 Euro und rechtsverbindliche Erklärung, dass gegen das beschriebene Projekt nicht vorgegangen wird, gegen Rücknahme der Klage, jede Partei trägt ihre eigenen Kosten, oder sonst irgendein Kompromissvorschlag. Da der Beklagte in jedem Fall nur verlieren kann, wird er sinnvollerweise versuchen, den Verlust zu begrenzen.

Ob der Kläger einer solchen Erledigung zustimmt, wird nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen sein. In jedem Fall verliert der Beklagte Geld, aber in jedem Fall relativ wenig. Es sei daran erinnert, dass der beklagte Patentinhaber selbst ohne irgendwelchen Widerstand von dritter Seite knapp 50.000 Euro allein für den Erwerb des Patents aufgewendet hat. Demgegenüber sind 1000 oder 2000 Euro Belastung durch einen derartigen Anspruch auf Schadensersatz

kein wirklich entscheidend wichtiger Faktor.

Das ändert sich allerdings schlagartig, wenn nicht nur eine durch das lästige Softwarepatent betroffene Firma klagt, sondern hundert, oder tausend. Im letzteren Fall geht die Belastung des Patentinhabers plötzlich in die Millionen, ganz abgesehen von dem nicht ersetzbaren Zeitaufwand²¹⁷ bei der Beurteilung von 1000 mal 302 Seiten Projektbeschreibungen und den darauf folgenden Klagen.

Anders als bei der oben unter dem Titel "Dienst nach Vorschrift" untersuchten Strategie freundlicher Anfragen hat bei der hier diskutierten Strategie der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen in diesem Fall auch jeder Kläger ein eigenes Interesse daran, an einer derartigen Aktion teilzunehmen. Nämlich das finanzielle Interesse, eine Zahlung für den durch die unberechtigte Behinderung eigener Projekte erlittenen Schaden zu erhalten. Und das Interesse, die Nichtverletzung feststellen zu lassen.

Es sei auch bemerkt, dass in diesem Szenario die übliche Neigung von Patentinhabern, ihre Patentansprüche möglichst breit zu fassen, nach hinten losgeht. Als konkretes Beispiel sei das neueste Skandalpatent aus den USA²¹⁸ genannt: Eine Firma in Kalifornien hat im wesentlichen den gesamten Bereich der Verschlüsselung mit einem Patent²¹⁹ abgedeckt, dessen 30 Ansprüche breiter sind als der Pazifische Ozean. Eine derartige Frechheit geht für den Patentinhaber in

²¹⁷ Vgl. zum Aspekt der zeitlichen Belastung durch einen Patentrechtsstreit auch *Sirilla*, Practical Aspects of Litigation, in: *Miele*, Patent Strategy, 2000, S. 63, 76.

²¹⁸ *Leyden*, Encryption patent firm stakes claim on industry, 2002, www.theregister.co.uk/content/4/24557.html.

²¹⁹ Vgl. den Verweis auf das Patent in dem oben genannten Artikel.

diesem Szenario nach hinten los, weil natürlich um so mehr Firmen Nichtverletzungsklagen und Ansprüche auf Schadensersatz erheben können, je breiter und unbestimmter und allumfassender ein Patent formuliert ist.

Weiter kann dies mittelbar auch eine Verpflichtung des Anmelders bewirken, den Stand der Technik zu ermitteln. Dies wird *de lege ferenda* für das amerikanische Recht von *Quinn* vorgeschlagen,²²⁰ um dem Patentamt zu helfen, unwirksame Patente zu vermeiden. Wenn sich eine finanzielle Haftung für besonders stark behindernde Patente begründen läßt, wird schon im Stadium der Anmeldung mehr Sorgfalt gefordert sein, um derartige Haftungsrisiken zu vermeiden.

Möglicherweise habe ich etwas übersehen und die hier entwickelte Strategie einer Klage gegen besonders lästige und sozialschädliche Softwarepatente funktioniert aus irgendeinem Grunde nicht. Das muss die Zukunft zeigen. Falls dem aber nicht so ist, wird allein von dem mit einer derartigen Möglichkeit verbundenen erheblichen Risiko eine beträchtliche abkühlende Wirkung auf die größten Auswüchse der Patentinflation ausgehen.

Selbst wenn dieses Mittel sich als nicht wirkungsvoll erweisen sollte, ändert sich doch nichts an der grundsätzlichen Interessenkollision. Der Inhaber eines sozialschädlichen Softwarepatents steht allein gegen alle. Und mit der Zeit wird sich schon irgend ein Mittel finden, mit dem die große Mehrheit gegen die Störungen und Behinderungen auf diesem Gebiet effektiv vorgehen kann.

²²⁰ *Quinn*, The Proliferation of Electronic Commerce Patents: Don't Blame the PTO, Rutgers Computer and Technology Law Journal 28 (2002), S. 149 ff.

VIII. Diskussion mit einzelnen Autoren

Auf den folgenden Seiten werde ich die oben entwickelte Position weiter erklären. Dabei werde ich einzelne, besonders wichtige Beiträge anderer Autoren aufgreifen. Es geht allerdings nicht darum, diese Ansichten anderer Autoren zu würdigen. Vielmehr ist der Zweck der Diskussion allein, die eigene Auffassung in dieser Diskussion zu überprüfen und weiter zu verdeutlichen.

Die Reihenfolge der diskutierten Beiträge bestimme ich nach den folgenden Kriterien: Da es um die Überprüfung der eigenen Stellungnahme geht, sind Beiträge mit einer **anderen Meinung** vorrangig zu berücksichtigen. Unter diesen haben wieder diejenigen Vorrang, deren Autoren in der Praxis Verantwortung in diesem Bereich tragen.

Ritter 1991²²¹

Als erstes ist aber ein Beitrag von *Ritter* zu diskutieren, weil er das stärkste Argument der Gegenseite in der soweit ersichtlich überzeugendsten Form vorträgt.

²²¹ *Ritter*, The Politics of "Software Patents." *Midnight Engineering*. May-June: 29-35 = www.ciphersbyritter.com/ARTS/POLIPAT4.HTM.

Dieses stärkste Argument ist ein Gleichheitsargument. Es wird in besonders eindrucksvoller Weise von *Ritter* begründet. *Ritter* ist kein Jurist, sondern ein Entwickler von Software und Hardware mit einem Schwerpunkt auf Verschlüsselungstechnik (Kryptographie). Er hält mehrere amerikanische Patente auf von ihm entwickelte Verfahren zur Verschlüsselung.

Sein Gleichheitsargument lautet: Warum soll ein neues Verfahren zur Verschlüsselung nur dann patentierbar sein, wenn es in der Form einer eigenen Maschine angemeldet wird? Die von *Ritter* entwickelten Verfahren sind in dafür speziell hergestellten Chips (Hardware) ebenso auszuführen wie in Software. Damit wird ein auf Hardware beschränkter Schutz wertlos. Jeder Verletzer könnte diesen Schutz leicht umgehen. Der Verletzer braucht nur statt eines speziell für dieses Verfahren hergestellten Chips das gleiche Verfahren in Form von Software für einen Universalcomputer auszuführen.²²²

Dieser Gesichtspunkt läßt sich mit einem einfachen Gedankenexperiment noch deutlicher machen. Dass damit dieses Argument der Gegenauffassung womöglich noch stärker wird, ist nicht nur in Kauf zu nehmen, sondern grundsätzlich zu begrüßen. Eine selbstkritische Überprüfung der eigenen Position, um die es hier geht, ist auf starke Gegenargumente angewiesen.

²²² Ähnlich *Kerr*; Computers and the Patent System: The Problem of the Second Step, Rutgers Computer and Technology Law Journal 28 (2002), S. 55 f. *Aharonian*, Ohne Titel, 1994, www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_aharonian.html.

Hier also das Gedankenexperiment. Man stelle sich erhebliche Fortschritte der sogenannten Nanotechnologie vor. Das ist der Bereich der Technik, der mit sehr kleinen Maschinen arbeitet. Wir springen hundert Jahre in die Zukunft und nehmen an, dass es dann möglich ist, jede beliebige technische Einrichtung durch eine größere Ansammlung von Nanomaschinen zu bilden. Die Anordnung dieser Maschinen wird allein durch Software bestimmt. Man stelle sich also vor, dass allein durch die Steuerung mit Software ein Gegenstand sich frei verwandeln kann: Von einem Becher in ein Telefon. Und dann weiter in einen Locher.

In diesem Gedankenexperiment wird die physische Gestalt von durch solche Nanomaschinen gestalteten Objekten durch Software bestimmt. Man nehme nun eine beliebige Erfindung aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Etwa die Vorrichtung zum Biegen von Rohren, die in einer Entscheidung vom Herbst 2001 eine Rolle gespielt hat.²²³ Und man nehme an, dass diese Biegevorrichtung nicht direkt durch entsprechende Gestaltung von Metallteilen ausgeführt wird. Sondern durch die Kombination von Software und Nanomaschinen. Im Ergebnis soll kein wahrnehmbarer Unterschied zwischen beiden Ausführungsformen bestehen.

Das Gleichheitsargument von *Ritter* bedeutet dann: Wenn man Software vom Patentschutz ausschließt, dann kann jedes andere Patent leicht umgangen werden. Alle Patente werden wertlos. So kann das bisher zweifellos zulässige Patent auf eine Biegevorrichtung durch entsprechende Anordnung von Nanomaschinen mit Software ausgeführt werden. Ohne einen Schutz gegen die Verbreitung derartiger

²²³ BGH GRUR 2002, S. 231 - Biegevorrichtung.

Software, so dieses Gleichheitsargument, ist der Schutz gegen die herkömmliche Ausführungsform ohne wirtschaftlichen Sinn.²²⁴

Zwar ist das oben genannte Gedankenexperiment im Moment noch Zukunftsmusik. Das Beispiel der von *Ritter* speziell erforschten Technik zur Verschlüsselung (Kryptographie) zeigt jedoch, dass bereits heute in vielen Fällen die selbe Idee entweder als besondere Hardware (ein für die Verschlüsselung besonders gebauter Chip) oder als Software ausgeführt werden kann.

Dieses Argument ist nicht ohne weiteres zu widerlegen. Zwar will *Merges* es mit der Kategorie "*sheer silliness*" bewerten²²⁵. Nach *Merges* entspricht dieses Argument der Behauptung, sein Gehirn sei ein anderes, wenn er an die Farbe blau denke als wenn er an die Farbe rot denke. So einfach kann man es sich auch machen.

Kraßer versucht eine andere Widerlegung.²²⁶ Nach ihm ist der Vergleich von Software mit einer zu demselben Zweck hergestellten "festverdrahteten" Schaltung irreführend. Das Computerprogramm sei von einer Bauanleitung für eine entsprechende Schaltung etwa ebensoweit entfernt wie ein Text von der Bauanleitung zu einem entsprechenden Stempel, eine Tonfolge von der Bauanleitung zu einer entsprechenden Spieluhr. Ein Ton- oder Bildträger werde nicht schon

²²⁴ Dieses Gleichheitsargument findet sich auch bei *Melullis*, GRUR 1998, S. 852.

²²⁵ *Merges, Robert P.*, One Hundred Years of Solicitude: Intellectual Property Law 1900-2000, California Law Review 88 (2000), S. 2230.

²²⁶ *Kraßer*; Der Schutz von Computerprogrammen nach deutschem Patentrecht, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 1993, S. 271.

dadurch zu einem technischen Gerät, dass darauf eine neue Kombination oder Folge von akustischen oder optischen Signalen aufgezeichnet werde.

Ein weiterer interessanter Einwand gegen das Gleichheitsargument findet sich in einer Stellungnahme von *Lemon* in einer Anhörung des amerikanischen Patentamtes zur Frage von Softwarepatenten.²²⁷ Er stellt fest: Wirtschaftlich hat es keinen Sinn, eine Technik in Hardware auszuführen, wenn sie genauso gut in Software ausführbar ist. Hardware muss einen wesentlichen zusätzlichen Nutzen bringen, da sonst Software viel leichter zu verkaufen sei. Dies sei ein Grund, den Bereich des Patentierbaren auf Hardware zu beschränken.

Auch damit ist das Gleichheitsargument von *Ritter* aber noch nicht endgültig widerlegt. Ich habe Zweifel, ob dies überhaupt möglich ist. Vielmehr glaube ich, dass die Berechtigung dieses Argumentes nicht zu leugnen ist aber andere, stärkere Gründe dennoch gegen die Ausweitung der Patentierbarkeit auf Software sprechen.

Melliss 1998

Melliss war 1998 Richter am Patentsenat des BGH und ist seit 2001 dessen Vorsitzender.²²⁸ Er trägt damit erhebliche Verantwortung für

²²⁷ *Lemon*, Ohne Titel, 1994, www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_lemon.html.

²²⁸ Vgl. FFII, swpat.ffii.org/players/bgh/index.de.html.

die Gestaltung des geltenden Rechts. 1998 hat er einen Aufsatz zu dem hier interessierenden Fragenkreis veröffentlicht.²²⁹

Melullis geht von wirtschaftspolitischen Überlegungen aus. Er meint, das Urheberrecht sei für den Schutz von Computerprogrammen nicht ausreichend und angemessen. Denn es schütze nicht vor einer Benutzung in äquivalenter Form. Letztlich gehe es etwa bei Software aus dem Bereich der Meß- und Regelungstechnik um die Bewertung technischer Sachverhalte. Für diese passe das Urheberrecht nicht. Nur die dem Patentrecht eigene Abwägung zwischen dem Schutzbedürfnis des Schöpfers und den Interessen der Allgemeinheit an der freien Benutzbarkeit sei sachgerecht.

Der Schutz von Software über das Urheberrecht ist aber nach der geltenden Rechtslage weltweit gesichert.²³⁰ Mit der bemerkenswerten Besonderheit im japanischen Recht, dass auch eine Registrierung eines urheberrechtlich geschützten Programmes nach einem Sondergesetz möglich ist.²³¹ Nach deutschem Recht gilt in den §§ 69a bis 69g des Urheberrechtsgesetzes eine ausführliche Regelung,²³² die auf einer

²²⁹ *Melullis*, GRUR 1998, S. 843; vgl. hierzu auch die Anmerkungen von *Tauchert*, GRUR 1999, S. 965 f.

²³⁰ *Marly*, Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäischen Union, 1995, S. 1, 49 f; *Dreier*, Die internationale Entwicklung des Rechtsschutzes von Computerprogrammen, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993, S. 31, 33 ff; *Teufel*, Mitt. 1993, S. 73 ff.

²³¹ *Pilny*, GRUR Int. 1988, S. 26 ff.

²³² Vgl. hierzu *Schack*, Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl. 2001, S. 93 f.; *Kappes*, JuS 1994, S. 659 (660-663). Zum amerikanischen Recht *Weinreb*, Harvard Law Review 1998, S. 1150.

Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft beruht.²³³ *Melullis* behauptet, dass dieser urheberrechtliche Schutz von Software abgeschafft und durch einen patentrechtlichen Schutz ersetzt werden sollte.

Diese wirtschaftspolitische Position halte ich nicht für richtig. Den Autoren von Software ist damit nicht geholfen. Denn Patente kosten eine Menge Geld, während der Urheberrechtsschutz automatisch und kostenlos greift.²³⁴ Der Gesetzgeber hat sich nun einmal grundsätzlich für das Urheberrecht und nicht für das Patentrecht als Schutzinstrument entschieden.²³⁵ Die Argumente von *Melullis* reichen nicht aus, diese Entscheidung in Frage zu stellen.

Melullis will dann sein Anliegen, einen patentrechtlichen Schutz von Software nach dem 1998 geltendem Recht zu verwirklichen, durch ein bestimmtes Verständnis des Gesetzes erreichen. Er verwirft (zu Recht) jede Auslegung, die zur Patentfähigkeit aller Formen von Software führt.²³⁶ Denn wie immer man Art. 52 EPÜ und § 1 PatG verstehen will: Es muss wohl jedenfalls auch irgendein Anwendungsbereich für den Ausschluss von "Programmen für Datenverarbeitungsanlagen" bleiben.

²³³ Richtlinie 91/250/EEC vom 14. Mai 1991. Vgl. dazu ausführlich *Lehmann*, Die Europäische Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen, in: ders. (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993, S. 1.

²³⁴ *Marly*, Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäischen Union, 1995, S. 51; *Strowel*, European Development in Software Protection, in: Hansen (Hrsg.), International Intellectual Property Law & Policy - Volume 7, Kapitel 22-1 f.

²³⁵ Vgl. *Lehmann*, NJW 1988, S. 2419, 2421 f.

²³⁶ Zustimmend *Schmidtchen*, Mitt. 1999, S. 281.

Melliss unterscheidet dann zwischen der grundlegenden Idee zu einem Programm und deren Ausführung in einem konkreten Programm. Diese Unterscheidung findet sich ebenfalls in § 69a Abs. 2 Urheberrechtsgesetz. Dieser bestimmt:

"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."²³⁷

Melliss erwähnt diese Vorschrift nicht (für Urheberrecht ist ein anderer BGH-Senat zuständig, nämlich der erste Senat). Seine Konzeption will aber ebenso als "Programm als solches" die zugrundeliegenden Ideen ausschließen und die konkrete Ausführung dem Patentschutz zugänglich machen.²³⁸

Dies ist nun aus der Sicht von Programmautoren wenig sinnvoll. Für die konkrete Ausführung besteht bereits ein ausreichender Schutz über das Urheberrecht. Wenn man schon Geld und Zeit für Patentanträge aufwenden will, dann kann das doch nur dann von Interesse sein, wenn der über das Urheberrecht gerade nicht erfasste Bereich der zugrundeliegenden Ideen geschützt werden kann.²³⁹

²³⁷ Dazu *Lehmann*, Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen, in: ders. (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993, S. 8 f; *Haberstumpf*, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, in: *Lehmann a. a. O.*, S. 69, S. 100 ff.

²³⁸ Zustimmung *Ohly*, CR 2001, S. 812.

²³⁹ *Geissler/Pagenberg*, Der Software-Lizenzvertrag in der Praxis, in: *Lehmann* (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von

Wie *Kiesewetter-Köbinger* aus der Sicht des Prüfers am Patentamt richtig schildert, sind alle Patente in diesem Bereich gerade auf die Konzeption erteilt worden, auf die grundlegende Idee.²⁴⁰ Umgekehrt ist daher die Auffassung von *Melullis* aus der Sicht der Gegner einer unbeschränkten Patentinflation (also auch aus meiner Sicht) lebhaft zu begrüßen. Sie begrenzt den durch die Patentierung von Software für die Allgemeinheit entstehenden Schaden von vornherein sehr weitgehend. Es ist *Melullis* daher zu wünschen, dass er sich mit seiner Auffassung im Patentsenat durchzusetzen vermag.

Anders 2001²⁴¹

Anders (Vorsitzender Richter am Bundespatentgericht) will die Patentierbarkeit von Software wie folgt rechtfertigen.

Er unterscheidet zwischen der bloßen Reproduktion einer Geschäftsidee als Computerprogramm und solchen Ideen, deren Verwirklichung ohne den Computer sinnlos sei.

So meint er etwa, dass das Verfahren, chinesische Schriftzeichen in Grundformen zu zerlegen, nur mit einem Computer sinnvoll sei. Daher sei es technisch. Dieses Verfahren war Gegenstand einer bekannten Entscheidung des BGH.²⁴²

Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993, S. 629, 665.

²⁴⁰ *Kiesewetter-Köbinger*, GRUR 2001, S. 188; vgl. auch a. a. O. S. 190.

²⁴¹ *Anders*, GRUR 2001, S. 555.

²⁴² BGH, GRUR 1992, S. 36 - Chinesische Schriftzeichen.

Diese Einschätzung von *Anders* ist offensichtlich falsch. Ein Blick auf ein beliebiges Standardwerk über chinesische Schriftzeichen²⁴³ zeigt das Gegenteil. Wie sollten chinesische Schriftzeichen denn wohl sonst in einem Lexikon angeordnet werden, wenn nicht durch eine Aufteilung in ihre Bestandteile?

Die von *Anders* vorgeschlagene Unterscheidung ist aber dennoch interessant. Auch wenn er mit ihrer Anwendung auf den Fall der chinesischen Schriftzeichen falsch liegt. Zur weiteren Diskussion eignet sich der Fall der umgekehrten Auktion, den ich oben als Beispiel für ein besonders fragwürdiges Internet-Patent diskutiert habe.

Anders sagt, dass ohne die Verwendung des Internet die in dem Patent von *Priceline* beschriebenen Auktionen nicht sinnvoll durchführbar sind. Damit hat er völlig recht. Und es ist in der Tat noch einmal eine andere Frage, ob es sich bei der Verwendung des Internet für Auktionen um eine neue und nicht naheliegende Idee handelt.

Nach der Logik von *Anders* könnte allerdings auch die Verwendung anderer bekannter Technik für neue Zwecke jeweils geschützt werden. Um beim Beispiel der Auktion zu bleiben: Die Entwicklung des Telefons hat es ermöglicht, an Auktionen teilzunehmen, ohne im Auktionssaal anwesend zu sein. Dies war ohne diese neue Technik nicht sinnvoll möglich. Dennoch ist aber die *reine Verwendung* der neuen Technik Telefon für den altbekannten Zweck in keiner Weise eine *technische* Weiterentwicklung des Telefonapparates.²⁴⁴ Ebenso ist

²⁴³ Z. B. *Nelson*, The Modern Reader's Japanese-English Character Dictionary, Second Revised Edition, Tuttle Tokyo 1962.

²⁴⁴ Ebenso auch *Sullivan*, Is Competition Possible in High-Tech Markets?, Case Western Law Review 52 (2001), S. 69, mit der

die *reine Verwendung* des bereits entwickelten Internet für den altbekannten Zweck der Auktion keine *technische* Weiterentwicklung des Internet. Wie *Quinn* richtig bemerkt: " The invention that allows the Priceline.com business method to work is the Internet, not any technological advancement by the inventors of the method for which the Priceline.com patent was issued."²⁴⁵

Straus 2000²⁴⁶

Straus behauptet, europäische Unternehmen verlagerten angesichts von Patentierungsverboten in Europa ihre Forschungsabteilungen nach Übersee. Daher sei eine Anpassung des Patentrechts an die geänderten Bedingungen von Forschung in der Gegenwart erforderlich. Patentinflation wird als sinnvolle Standortpolitik gepriesen.

Straus belegt seine Behauptung weder mit Zahlen noch mit konkreten Einzelfällen. Ein Beleg dürfte auch schwer fallen. Denn die von *Straus* geschilderte Entscheidung einer Verlegung von Forschungslabors im Hinblick auf das Patentsystem wäre völlig irrational.

Für die Patentierung einer neuen Idee spielt der Standort des Forschungsinstitutes, in dem diese Idee entwickelt wurde, offenbar über-

zusammenfassenden Wertung der Zulässigkeit von Patenten auf Geschäftsmethoden in den USA " *This new legal climate promises more harm than good*".

²⁴⁵ *Quinn*, The Proliferation of Electronic Commerce Patents: Don't Blame the PTO, Rutgers Computer and Technology Law Journal 28 (2002), S. 123.

²⁴⁶ *Straus*, Entscheiden Patente die Schlacht um die Gene, 2000, www.forum.mpg.de/programm/infos_person/00_64-71.pdf.

haupt keine Rolle. Einfluß auf diese Standortentscheidung haben Forschungsverbote, wie sie nach deutschem Recht im Embryonenschutzgesetz reichlich vorgesehen werden, nicht aber Patentierungsverbote.

Wenn überhaupt, dann können sich umgekehrt durch Softwarepatente konkrete Behinderungen für die Entwicklung und Veröffentlichung von Software ergeben. Die Tatsache, dass Europa im Vergleich zu Amerika wesentlich weniger Energien der Softwareindustrie im Patentwesen verschwendet, ist insgesamt gesehen ein Standort**vorteil**.

Daher lassen sich umgekehrt durchaus Einzelfälle angeben, in denen Entwickler nach Europa gekommen sind, weil sie die Behinderungen durch Softwarepatente in den USA nicht mehr ertragen haben.²⁴⁷

Busche 2000²⁴⁸

Busche behauptet im Gegensatz zu meiner Auffassung,²⁴⁹ dass der große Bereich der Programme nach geltendem Recht in zwei Teilmengen aufzuteilen sei. Nämlich die "Programme als solche", die vom Patentschutz ausgeschlossen sind und die "technischen Programme". Damit wird eine Abgrenzung erforderlich, für die *Busche* einige Kriterien entwickelt.

²⁴⁷ Vgl. *Brand*, Without Title, 1994, www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_brand.html.

²⁴⁸ Mitt. 2000, S. 164.

²⁴⁹ Vgl. näher unten im Anhang II und IV.

Nach dem Verständnis von *Busche* wäre bei Entdeckungen ebenfalls zu fragen, ob es sich um eine "Entdeckung als solche" handelt oder um eine "technische Entdeckung". Der Anwendungsbereich des Patentierungsverbotes wäre auch insoweit zu begrenzen. Eine entsprechende systematische Auslegung findet sich bei *Busche* allerdings nicht.

Dieses Verständnis ist mit dem Wortlaut "als solche" nicht vereinbar. Die beiden Worte "als solche" beziehen sich auf die Worte "Programme für Datenverarbeitungsanlagen". Also auf alle Programme. Auch "technische Programme" sind Programme und damit Gegenstand der Einschränkung "als solche".

Busche will etwa im BGH-Fall "Chinesische Schriftzeichen" kein Patent zulassen,²⁵⁰ weil es um ein "Programm als solches" gehe. Dagegen sei im BGH-Fall "Sprachanalyseeinrichtung" das Programm ein "technisches Programm".²⁵¹

Der Gesetzgeber hätte eine Regelung treffen können, die nach dem Gegenstand des betreffenden Programmes unterscheidet. Er hätte etwa in Art. 52 Abs. 2 EPÜ "Programme für Datenverarbeitungsanlagen ohne technischen Effekt" ausschließen können. Ein solches Merkmal "ohne technischen Effekt" hätte für manche Programme Patente zugelassen und für andere nicht.

Dagegen schränkt die Formulierung "als solche" nicht etwa den Bereich der von der Ausnahme erfassten Gegenstände auf jeweils eine bestimmte Teilmenge ein. Vielmehr erfasst sie alle Programme, alle Entdeckungen, alle Geschäftsmethoden.

²⁵⁰ A. a. O. S. 171 f.

²⁵¹ A. a. O. S. 172.

Der Beitrag von *Busche* verdient aber besonderes Interesse auch wegen seiner systematischen Betrachtungen zum Verhältnis von Urheberrecht und Patentrecht. Für mich ist eines der wichtigsten Argumente gegen die Anerkennung von Softwarepatenten eben die Tatsache, dass bereits durch das Urheberrecht ein ausreichender Schutz gewährleistet ist.

Hier nennt *Busche* ein Beispiel aus der Rechtsprechung: Es sei möglich, dass ein Möbelstück als Designer-Stuhl urheberrechtlich und gleichzeitig im Hinblick auf eine besondere Funktionalität patentrechtlich geschützt werde. Weiter sei auch ein wirtschaftliches Interesse der Anmeldenden festzustellen, über den Schutz durch das Urheberrecht hinausgehende Schutzrechte zu erwerben.

Das Möbel-Beispiel von *Busche* überzeugt nicht. Offenbar ist dies eine extreme Ausnahmeerscheinung. Das Argument gegen den Schutz von Software auch über das Patentrecht geht eben davon aus, dass dann ein doppelter Schutz in **allen** Fällen greift.

Weiter argumentiert *Busche*, die Anmelder von Patenten seien an deren Erteilung interessiert.²⁵² Dieses Argument baut *Busche* in einem späteren Beitrag noch weiter aus. Der Patentschutz sei vor allem für die Finanzierung von Unternehmensgründungen nützlich und erwünscht.²⁵³

Dieses Argument ist offenbar einseitig. Für die Gestaltung des Rechtsschutzsystems kommt es auf einen Interessenausgleich zwischen den Interessen der Allgemeinheit und denen der Anmelder an.

²⁵² A. a. O. S. 166.

²⁵³ *Busche*, Mitt. 2001, S. 50.

Dass sich bei einer grenzenlosen Patentinflation Interessenten auch für die abwegigsten Monopolansprüche finden lassen, liegt auf der Hand. Das allein ist aber noch kein Grund, diese Monopolrechte auch zu gewähren und damit die Freiheit aller anderen massiv einzuschränken.

Horns 2001²⁵⁴

Horns will differenzieren. Es soll "physikalische Softwareerfindungen" und "logische Softwareerfindungen" geben. Erstere sollen in "uneigentliche physikalische" und "wirkungsbezogene physikalische" Softwareerfindungen weiter unterschieden werden. Letztere seien in die Unterklassen "linguistische" und "algorithmische" Softwareerfindungen sowie "Geschäftsverfahrenspatente" zu unterteilen.

Leider sagt *Horns* nicht, wie sich die von ihm vorgeschlagene komplizierte Struktur auf die Entscheidung der Patentierbarkeit auswirken soll. Sollen "logische Softwareerfindungen" in der Form eines "Geschäftsverfahrenspatentes" dem Patentschutz zugänglich sein? Oder soll dieser auf die Fallgruppe der "wirkungsbezogenen physikalischen Softwareerfindungen" beschränkt sein?

Damit ist es mir nicht möglich, die Angemessenheit eines von *Horns* möglicherweise beabsichtigten Vorschlages zu kommentieren. Ich verstehe den Beitrag von *Horns* nicht. Ein interessantes Argument gegen meine Position kann ich diesem Beitrag nicht entnehmen.

²⁵⁴ GRUR 2001, S. 1.

Nack 2000²⁵⁵

Nack entnimmt der neueren Rechtsprechung des BGH, dass nunmehr keinerlei Grenzen mehr für die Patentierung von Software bestehen. Und er zieht daraus die wichtige Folge, dass damit automatisch und unvermeidlich auch Patente auf Geschäftsmethoden möglich werden.²⁵⁶ Wenn sie nur "computerimplementiert" sind. Dies wiederum heißt, dass bisher mit Patenten nicht konfrontierte Branchen wie Investment und Versicherung daran gehen müssen, sich Patentbesitz aufzubauen.²⁵⁷ Deutsche Firmen befinden sich hier in einem "patentrechtlichen Dornröschenschlaf".²⁵⁸

So weit kann ich der Analyse von *Nack* nur lebhaft zustimmen. In der Tat ist nicht zu sehen, wie bei einer unbeschränkten Zulassung "computerimplementierter Erfindungen" überhaupt noch irgendein Bereich aus der Patentierbarkeit ausgeschlossen werden kann. Das gilt insbesondere für Geschäftsmethoden.

Nack sieht sich dann allerdings nicht zu einer Bewertung dieser Patentinflation in der Lage. Eine Prognose könne man kaum treffen. Vielmehr sei jetzt Mut gefordert.²⁵⁹

Auch insoweit hat *Nack* völlig recht. In der Tat fehlt es an gesicherten Erkenntnissen, die irgendwelche positiven Auswirkungen

²⁵⁵ GRUR Int. 2000, S. 853.

²⁵⁶ Ebenso *Casalonga*, GRUR Int. 2002, S. 479.

²⁵⁷ Vgl. auch *Götting*, VersR 2001, S. 410 ff.

²⁵⁸ A. a. O. S. 858.

²⁵⁹ A. a. O. S. 858.

dieser Patentinflation sicher erwarten lassen (von den positiven Auswirkungen auf die ohnehin ständig steigenden Umsätze der Patenterteilungsbranche einmal abgesehen). Und in der Tat ist Mut erforderlich.

Der Mut zum Beispiel, den Bestand des Patentsystems insgesamt neu zur Diskussion zu stellen. Sich mit Leuten vom Kaliber *Stallman* und *Perens* anzulegen. Die geballte Kritik aus dem Lager der *open source* Entwickler in Kauf zu nehmen. Ich weiß nicht, ob die Befürworter der Patentinflation die Sprengkraft dieser Kritik²⁶⁰ richtig einschätzen und wissen, worauf sie sich einlassen. Das ist aber auch nicht mein Problem.

Schiama 1998²⁶¹

Schiama behauptet: Art. 27 TRIPS erledigt die Diskussion um Softwarepatente.²⁶² Und zwar im Sinne der Patentinflation.²⁶³ Soweit die bisherigen gesetzlichen Vorschriften in Europa mit dieser Vorstellung nicht vereinbar seien, sei ihre Abschaffung oder Änderung erforderlich.

Als Begründung sagt *Schiama* zunächst, TRIPS sei aus sich selbst auszulegen. Nationale Bestimmungen seien nicht heranzuziehen.²⁶⁴

²⁶⁰ Vgl. z.B. lists.w3.org/Archives/Public/www-patentpolicy-comment, vor allem die über 1000 Kommentare im Oktober 2001.

²⁶¹ GRUR 1998, S. 852 ff.

²⁶² Ähnlich auch *Schmidtchen*, Mitt. 1999, S. 281 ff.

²⁶³ Ebenso *Kretschmer*, GRUR 2001, S. 39.

²⁶⁴ A. a. O. S. 852.

Nur wenige Zeilen später wird die von *Schiума* bevorzugte Auslegung damit begründet, in den USA und in Japan werde es auch so gemacht. Dies steht offenbar im Widerspruch zu der Behauptung, auf nationales Recht komme es nicht an.

Schiума malt dann das Gespenst von "Verzerrungen und Behinderungen des internationalen Handels" an die Wand.²⁶⁵ Welche Schrecken damit verbunden sind, sagt *Schiума* nicht. Nehmen wir also ein konkretes Beispiel.

So behauptet neuerdings eine amerikanische Firma, der Standard für Bilddateien JPG sei ihr persönliches Eigentum.²⁶⁶ Nehmen wir nun an, in einem Mitgliedsland X von TRIPS sei das betreffende Patent nicht zu erreichen, weil dort im Gegensatz zu der von *Schiума* erwünschten einheitlichen Auslegung Software nur durch Urheberrecht geschützt werden kann.

Welche "Verzerrungen" sind dann zu erwarten? Dies lässt sich plastisch mit einem Vergleich zum Bereich der Meinungsfreiheit deutlich machen.

Diese ist durch die Entwicklung des Internet in revolutionärer Weise gestiegen. Unerwünschte Äußerungen lassen sich im Internet nur dann verbieten, wenn sie nahezu weltweit als rechtswidrig angesehen werden.²⁶⁷ Der Wunsch von zahlreichen Regierungen, ihren Bürgern

²⁶⁵ A. a. O. S. 854.

²⁶⁶ Vgl. *FFII*, Patent auf JPEG-Datenübertragung, 2002, swpat.ffii.org/patente/wirkungen/jpeg/index.de.html.

²⁶⁷ Näher *Lenz*, Strafrecht und Internet, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Nishihara, 1998, S. 477 ff.

Maulkörbe unterschiedlicher Größe zu verpassen, ist wesentlich schwerer zu verwirklichen.

Ebenso ist es bei Patenten auf Software, vor allem bei einem Patent, das wie in dem Beispielsfall das Internet stark betrifft. Der Wunsch des Patentinhabers, jedermann im Internet die Verwendung von JPG-Dateien zu verbieten (und entsprechend durch Lizenzeinnahmen abzukassieren), ist für das Internet nur schwer zu verwirklichen, wenn in wichtigen Ländern kein Patentschutz zu erreichen ist.

Denn dann werden die Anbieter von Homepages eben ihre Server in das Land X verlegen. Solange der Patentinhaber derartige Oasen der Freiheit nicht ausschließen kann, können die Anwender sein Patent leicht umgehen.

Dies gilt selbst dann, wenn *rechtlich* die von *Schiama* befürwortete weltweite Anerkennung von Softwarepatenten sich durchsetzen sollte. Denn bei einer *wirtschaftlichen* Betrachtung spielt auch eine Rolle, dass für jedes Land, in dem Patentschutz nachgesucht wird, zusätzliche Kosten entstehen. Nahezu zwangsläufig bleiben daher weiße Flecken auf der Landkarte.

Diese können die Gegner von Softwarepatenten sich mit einer Strategie "Teile und Verteile" nutzbar machen. Für jedes lästige Softwarepatent wird festgestellt, welche Oasen der Freiheit weltweit bleiben. Die von dem Patent behinderten Teile eines Projektes werden in ein gesondertes Zusatzprogramm ausgegliedert (Software eignet sich sehr gut für eine derartige Aufteilung). Dieses wird dann über das

Internet von einem Staat aus weltweit verteilt, in dem kein Patentschutz besteht.²⁶⁸

Die Patentinhaber stehen dann ebenso wie Diktatoren bei der Unterdrückung unerwünschter Äußerungen vor der nahezu unlösbaren Aufgabe einer wirksamen weltweiten Zensur des Internet. In der Tat ein Schreckgespenst. Allerdings nur für die Gegenseite.

Betten 1995²⁶⁹

Der Beitrag zeigt eine Reihe von Beispielen dafür, wie schon 1995 das gesetzliche Verbot der Patentierung von Software nicht beachtet wurde. Damit ist *Betten* aber noch nicht zufrieden, sondern fordert eine Abschaffung der geltenden Verbote.²⁷⁰ Die gegenwärtige Diskussion geht damit auch auf eine Anregung von *Betten* zurück.²⁷¹

Instruktiv ist dann das Verständnis von Rechtspolitik der Gegenseite, das sich aus *Bettens* Beitrag ergibt. Wie die nötige Änderung des Gesetzes zu erreichen sei, habe die pharmazeutische Industrie vorge-macht. Diese habe "ohne viel Aufheben" eine Verlängerung der Schutzdauer erreicht.²⁷²

²⁶⁸ Vgl. zu dieser Strategie auch aus der Sicht der Gegenseite *Esslinger/Betten*, CR 2000, S. 20.

²⁶⁹ GRUR 1995, S. 775.

²⁷⁰ Vgl. auch *Betten*, GRUR 2000, S. 1009 f. sowie *Esslinger/Betten*, CR 2000, S. 22.

²⁷¹ A. a. O. S. 788.

²⁷² A.a.O. S. 789.

Die Zeiten sind vorbei. Die Diskussion wird heute nicht mehr unter Ausschluss der Öffentlichkeit allein unter Patentrechtsexperten geführt. Selbst wenn es *Betten* und der von ihm vertretenen Industrie gelingen sollte, gegen den erheblichen Widerstand der meisten Betroffenen die Patentinflation entscheidend weiter zu fördern, wird dies sicher nicht "ohne viel Aufheben" zu machen sein. Und es wird ein Pyrrhussieg für die Gegenseite.

Denn die Anzahl der Gegner des Patentsystems wächst logischerweise proportional mit der Anzahl der absurden, aber völlig legal erteilten Patente. Und speziell meine Vorschläge wären unnötig, wenn das Patentsystem sich von vornherein auf einen halbwegs sinnvollen Bereich beschränken würde.

Kraßer 1993²⁷³

In diesem Beitrag schlägt *Kraßer* wie auch schon in seinem Lehrbuch 1986 (dazu gleich) eine Differenzierung vor. Manche Software soll patentierbar sein.

Bemerkenswert sind zunächst einige Argumente gegen eine unbeschränkte Patentierbarkeit aller Software: Ein auf einer elektrischen Schreibmaschine geschriebener Text werde noch nicht dadurch technisch, dass jede Änderung des Textes eine Änderung der entstehenden Folge von Schaltzuständen bewirke. Ein Musikstück sei nicht deshalb eine technische Handlungsanweisung, weil seine Wiedergabe eine

²⁷³ *Kraßer*; Der Schutz von Computerprogrammen nach deutschem Patentrecht, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 1993, S. 221, 268 ff.

spezifische Folge von physikalischen Zuständen des benutzten Instruments mit sich bringe. Der Grund dafür liege darin, dass im Falle des Textes oder des Musikstückes der damit verfolgte **Zweck** nicht im Hervorrufen der Schaltzustände oder der Schwingungen bestehe.

Nach diesem Kriterium des Zwecks sollen dann unter anderem Betriebssysteme technisch sein, Programme zur Textverarbeitung nicht.

Ein besonders klares Abgrenzungskriterium ist dies nicht.

Kraßer 1986

Kraßer will in seinem Lehrbuch des Patentrechts²⁷⁴ die Patentfähigkeit von Software dann anerkennen, wenn ein Computer unmittelbar technische Vorgänge steuert. Als Gegensatz sieht er den Fall an, dass die von dem Computer errechneten Ergebnisse nur dazu bestimmt sind, von Menschen zur Kenntnis genommen zu werden.

Damit bildet er zwei Untergruppen von Software, von denen eine dem Patentschutz zugänglich wird.

Richtig ist wohl, dass der Schutz eines industriellen Verfahrens zur Herstellung von Waren jedenfalls nach geltendem Recht nicht deshalb aus dem Bereich der Patentierbarkeit fallen kann, weil zu seiner Ausführung ein Computer oder ein mit Software programmierter Industrieroboter erforderlich ist. Dann ist aber Gegenstand des betreffenden Patents eben nicht Software, sondern ein Verfahren, zu dem Software nur als eines von mehreren Mitteln eingesetzt wird.

²⁷⁴ *Bernhardt/Kraßer*; 1986, S. 103.

Die Unterscheidung danach, ob ein Mensch oder eine Maschine mit dem Programm arbeitet, ist aber nicht überzeugend. *Kraßer* selbst räumt ein, dass sich die aus seinem Vorschlag ergebenden Unterschiede möglicherweise nicht rechtfertigen lassen.²⁷⁵ Die Rechtfertigung von unterschiedlicher Behandlung ist aber nach Art. 3 des Grundgesetzes eine notwendige Bedingung für deren Zulässigkeit.

Hoepfner 1986

Der Beitrag von *Hoepffner*²⁷⁶ zeigt die Entwicklung von Literatur und Rechtsprechung zur Patentfähigkeit von Software bis Mitte der achtziger Jahre auf. Aus patentinflationärer Sicht musste er damals noch resignierend feststellen: Die Rechtsprechung des BGH habe klargestellt, dass Rechenprogramme als Anweisungen an den menschlichen Geist dem Patentschutz grundsätzlich nicht zugänglich sein können. Darüber hinaus habe die Neufassung des Gesetzes die Diskussion um die Patentfähigkeit von Programmen beendet.

Dennoch stellt *Hoepffner* "Unzufriedenheit mit dem Urheberrechtsschutz fest. Diese habe dazu geführt, dass die Entwickler von Software erneut auch die Möglichkeit einer Patentierung gefordert hätten. Und zunächst das Europäische Patentamt und "dann schließlich auch" das Deutsche Patentamt" hätten versucht, hierzu Wege zu ebnen.

²⁷⁵ A. a. O. S. 103 f.

²⁷⁶ *Hoepffner*, Der Wandel der Rechtsprechung des Bundespatentgerichts zu der Schutzfähigkeit von Computerprogrammen, in: Bundespatentgericht (Hrsg.), 25 Jahre Bundespatentgericht, S. 179.

Diese Darstellung bringt zwar kein nennenswertes Argument in der Sache. Sie zeigt aber, dass Europäisches und Deutsches Patentamt von Anfang an bei der Ausweitung des Patentschutzes auf Software entgegen den klaren Anordnungen des Gesetzes aktiv mitgearbeitet haben.

Barr 2002²⁷⁷

Ich komme nunmehr zur Diskussion von Autoren, die ebenso wie ich grundsätzlich eine Patentierbarkeit von Software nicht für richtig halten. Dabei greife ich hier nur verhältnismäßig wenige Stellungnahmen auf, da unterstützende Meinungen naturgemäß weniger zu der Aufgabe beitragen können, meine eigene Position kritisch zu überprüfen.

Barr ist bei der Firma CISCO für Patente zuständig. CISCO ist ein Unternehmen mit zweistelligem Milliardenumsatz in Dollar und weltweit über 35.000 Mitarbeitern, das sich als "worldwide leader in networking" bezeichnet.²⁷⁸

Die von *Barr* vorgetragene Stellungnahme ist kritisch gegenüber dem Nutzen von Patenten für seine Firma. Zwar beantragt CISCO etwa 700 Patente pro Jahr. Es wäre ihm aber lieber, wenn CISCO die dafür verwendete Zeit und Energie auf die eigentliche Entwicklung von neuer Technologie verwenden könnte. Der Patentbesitz von CISCO dient nur dem Ziel, Angriffen gegen die erfolgreiche Vermarktung von CISCOs Produkten durch Patente anderer zu begegnen (defensive

²⁷⁷ Ohne Titel, www.ftc.gov/opp/intellect/barrrobert.doc.

²⁷⁸ Vgl. newsroom.cisco.com/dlls/corpfact.html.

Patente). In manchen Fällen läßt sich durch eine wechselseitige Lizenzierung ein Angriff gegen die eigene Produktion abwenden.

Dieser schöne Patentbesitz hilft aber nichts, wenn der gegnerische Patentinhaber entweder überhaupt nichts produziert oder jedenfalls erheblich weniger Umsatz macht als CISCO. Das Patentsystem wirkt damit als Strafe für Erfolg am Markt und als Subvention für die Verlierer am Markt.

"It's hard to see how this contributes to the progress of science and the useful arts" ist das Fazit. Das ist für *Barr* der entscheidende Punkt. So lange nicht deutlich wird, dass das Patentsystem in seinem Bereich irgendeinen sinnvollen Beitrag zur Förderung von Forschung und Entwicklung leistet, sind die damit verbundenen Kosten und Nachteile nicht zu rechtfertigen.

Aus meiner Sicht bleibt hinzuzufügen: So lange das Patentsystem nicht durch entsprechende Gesetzgebung auf einen Restbereich begrenzt wird, in dem es wirklich irgendwelche positiven Auswirkungen hat, sind die hier entwickelten strategischen Mittel zur Begrenzung der ärgerlichsten Auswüchse um so wichtiger.

Winischhofer 1999

In seiner Promotionsarbeit²⁷⁹ führt *Winischhofer* eine Reihe von rechtspolitischen Argumenten gegen die Patentierbarkeit von Software

²⁷⁹ *Winischhofer*, Computersoftware und Patentrecht, 1999, www.winischhofer.net.

an, die sich weitgehend (aber nicht vollständig) mit denen decken, die einige Jahre vorher *Marly* angeführt hat (dazu sogleich):

Das Patentwesen stammt aus einer Zeit, in der von Computern noch lange nicht die Rede war. Daher sei es zum Schutz von Programmen nicht geeignet. Die Verfahrensdauer von durchschnittlich 4 Jahren führe dazu, dass Programme schon veraltet seien, wenn über ein Patent entschieden werde. Bei Einführung der Patentierbarkeit sei mit einer unerwünschten Prozeßflut zu rechnen, die vor allem kleine und mittlere Unternehmen stark benachteilige. Irgendwelche nützlichen Auswirkungen von Softwarepatenten seien nirgends nachgewiesen; angesichts der hohen Kosten für den Erwerb von Patenten sei damit zu rechnen, dass allein große amerikanische Firmen auf Kosten europäischer Klein- und Mittelbetriebe profitieren. Das Urheberrecht reiche als Schutz völlig aus. Ein Schutzdefizit gegenüber der USA bestehe nicht, weil europäische Unternehmen durch nichts gehindert seien, in den USA Softwarepatente zu erwerben. Vielmehr sei es gerade ein Wettbewerbsvorteil für die europäische Softwareindustrie, dass Ideen und Algorithmen in Europa frei verwendbar seien.

Ich halte alle diese Argumente für zutreffend. Sie sprechen rechtspolitisch gegen eine Anerkennung von Softwarepatenten. Gleichzeitig sprechen sie aber auch gegen deren Legitimation, wo der Gesetzgeber sie anerkennt, und damit für die von mir vorgeschlagenen Gegenmaßnahmen.

Marly 1995

In seiner Habilitationsschrift²⁸⁰ begründet *Marly* ausführlich, weshalb rechtspolitisch das Urheberrecht dem Patentrecht als Schutzinstrument für Software vorzuziehen ist. Er nennt folgende Argumente.

Patente kosten zu viel Geld. Das führt zu faktischer Benachteiligung kleiner und mittlerer Hersteller. Die Produktzyklen sind so kurz, dass ein Programm schon veraltet ist, wenn eine Patentanmeldung endlich bearbeitet wird. Es fällt prinzipiell schwer, den Stand der Technik ausreichend zu dokumentieren. Weitgehende Anforderungen an die Erfindungshöhe führen dazu, dass nur ein geringer Bruchteil aller Software über das Patentrecht geschützt werden kann. Das Erfordernis der Offenbarung der Erfindung kann bei Software nur schwer verwirklicht werden. Allen Herstellern von Software für den privaten Gebrauch hilft das Patentrecht nicht, weil es Handlungen im privaten Bereich nicht erfasst. Schließlich sei zu befürchten, dass zu weit gefasste Patentansprüche Ausschlussrechte von nicht sicher vorsehbarer Tragweite geschaffen würden. Dies lasse einen negativen Einfluss auf die Kreativität anderer Hersteller befürchten.

Diese Argumente sind zutreffend. Sie treffen auch dann, wenn ein patentrechtlicher Schutz zusätzlich zum urheberrechtlichen Schutz zugelassen wird. Vor allem das Argument des "negativen Einflusses auf die Kreativität anderer Hersteller" ist von meinem Standpunkt aus zu betonen. Denn meine These geht gerade dahin, dass die "anderen Hersteller" sich dies nicht mehr einfach gefallen lassen, sondern mit einer geeigneten prozessualen Strategie hart zurückschlagen sollen.

²⁸⁰ *Marly*, Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäischen Union, 1995, S. 50 ff.

Äußerungen bei der Anhörung des amerikanischen Patentamtes 1994.

Während einer Anhörung durch das Patentamt wurde 1994 von vielen Beteiligten Kritik an der Ausweitung des Patentsystems auf Software geäußert.²⁸¹ Einige besonders eindrucksvolle Bemerkungen zitiere ich hier ohne näheren Kommentar.

Clark: "We're totally frustrated by our experiences with the patent system".²⁸² *Lopez*: "Developers need protection against patents".²⁸³ *Brotz*: "Software should not be patented, not because it is difficult to do so, but because it is wrong to do so; patent litigation tax."²⁸⁴ *Baker*: "At Oracle we believe that patents are inappropriate means for protecting software and are concerned that the patent system is on the brink of having a devastating impact on the software industry".²⁸⁵

Chiddix: "Rather, the current system is in some important instances

²⁸¹ Vgl. aber hierzu auch aus der Sicht der Befürworter von Softwarepatenten *Gruner*, Better Living Through Software, St. John's Law Review 74 (2000), S. 977 ff.

²⁸² *Clark*, Ohne Titel, 1994, www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_clark.html.

²⁸³ *Lopez*, Ohne Titel, 1994, www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_lopez.html.

²⁸⁴ *Brotz*, Ohne Titel, 1994, www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_brotz.html.

²⁸⁵ *Baker*, Ohne Titel, 1994, www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_baker.html

stifling innovation, increasing costs and leading to defeaturing".²⁸⁶ *Brown*: "The software industry is not going to progress very rapidly if people like me spend all their time on the phone to Legal".²⁸⁷ *Stallman*: "The patent system impedes development".²⁸⁸ *Fiddler*: "My perspective on software patents is simple: stop issuing software patents."²⁸⁹ *Warren*: "Extends greed and avarice too far; attempted extortions; enormous waste of resources."²⁹⁰ *Lippe*: "We've gone too far".²⁹¹

Patch: "From the perspective of Sun Microsystems, the system is indeed broken."²⁹² *Earnest*: "Resist the patent conspiracy; I recommend a return to the good old days when success depended on moving faster

²⁸⁶ *Chiddix*, Ohne Titel, 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_chiddix.html.

²⁸⁷ *Brown*, Ohne Titel, 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_brown.html.

²⁸⁸ *Stallman*, Ohne Titel, 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_stallman.html.

²⁸⁹ *Fiddler*, Ohne Titel, 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_fiddler.html.

²⁹⁰ *Warren*, Ohne Titel, 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_warren.html.

²⁹¹ *Lippe*, Ohne Titel, 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_lippe.html.

²⁹² *Patch*, Ohne Titel, 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_patch.html

than the other guys rather than trying to catch them in a trap."²⁹³
*Detjens: "The people that were against patents were the software people, and the people that were for patents were the lawyers."*²⁹⁴
*Judd: "desastrous impact of allowing software patents on software development; keep law out of software; don't let legal entanglements destroy the software industry."*²⁹⁵

*Grace: "I don't believe that the software industry should subsidize the legal services industry; Get rid of the system."*²⁹⁶ *Lippincott: "Tax that the patent system places on our industry."*²⁹⁷ *Blanchard: "I believe that unless we close that door and get back to where we used to be, the United States will be relegated to a third world status as far as software is concerned. Programmers are not a stupid bunch. When we're faced with endless and expensive litigation and uncertainty, we're just going to migrate to other fields."*²⁹⁸

²⁹³ *Earnest*, Ohne Titel, 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_earnest.html.

²⁹⁴ *Detjens*, Ohne Titel, 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_detjens.html.

²⁹⁵ *Judd*, Ohne Titel, 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_judd.html.

²⁹⁶ *Grace*, Ohne Titel, 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_grace.html

²⁹⁷ *Lippincott*, Ohne Titel, 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/arlinton/va_lippincott.html.

²⁹⁸ *Blanchard*, Ohne Titel, 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/arlinton/va_blanchard.html

Anhang: Früher im Netz veröffentlichte Beiträge

Auf den folgenden Seiten sind Diskussionsbeiträge des letzten Jahres dokumentiert, die ich aus verschiedenen aktuellen Anlässen im Internet veröffentlicht habe. Diese sind in zeitlicher Reihenfolge abgedruckt. Der neueste Beitrag kommt dabei zuerst.

Der Text der Beiträge ist unverändert. Ich habe diesen aber um Fußnoten ergänzt.

I. Sinking the Proposal for a Directive on Software Patents

Die folgenden Ausführungen vom März 2002 in englischer Sprache hatten den Zweck, rechtspolitischen Widerstand gegen einen Vorschlag der Kommission zur Legalisierung von Softwarepatenten zu leisten. Sie werden hier im englischen Originaltext wiedergegeben.

1. Sink the Proposal!

Being of the opinion that software patents should be abolished immediately, worldwide, I have not much sympathy for the recent European Commission proposal²⁹⁹ to change the long established rules and force software patents down our collective throats.

So I want to join others³⁰⁰ who are already fighting this proposal at full blast. We need to stop it as soon as possible.

rd.html.

²⁹⁹ europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/com02-92en.pdf.

³⁰⁰ swpat.ffii.org/vreji/papri/eubsa-swpat0202/.

This proposal is not like a seventy thousand ton aircraft carrier, but rather like a submarine surrounded by enemies. One torpedo should be enough to sink it for good. I am going to fire several torpedoes against it right now, and advise everybody riding on the proposal to get off the ship in time. These will have real warheads, aimed at destruction. Quite possibly they will all fail to hit the target; but I will try as hard as I can.

2. What do they want anyway?

The Commission says harmonisation is needed because there is some difference in the interpretation of the European Patent Convention between Member States. The Commission does not discuss the interpretation in all Member States; it limits its discussion to two Member States, Germany and United Kingdom; and it finds that the courts in these two Member States do not interpret the European Patent Convention in the same way.

However, the European Patent Convention is in force in all Member States, as the Commission correctly notes somewhere in the proposal. That means that already with the *status quo* there is one uniform legal text (Article 52 of the Convention) in force in all Member States. This obviously raises the question why the interpretation would become more uniform if instead of the uniform legal text in the Convention a new uniform legal text in a Directive gets adopted. If anything, having one text in the Convention and another in the Directive would mean that every court decision would have to address which of those two different texts it should follow, which would seem to lead to **more confusion** and differing opinions between Member States court decisions, rather than less.

This might be mitigated somewhat by the possibility of having the

Court of Justice decide on the interpretation of a future Directive, which would seem to be the only real gain for the goal of having a uniform interpretation in all Member States.

It is very difficult to predict if the noble goal of avoiding confusion will be helped or rather damaged by introducing this legislation. We would probably have to wait and see. At least the legislator should have the benefit of doubt. But I think the following sentence is very much worth noting, and I want to call everyone's attention to it:

'Thus, patentees and the public at large who may be users of patentable matter currently lack certainty as to whether in the event of litigation patents which have been granted in this field will be upheld.' This is what the Commission says in the 'need for harmonisation' part.

And this seems to be exactly what they want. I think that the current practice of the European Patent Office to grant software patents is clearly illegal under any conceivable understanding of Article 52 of the Convention. I think this is so, and that it is plain to see from the wording of that Article, but I do not intend to give any reasons for this opinion here, having done so in detail elsewhere³⁰¹ (in German language). The point here is that no one has really tried to enforce these illegal software patents in Europe, since that would have meant fighting a real opponent in a real litigation, as opposed to discussing the best way to work around the wording of the Convention in collaboration with the European Patent Office in the quiet procedure before the Board of Appeal. That would have meant a real fight against someone hell-bent on proving that software patents are illegal, and *indeed*, the

³⁰¹ Vgl. unten IV: Auslegung von Art. 52 des Europäischen Patentübereinkommens hinsichtlich der Frage, inwieweit Software

holder of a software patent would seem to 'lack certainty as to whether in the event of litigation patents which have been granted in the field will be upheld', and would therefore find his software patents unenforceable³⁰² and worthless at the time (their usefulness for preventing walrus attacks³⁰³ notwithstanding).

So what the Commission wants is not harmonisation. What the Commission wants is not uniform interpretation. What the Commission really wants is that all software patents illegally granted already become enforceable by litigation. They want to open the box of Pandora.

So why do they say that the proposal is necessary for harmonisation, if that is not their real goal?

The answer is that they have to say that, so as to be able to make the proposal in the first place. They can't just get in the ring and say: 'Okay, we know that everyone hates software patents, but we want introduce them anyway, and we want to have lots of great litigation from all the software patents already granted to happen.' They need to say: 'We don't really want to change anything, but there are these horrible differences in interpretation threatening the freedom of movement of goods in the internal market. So we need to harmonise.'

patentierbar ist.

³⁰² *Pilch/Smets*, Software Patentability with Compensatory Regulation: a Cost Evaluation, Upgrade December 2001, 25 (= www.upgrade-cepis.org/issues/2001/6/up2-6Smets.pdf): "One should note that software patents granted by the European Patent Office have currently little value"; *FFII*, Patent Jurisprudence on a Slippery Slope, 2002, swpat.ffii.org/analyse/erfindung/index.en.html: "However the patents granted on this basis are of an uncertain value".

³⁰³ Lancaster, Busting a \$ 650 Patent, www.tinaja.com/glib/bustpat.pdf.

This is not exactly telling the truth; this is only the superficial and pretended reason for the proposal, as opposed to the real reason. The Commission needs to pretend that it wants to harmonise when in reality it wants to change, because without pretending so, they would have no right to propose this legislation.

This reasoning is a noisemaker, intended to fool the torpedo looking for the submarine. We are not going to fall for that noisemaker. Instead, we are going to use our control wires to aim the torpedo right at the real submarine: This proposal is not about harmonisation. This proposal is not about legal certainty. It is about change. It wants to introduce software patents, which are illegal right now.

In the 'Frequently Asked Questions' file, my favourite answer consists of the following two sentences: 'In broad terms, nothing will be made patentable which is not already patentable. The objective is simply to clarify the law and to resolve some inconsistencies in approach in national laws.'

Okay, Commission, now take this first torpedo. If nothing will be made patentable which is not already patentable, then your proposal is **doing exactly nothing at all** and should be dumped because it **adds to the confusion, rather than reducing it**.

But we know that this isn't really true, don't we?

2. Democracy, Commission flavor

Next we will have a look at the way the Commission has dealt with the opinions presented in the consultations leading to this proposal.

The Commission says, in the section on the consultations:

'Thus although the responses in this category were numerically much fewer than those supporting the open source approach, there seems little doubt that the balance of economic weight taking into account total jobs and investment involved is in favour of harmonisation along the lines suggested in the paper.' (Actually they said 'fewer than' instead of 'fewer than,' I have taken the liberty to correct the obvious grammar error.)

This is great stuff. It just shows that the idea of listening to the numerical majority is stupid. Rather, people should listen to the 'balance of economic weight', that is to the voting power of the big wallets. Or so it might seem, if we follow the Commission's concept of democracy.

I was curious if that concept might be mirrored in the fundamental values of the Social Democratic Party and the Green Party, which happen to build the government coalition in Germany right now. So I had a look at their respective websites. Here is what I found.

The Leipzig *Grundsatzprogramm* (general principles) of SPD,³⁰⁴ says on its page 49:

'Demokratie bezieht ihre Lebenskraft aus der Gesellschaft und ihrer politischen Kultur. Sie wird durch die Ballung von wirtschaftlicher oder Medienmacht und durch die Anhäufung von Herrschaftswissen in privater oder öffentlicher Hand bedroht. (Democracy receives its vitality from society and its political culture. It is threatened by the concentration of economical or media power, and by the accumulation of

304

www.spd.de/servlet/PB/-s/ppbsnq1klbbqk1h5n2qq1d1oa0k1paksp9/show/1010243/programmdebatte_grundsatzprogramm.pdf.

ruling knowledge in private or public hands.)'

The draft Green Party *Grundsatzprogramm*³⁰⁵ (general principles) says on its page 68:

'Demokratie lebt vom Wettstreit der politischen Positionen und Konzepte. Deshalb halten wir es für falsch, wenn Positionen nicht mehr offen eingeführt und erstritten, sondern allein mit den großen Interessenverbänden ausgehandelt werden. Wir wollen die Rolle der Parlamente und der Abgeordneten im politischen Willensbildungs- und Entscheidungsprozess aufwerten. (Democracy has its foundation in the competition of political positions and concepts. Therefore, we think it is wrong if positions are not introduced and fought for openly, but rather only negotiated with big interest lobby groups. We want to strengthen the role of Parliaments and of representatives in the political opinion building and deciding process.)'

Maybe the German Social Democrats and the Greens need to reconsider their principles. 'Democracy threatened by accumulation of economic power', 'wrong if only negotiated with lobby groups.' Tsk, tsk. As the Commission tells us in the above sentences, politics is not about something superficial as numerical majorities, politics is about economic majorities.

Maybe. But I prefer to think that it is the Commission who needs to reconsider its understanding of democracy. Following the big lobby groups is not going to be a popular flavour of democracy, here and now (it might have had its place in the Nineteenth Century, but not in the

305

www.gruene.de/archiv/grem/bdk/02Berlin/antrag/G-01-Grundsatzprogramm.pdf.

Twenty-first). And since the procedure will follow Article 251 of the Treaty, at some point the proposal will need a majority in the European Parliament.

And I sure hope that the Parliaments idea of democracy is somewhat different from the Commission's concept.

To strengthen this point, maybe someone could set up a website collecting the opposition to software patents in a petition to the European Parliament. Quite possibly, our side might receive several thousand votes from citizens all over Europe for such a petition against software patents. No, wait, that has happened already,³⁰⁶ hasn't it? It will be interesting to see what the European Parliament does with that petition, with over one hundred thousand signatures, now that the Parliament's point of view will actually matter.

3. Where's the beef?

Lawrence Lessig asked³⁰⁷ some time ago that Europe should consider the economic consequences before legalizing software patents (he seemed to think that software patents in Europe are illegal right now,³⁰⁸ which is actually correct, even if most people at the European Patent Office would rather ignore that fact).

³⁰⁶ petition.eurolinux.org/index_html?LANG=en.

³⁰⁷ Lessig, Europe's 'me-too' patent law, news.ft.com/ft/gx.cgi/ftc?pagename=View&c=Article&cid=FT36QMGXJAC&live=true.

³⁰⁸ See also *Lando*, Business Method Patents, Texas Intellectual Property Journal 9 (2001), 423: "*Article 52 of the European Patent Convention expressly prohibits the patenting of software*".

Of course he is right. If Europe is going to take the drastic step to push patent inflation by adding a vast area to the patentable domain, at the least one should expect that someone would have a look at the economic consequences first.

If nothing changes by the proposal, that would seem to be unnecessary, but we have already refused to be fooled by this noisemaker. The proposal is to introduce software patents; to abolish the long-standing prohibition against software patents in Article 52 of the Convention; to make all the illegally granted software patents enforceable.

So where is the economic justification for this complete reversal of European legislation?

The Commission's main point is that a study³⁰⁹ by the Intellectual Property Institute of London, published 2000, supports software patents. The problem with that study, however, is that it is contradicting itself, as is evident even in the citations of the study in the Commission proposal.

On the one hand, the Commission tells us:

'It (the study) finds that the patentability of computer program related inventions has helped the growth of computer program related industries in the States, in particular the growth of SMEs and independent software developers into sizeable indeed major companies.'

On the other hand, the Commission says:

³⁰⁹ *Hart/Holmes/Reid*, *The Economic Impact of Patentability of Computer Programs*, 2001, europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/studyintro.htm.

'Any move to strengthen IP protection in the software industry cannot claim to rest on solid economic evidence.'

Only one of the above can be true. If the patentability of computer programs is the greatest thing since the internal market for the economic success of SMEs, then why is there 'no economic evidence' for a move to stronger IP protection?

Anyway, the study the Commission presents as its strongest witness has done no factual research of its own, limiting itself to quoting from the research of other people instead. More to the point, this study has done no factual research whatsoever on the situation in Europe, which would have been necessary.

In that respect, it contrasts with the much more serious study³¹⁰ initiated by the German Federal Ministry of Economics and Technology, which was ignored completely by the Commission in preparing the proposal. The German study actually did some fieldwork, asking people questions, trying to get raw data, none of which however would seem to be sufficient proof of any beneficial effect of software patents.

So, what is the Commission telling us about the economic justification? They tell us two things. 'Our study gave us no economic evidence for a move to stronger IP protection,' and 'We are ignoring the German study.'

Both of which are certainly no sufficient reason for the proposal.

As a dedicated opponent of software patents, it is not really my most

310

www.bmwi.de/Homepage/download/technologie/Softwarepatentstudie.pdf.

important goal in life to find some sufficient reason where the Commission fails to show it. But I am curious about how the proposal of legalising software patents might fit in with the general direction of European Union policy in information technology matters. Which is another question the proposal conveniently ignored.

At the European Council in Lisbon in March 2000,³¹¹ the European Union adapted as a 'strategic goal' for the next decade 'to become the most competitive and knowledge-based economy in the world.'

One might have expected the Commission proposal to explain why a vast expansion of government-granted monopoly rights contributes to the goal of becoming 'most competitive in the world'. Patents are the exact opposite of competition, and while it might be possible to argue that their harm to competition is less serious than their merits, it is impossible to argue that patent inflation increases competition.

One might note that the European Union policy as a whole is directed at killing off monopolies, and strengthening competition, especially in the telecommunications sector, which is of strategic importance for the above goal. Quite recently, the Commission said in a Communication³¹² on 'The Impact of the E-Economy on European Enterprises - Economic Analysis and Policy Implications' that there is a need to promote open standards and competition, which is correct.

So how is the legalisation of software patents going to help promoting open standards and competition? I think that it is doing the exact opposite; that it will damage open standards and competition; that it will be a crucial factor in **preventing the 'most competitive in the world'**

³¹¹ ue.eu.int/Newsroom/LoadDoc.asp?BID=76&DID=60917&LANG=1.

³¹² europa.eu.int/comm/enterprise/ict/policy/doc/com_2001_711_en.pdf.

goal from happening. And if we introduce monopoly rights on software ideas all over the place, we might as well go back to monopolies in the telecommunications sector as well.

4. Me too?

Last time I checked the European Union was not a colony of the United States. Rather, we reserve the right to disagree. The European Parliament is under no obligation whatsoever to adjust European legislation to American standards. One point of European integration is exactly that: having more weight in bilateral relations.

This means that the proposal to introduce software patents in Europe needs a better reason than that Americans like them, as *Lawrence Lessig* has pointed out³¹³ quite convincingly. 'Me too' is no reason for patent inflation; at least no sufficient reason.

There seems to be only one place where the unfortunate situation in America is given as a reason for this proposal to introduce software patents. In the FAQ, as an answer to the question why patents are good for innovation, the Commission says, among other misguided observations:

'Other countries which are successful in the information technology sector (such as the US and Japan) also grant patents for computer-implemented inventions.'

There are two points which need to be addressed here, both conveniently left out in the proposal.

³¹³ Lessig (supra 307).

One point is the hard data readily available comparing research and development in Japan, Germany and the United States. For anyone who cares to look, the *Bessen/Maskin* study³¹⁴ clearly indicates that research and development in the software sector *went down* in the United States as a consequence of introducing software patents. Everybody knows that, but the more important point is that no such reduction was to be seen in Germany (see Figure 2 on page 9 of the paper). *Having no software patents is a competitive edge* for Europe.³¹⁵ This is much like the goofy American policy³¹⁶ requiring export licenses from software publishers, which contributes nothing to the goal of stopping the spread of cryptography, but adds a lot of red tape for American industry, and the suspicion that the American government makes sure that Microsoft product security can easily be compromised by the CIA, hurting sales to anyone interested in keeping their data for themselves. The Americans are shooting their own foot with that policy, which is great for the European industry, since it helps the Europeans

³¹⁴ Bessen/Maskin, Intellectual Property on the Internet. What's Wrong with Conventional Wisdom?, www.researchoninnovation.org/iippap2.pdf.

³¹⁵ See also *Biddinger*, Limiting the Business Method Patent, *Fordham Law Review* 69 (2001), 2550: "As a result, United States companies may be at an economic disadvantage as the patent system branches out into increasingly diverse areas." and *Pfaffenberger*, Towards the Anticommons, 2001, www.linuxjournal.com/article.php?sid=5061: "(...) that the software patent avalanche poses a major threat to innovativeness (and therefore the competitiveness) of the US software industry. Other countries, notably those of the European Union, haven't yet followed the US lead--and they could find themselves holding a significant competitive advantage if the US system indeed proves dysfunctional."

³¹⁶ See www.cdt.org/crypto/index.shtml.

to catch up on the market.

Exactly in the same way, the Americans are shooting their own foot by transforming their software industry in law firms with small software development departments, and having everyone sue everyone else in sight over some trivial idea some rookie at the Patent Office stamped with his seal of approval.³¹⁷ This is great for the European industry. And the last thing we need is the Commission to copy American patent policy, giving up on the competition advantage we have right now,³¹⁸ and which is clear to anyone who cares to look at the *Bessen/Maskin* data.

The other question is who would pay the license fees, as a balance, European industry or American industry. This is simply a question of who has more and more license-fee generating software patents. Either the Europeans or the Americans will come out ahead.

With the current dominance of world markets enjoyed by the American software industry, it would seem at first sight that any such balance would necessarily need to come out with large numbers in the

³¹⁷ See *Gleick*, *Patently Absurd*, 2000, www.around.com/patent.html.

³¹⁸ See *Brand*, *Without Title*, 1994, www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_brand.html: "*Five groups of my colleagues doing work in cryptographic technique have moved or are in the process of moving their work outside the United States. They say the patent restrictions and the export restrictions in combination here prevent them from doing development, prevent them from doing marketing, prevent them from starting a company. They'll move it to Europe.*"

red from an European perspective.³¹⁹ In other words, any move in the direction of patent inflation in this field means massive money transfers from Europe to America, which is definitely not in the European interest.

This is not a theoretical consideration. Look at all the cases in which software patents cause real damage to European interests right now.³²⁰ In most of them American patent holders are harassing European software developers. So if the bold project of the Commission to legally accept software patents in Europe sails through, we will see more of the same, on a much larger scale. We will see American patent holders harassing, threatening, and cashing in on European software developers.

Probably the European software industry would be better off if the Commission just proposed a one percent **tax on all sales of European software developers** in Europe, to be paid out as a lump sum to the American BSA. That way we would at least avoid the hassle and the confusion.

³¹⁹ 75 percent of European software patents are held by American or Japanese companies, *Ravillard*, Commentary: Protection for Computer Programs, in: Hansen (Ed.), *International Intellectual Property Law & Policy - Volume 4*, 2000, Chapter 35-1. See also *Riek*, *Softwarepatente gefährden Fortschritt und Wettbewerb*, 2000, <http://www.sicherheit-im-internet.de/themes/themes.phtml?ttid=2&tsid=334&tdid=74&page=0>. The same is true for business methods: 52 percent of the patent applications are filed by American companies, see *Likhovski/Spence/Molineaux*, *The First Mover Monopoly*, 2000, www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0500.pdf, page 3.

³²⁰ swpat.ffii.org/vreji/pikta/xrani/index.de.html.

But even the BSA couldn't write *that* in their proposal draft³²¹ for the Commission, could they?

5. So what?

Now, what exactly would happen if all my attacks, and those of many others, would fail to sink this proposal?

The Commission wants us to believe that we need not worry. Contrary to the situation in America, there will be no patents on business methods, because with the proposal, every 'computer-implemented invention' needs to show a 'technical contribution'.

This means that the Commission actually listened to the consultation to a certain extent. Even those few answers that supported the Commissions position drew a line at the point of allowing business methods patents.

This also means that the current proposal is much less damaging than the proposal to abolish 'computer programs' from the list of not patentable subject matter in Article 52 of the European Patent Convention was. *That* would have been following the American example without even pretending not to do so.

What does that magical 'technical contribution' requirement actually do? I don't know. The Commission does not know either, as they say in their FAQ:

'It would not be possible for a legal text such as a Directive to attempt to spell out in fine detail what is meant by "technical", because the very

³²¹ swpat.ffi.org/vreji/papri/eubsa-swpat0202/.

nature of the patent system is to protect what is novel, and *therefore not previously known* (emphasis added). In practice the courts will determine in individual cases what is or is not encompassed within the definition. However, earlier court decisions have indicated that a technical contribution may arise if there has been some improvement in the way that processes are carried out or resources used in a computer (for example an increase in the efficiency of a physical process), or if the exercise of technical skills beyond "mere" programming has been necessary to arrive at the invention.'

Now, this is real magic. How can there be any 'earlier court decisions' on a law not yet adopted? And wasn't the whole point of the exercise to stop all those nasty court decisions from confusing the issue and have a clear and predictable regulation? At least that was what the proposal pretended to be, as we have seen above.

So we have to stick with the first part of that answer. We don't know. And we can't give details. We will have to wait and see what the courts will do with that new text, once they get a chance to apply it to real cases, and start the interpretation work.

But I know one thing. For close to 30 years, Article 52 of the European Patent Convention has said that 'computer programs' are not patentable subject matter. That is about as clear as it can get. But the courts chose to ignore this; the courts chose to work around this; the courts chose to grant thousands of software idea monopolies anyway. Just *look* at the Software Patent Horror Gallery,³²² to see what good that exception has done for the opponents of software patents.

³²² swpat.ffi.org/vreji/pikta/index.en.html.

So, as a matter of course, I expect the patent lobby and the courts to do the same with any new text adopted as a result of the proposal.³²³ Don't worry? With that track record? The 'technical contribution' requirement will be interpreted as being fulfilled when the software program in question is running on a computer. If you think this is a joke have a look at the Japanese regulation of software patents, which takes exactly that position (easily confirmed by looking at the German study mentioned above³²⁴ on page 216).³²⁵ In Japanese law, you can get a software patent if the software is designed to run on hardware, which doesn't seem to have much of a restricting effect.

No, wait. There will be at least three different interpretations in court decisions. Most will see the requirement fulfilled if the software is designed to run on a computer, but others will take the bold step to require that a Central Processing Unit and a display is necessary to run it; and a third theory will be that any software making use of the Internet in some way contributes technically. All of which will mean: There will be no restricting effect whatsoever, and, *of course*, we will see patents on business methods and patents on Internet usage

³²³ See *Schohe*, *The Present Status Of Software Protection In Europe and Germany*, 1999, www.law.washington.edu/casrip/newsletter/newsv6i2Schohe.html: "*The latest decisions of the European Patent Office show that subject-matter considered as strictly non-patentable a couple of years ago may become allowable in the course of time.*"

³²⁴ *Supra* note 310.

³²⁵ See also *Bakels/Hugenholtz*, *The Patentability of Computer Programs*, (2002), www.ivir.nl/publications/other/softwarepatent.pdf, 14.

methods.³²⁶ And everything *already granted illegally* will be perfectly enforceable, which alone will be enough to catch up with the American state of craziness in the field.

So, *yes*, Commission, we are extremely worried that your proposal will remove any restrictions; that it will break the dam and bury the European industry in a flood of American software patents; that there will be no limit whatsoever. And we are especially worried that everything already granted will be enforced.

So all those opposing software patents might have to think about some other approach. If the proposal gets adopted, software patents will be like spam. Harassing, threatening to chill and choke all research and programming activity, restricting competition and open standards, and harming Open Source more than anything else, and they will be *perfectly legal*. And just as the sum of damages caused by spam is rising with the number of spam messages sent, the sum of damages caused by software patents will rise with the number of software patents granted and enforced.

And as more and more projects will be taken down all over the place, destroyed by some trivial software patent, people will get mad. When the first cases enforcing software patents hit the courts, the defendants will receive ample support in public, while the plaintiffs will need some pretty professional footwork to limit the PR meltdown their lawsuits will cause. Just look at British Telecom and the perfect joke they are making of themselves by trying to enforce their Hyperlink Patent³²⁷ in

³²⁶ *Casalonga*, GRUR Int. 2002, 479.

³²⁷ swpat.ffi.org/vreji/pikta/xrani/hyperlink/index.de.html.

the United States. Everybody and their dog hate them for that, and laugh about them, and despise them.³²⁸ I for one have to thank them for their great contribution to the cause of software patent opposition, but that doesn't change much of the PR damage.

And just as people eventually will find some way to deal with spammers, even if the law does not stop them, the overwhelming majority of opponents to software patents will find a way to deal with corporations who try to use software patents, even if the law does not stop them.

So what if the Commission proposal actually succeeds in forcing software patents down our throats? We'll see about that when it happens. Right now, I hope that all of my attacks hit the proposal, and sink it for good.

³²⁸ *Marti*, Open Letter to Mr. Charles J. Roesslein, CEO, Prodigy, (2000), www.linuxjournal.com/article.php?sid=5094.

II. Kommentar zur Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 17. Oktober 2001, "Fehlersuche"

1. Wortlaut der Entscheidung

Den vollen Wortlaut dieser Entscheidung habe ich auf meiner Internetseite wiedergegeben.³²⁹ Hier verzichte ich auf einen Abdruck.

2. Fragen

Die Entscheidung wirft eine Reihe von Fragen auf.

Orientiert sich der BGH hier erstmals am Gesetz? Wie weit geht diese Neuorientierung und wie weit bleibt die bisherige am Gesetz vorbei gehende Praxis bestehen? Dies sind zunächst einmal die methodischen Fragen.

Welche Grenzen ergeben sich in der Sache für die Patentierbarkeit? Konkreter: Wie wären nach der in dieser Entscheidung vertretenen Betrachtungsweise eigentlich die bereits vom Patentamt anerkannten Ansprüche zu beurteilen? Sind diese danach ebenfalls nicht patentierbar und vor einer Aufhebung nur durch verfahrensrechtliche Gründe geschützt gewesen?

Was soll eigentlich das Bundespatentgericht (im folgenden BPatG)

³²⁹ lenz.als.aoyama.ac.jp/Stellungnahmen/bgh_fehlersuche.htm.

nunmehr mit der zurückverwiesenen Sache anfangen? Welche Aussichten hat die Antragstellerin im gegenwärtigen Stand des Verfahrens, ihren Anspruch 22 doch noch anerkannt zu erhalten? Was würde eine solche Anerkennung in der Praxis bedeuten, im Unterschied zu den bereits anerkannten Ansprüchen?

Welche Auswirkung hat diese neue Betrachtung auf die rechtspolitische Diskussion um den Bereich der Softwarepatente? Wie würde sich eine Streichung des bisherigen Verbotes der Patentierung von Software auf die vorliegende Entscheidung auswirken?

2. Methodik

a) Erstmals methodengerechte Auslegung

Bemerkenswert ist zunächst einmal eine geradezu revolutionäre neue Bereitschaft des BGH, sich am Gesetzestext zu orientieren. Bisher konnte - insoweit zutreffend - festgestellt werden: "Wie schon vorstehend ausgeführt, hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes im Zusammenhang mit Programmen für Datenverarbeitungsanlagen ohnehin nicht auf den Ausschluss in der Negativliste Bezug genommen, sondern auf den technischen Charakter des zu beurteilenden Gegenstandes"³³⁰. Auch der BGH selbst hat in der Entscheidung "Logikverifikation" ausgeführt: "Der Senat, der bislang noch nicht zu entscheiden brauchte, was unter einem von Patentschutz ausgeschlossenen Programm als solchem zu verstehen ist, kann diese Streitfrage auch hier dahinstehen lassen"³³¹.

³³⁰ *Tauchert*, JurPC Web-Dok. 40/2001, Abs. 49.

³³¹ JurPC Web-Dok. 72/2000, Abs. 37.

Diesen Aussagen massgeblicher Sachkenner zur bisherigen Rechtsprechung des BGH lässt sich die Wertung entnehmen, dass der BGH sich mit dem Ausschlussstatbestand "Programme für Datenverarbeitungsanlagen" in § 1 Abs. 2 Nr. 3 PatG bisher nicht näher beschäftigt hat.³³² Dies geschieht in der vorliegenden Entscheidung zum ersten Mal. Es ist durchaus bemerkenswert, dass die Rechtsprechung es bisher offenbar nicht für nötig gehalten hatte, diesen Ausschlussstatbestand im Gesetz näher auszulegen, und damit zwanzig Jahre gewartet hat.

Daher lässt sich als ein erstes Ergebnis zunächst einmal feststellen: Der BGH versucht in dieser Entscheidung zum ersten Mal, den Ausschlussstatbestand auszulegen.

b) Anwendung anerkannter Auslegungsmethoden durch den BGH

Methodisch geht der BGH von einer Wortlautauslegung aus. Diese begnügt sich allerdings mit einem einzigen Satz, nämlich: "Die gesetzliche Regelung ergibt schon nach ihrem Wortlaut zunächst, dass weder Programme für Datenverarbeitungsanlagen schlechthin vom Patentschutz ausgeschlossen sind, noch dass bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des Gesetzes für jedes Computerprogramm Patentschutz erlangt werden kann."

Der BGH verlässt mit dieser kurzen Bemerkung die Ebene der Wortlautauslegung und wendet als nächstes die Methode der teleologischen Auslegung an. Zwar sagt der BGH nicht, was nach sei-

³³² Was von *König*, GRUR 2001, S. 582 zu Recht als "erstaunlich" gewertet wird.

ner Ansicht der Zweck des Ausschlussstatbestandes ist. Jedoch bemerkt der BGH, dass der Zweck des Patentrechts insgesamt darin bestehe, durch Gewährung eines zeitlich beschränkten Ausschließlichkeits-schutzes neue, nicht nahegelegte und gewerblich anwendbare Problemlösungen auf dem Gebiet der Technik zu fördern. Das verlangt nach Ansicht des BGH, dass die prägenden Anweisungen der beanspruchten Lehre der Lösung eines konkreten technischen Problems dienen.

Im Ergebnis behauptet der BGH, dass eine Abgrenzung auf zwei Stufen zu erfolgen habe. Wenn das Programm der Lösung eines technischen Problems diene, etwa eines Problems auf dem Gebiet der Physik, dann sei bereits deswegen die Patentierbarkeit anzunehmen. Andernfalls sei gesondert unter Berücksichtigung der Zielsetzung des patentrechtlichen Schutzes zu prüfen, ob eine Patentierbarkeit gerechtfertigt sei. Da das im vorliegenden Fall betroffene Computerprogramm eine Frage der Textverarbeitung betreffe und damit nicht ein technisches Problem löse, sei eine derartige weitere Prüfung erforderlich.

Als nächstes wendet sich der BGH der systematischen Auslegung zu. Der BGH stellt fest, dass wissenschaftliche Theorien und mathematische Methoden ebenso wie Pläne, Regeln und Verfahren für gedankliche Tätigkeiten nur insoweit vom Patentschutz ausgeschlossen seien, als sie losgelöst von einer konkreten Umsetzung beansprucht werden. Soweit sie hingegen zur Lösung eines konkreten technischen Problems Verwendung finden, seien sie grundsätzlich patentfähig. Dies stützt nach Ansicht des BGH das eben dargestellte Ergebnis.

Schließlich versucht der BGH auch noch eine Anwendung der historischen Auslegungsmethode. Der BGH stellt fest, dass das deutsche Patentrecht in bezug auf den Ausschlussstatbestand vom Europäischen Patentübereinkommen geprägt ist und fragt daher nach der Entste-

lungsgeschichte dieses Abkommens. Unter Zitat entsprechender Protokolle über die Diskussion dieses Abkommens stellt der BGH fest, es habe damals keine klare Vorstellung über die Definition geherrscht und es sei die Auslegung der Rechtspraxis überlassen worden.

Gleichzeitig führt der BGH aber auch aus, die Wortwahl trage dem Anliegen Rechnung, die Entwicklung auf dem Gebiet der Computertechnik nicht durch eine uferlose Ausdehnung des Patentschutzes zu behindern. Dies lege es nahe, Lehren aus nichttechnischen Gebieten nicht allein deshalb dem Patentschutz zugänglich zu erachten, weil sie mit Hilfe eines Computers angewendet werden sollten. Diese letztere, sehr wichtige Folgerung wird allerdings nicht mit irgendwelchen Zitaten aus Protokollen als Ansicht des historischen Gesetzgebers belegt. Daher ist fraglich, ob dies wirklich historische Auslegung ist. Vielmehr scheint dieses Verständnis des BGH direkt aus dem Wortlaut gewonnen zu sein, also nicht auf historischer Auslegung, sondern auf einer Wortlautauslegung zu beruhen.

c) Eigene Auslegung in Diskussion mit dem BGH

aa) Wortlautauslegung. Der sehr knappe Ansatz zu einer Wortlautauslegung in der Entscheidung kann der Komplexität der Frage wohl noch nicht umfassend gerecht werden. Dies ist Anlass, eigene Überlegungen³³³ zur Frage der Wortlautauslegung des Ausschlussstatbestandes noch einmal neu in Angriff zu nehmen.

Gegenstand der Auslegung sind die Begriffe "Programme für Daten-

³³³ Vgl. unten IV: Auslegung von Art. 52 des Europäischen Patentübereinkommens hinsichtlich der Frage, inwieweit Software patentierbar ist.

verarbeitungsanlagen" und "als solche". Zunächst zur Wortlautauslegung des Begriffes "Programme für Datenverarbeitungsanlagen".

Das Patentgesetz enthält im Gegensatz zum Urheberrechtsgesetz keine Legaldefinition für den Begriff des Computerprogrammes. Die Legaldefinition in § 69a Urheberrechtsgesetz ist auf den Bereich des Patentrechts nicht anwendbar, sie zeigt aber deutlich die verschiedenen Möglichkeiten auf.

Bei der Entwicklung eines Programmes lassen sich drei Stufen unterscheiden. Die wichtigste davon steht am Anfang, nämlich die neue Idee. So wird etwa in dem vom BGH in der vorliegenden Fall diese Idee in den Ansprüchen beschrieben. Auf der Grundlage dieser Idee (auf ein Wörterbuch zu verzichten und die Entscheidung über die Richtigkeit einer Zeichenkette allein aus der Analyse des Textes zu gewinnen) wird dann eine Durchführung der Idee in einer Computersprache erstellt. Dieser für Menschen leicht lesbare Text wird dann in einem weiteren Schritt in eine ausführbare Form des Programmes umgewandelt.

Wer Beschränkungen des Bereiches patentierbarer Forschung als lästig empfindet und daher den Ausschlussbestand möglichst eng verstehen will, kann die Theorie vertreten, dass die Formulierung "Programme für Datenverarbeitungsanlagen" nur die Stufen zwei und drei in der obigen Reihenfolge meint. Dies würde der Abgrenzung in §69a Absatz 2 des Urheberrechtsgesetzes entsprechen. Dieses erstreckt den Schutz nur auf die beiden Ebenen der tatsächlichen Durchführung von Ideen und nimmt die grundlegende Idee ausdrücklich aus: "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."

Ein derartiges Verständnis würde für den Bereich des Patentrechts automatisch bedeuten, dass der Ausschlussatbestand jede praktische Bedeutung verliert. Die konkreten Ausführungsformen sind bereits durch das Urheberrecht geschützt, so dass ein zusätzlicher Patentschutz nur Kosten verursacht, aber keinen Gewinn an Schutzrechten bringt. Wenn nur dieser ohnehin uninteressante Bereich vom Patentschutz ausgeschlossen sein soll, während für den durch das Urheberrecht gerade nicht geschützten Bereich der "Ideen und Grundsätze" der Ausschlussatbestand im Patentgesetz nicht greift, dann ist damit diesem Ausschlussatbestand jeder sinnvolle Anwendungsbereich genommen.

Wenn also umgekehrt der Ausschlussatbestand "Programme für Datenverarbeitungsanlagen" irgendeinen sinnvollen Anwendungsbereich haben soll, dann ist er weiter als § 69a Absatz 2 Urheberrechtsgesetz auf alle drei Stufen der Programmentwicklung anzuwenden. Vor allem gehört die Stufe der "Ideen und Grundsätze" zu den von der Patentierbarkeit ausgeschlossenen "Programmen für Datenverarbeitungsanlagen."

Der BGH nimmt in seinem einzelnen Satz zu dieser Frage nicht Stellung. Soweit die Rechtsprechung des BGH betroffen ist, bleibt dies also späteren Entscheidungen vorbehalten. Der einzelne Satz des BGH war: "Die gesetzliche Regelung ergibt schon nach ihrem Wortlaut zunächst, dass weder Programme für Datenverarbeitungsanlagen schlechthin vom Patentschutz ausgeschlossen sind, noch dass bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des Gesetzes für jedes Computerprogramm Patentschutz erlangt werden kann." Hieraus ergibt sich nur, dass der BGH es für erforderlich hält, ein ausgewogenes Ergebnis zu erzielen und ein einseitiges Ergebnis zu vermeiden. Allerdings wäre eine nähere Erläuterung hilfreich gewesen, wieso sich dieses Ver-

ständnis aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben soll. Am ehesten würde es wohl naheliegen, dies aus dem Wortlaut "nur insoweit" in § 1 Abs. 3 PatG zu entnehmen. In diesem Punkt ist dem BGH aber wohl zuzustimmen. Jedenfalls ist eine Auslegung mit dem Wortlaut "nur insoweit" nicht zu vereinbaren, die dem Ausschlussatbestand einseitig jeglichen Anwendungsbereich nimmt und damit die Patentierbarkeit für Lehren jeglicher Art eröffnet, wenn nur zu deren Durchführung die Verwendung eines Computerprogramms vorgeschlagen wird. Die Entscheidung des BGH ist eine klare Absage an eine unbeschränkte Patentinflation, nach der jede beliebige Lehre patentierbar ist, wenn sie nur irgendwie mit einem Computer durchgeführt werden soll. Sie widerlegt gleichzeitig die verfehltete Annahme, das gegenwärtige Patentierungsverbot für Computerprogramme sei ohne jegliche praktische Auswirkung.

bb) Teleologische Auslegung. Die teleologische Auslegung des BGH lässt ebenfalls noch Spielraum für eine nähere Untersuchung. Der BGH stellt richtig fest, dass das Patentrecht den Zweck verfolgt, neue und nicht naheliegende Problemlösungen auf dem Gebiet der Technik zu fördern.

Wenn daraus dann aber die Folgerung gezogen wird, es komme vor allem darauf an, ob ein Problem auf dem Gebiet der Technik oder ein anderes Problem gelöst werden soll, so führt das letztlich wieder zurück zu der bisherigen Betrachtungsweise des BGH, die eine nähere Auslegung des Ausschlussatbestandes nicht versucht und statt dessen direkt mit dem Technikbegriff gearbeitet hat.

cc) Systematische Auslegung. Der BGH meint, dass die von ihm versuchte systematische Auslegung das vorher gefundene Ergebnis bestätige. Dies ist nicht richtig. Wollte man etwa den Fall der wissenschaft-

lichen Theorien ebenso behandeln wie das vom BGH vorgeschlagene Ergebnis für Computerprogramme, so wären auch hier zwei Stufen zu unterscheiden. Alle wissenschaftlichen Theorien, die zur Lösung eines Problems auf technischem Gebiet dienen (etwa auf dem Gebiet der Physik), wären nach dieser Betrachtung in klarem Gegensatz zum Wortlaut des Gesetzes von vornherein patentfähig. Bei allen anderen Theorien wäre dann immer noch in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob nicht nach der Zwecksetzung des Patentrechts eine Patentierbarkeit im Einzelfall in Betracht kommt.

Die systematische Auslegung ist nach meiner Aussicht besonders erfolgversprechend. Ich habe bereits dargelegt, dass sich insbesondere aus der systematischen Auslegung ergibt: Computerprogramme sind wie alle anderen Fälle nicht etwa in die zwei Teilmengen Computerprogramme als solche und andere Computerprogramme aufzuteilen. Vielmehr gilt das Patentierungsverbot umfassend für alle Computerprogramme auf allen Gebieten. Insbesondere verbietet sich eine Unterscheidung nach dem Gegenstand des betreffenden Programmes, wie sie etwa vom BMWi-Gutachten vorgeschlagen wird (vgl. hierzu die Stellungnahme unten).³³⁴

Dagegen sind Computerprogramme ebenso wie wissenschaftliche Theorien oder Entdeckungen als Werkzeug der Forschung und Entwicklung zulässig. Die Ausnahme in Absatz 3 betrifft nur diesen Fall.

Für die systematische Auslegung ist besonders der Fall der ästhetischen Formschöpfungen wichtig. Denn in diesem Fall (z. B. bei Büchern oder Filmen) ist ebenso wie bei Computerprogrammen die

³³⁴ Unten II: Einige Anmerkungen zum juristischen Teil der Studie zu Softwarepatenten des Bundesministeriums für Wirtschaft und

konkrete Ausführungsform einer grundlegenden Idee bereits durch das Urheberrecht geschützt. Dagegen sind wissenschaftliche Theorien oder Entdeckungen (für die allein die Einschränkung "als solche" ursprünglich gelten sollte) nicht durch Urheberrecht geschützt.

Das Urheberrecht schützt nur die konkrete Ausgestaltung einer Geschichte über einen Zauberlehrling. Wenn solche Geschichten über "*Harry Potter*" eine weltweite Auflage von über 100 Millionen erreichen, dann nimmt das keinem anderen Urheber das Recht, ebenfalls über junge Zauberlehrlinge zu schreiben, also die Idee und grundsätzliche Gestaltung der erfolgreichen Autorin zu übernehmen. Wenn man diesen Ausschluss des urheberrechtlichen Schutzes auf die Auslegung des Ausschlussstatbestandes in § 1 Abs. 2 Nr. 2 PatG "ästhetische Formschöpfungen" überträgt, würde dies dem Tatbestand jeden Wirkungsbereich nehmen und die Patentierung z. B. des Konzeptes "junger Zauberlehrling" ermöglichen. Dies kann nicht beabsichtigt sein. Vielmehr ist für Bücher und Filme der Ausschlussstatbestand dahin zu verstehen, dass nicht nur die Anmeldung eines fertigen Buches (also die konkrete Ausgestaltung) sondern eben auch schon die der grundlegenden Idee ausgeschlossen ist.

Daher ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang auch für Computerprogramme ein Beleg für das oben angenommene Verständnis. Das Patentierungsverbot bezieht sich nicht etwa nur auf die beiden Formen der konkreten Ausgestaltung, sondern auch und gerade auf die Idee und grundlegende Gestaltung, wie sie etwa im vorliegenden Fall angemeldet wurde.

3. Neue Anforderungen an die Patentierbarkeit

Der erste Leitsatz der vorliegenden Entscheidung stellt fest: "Das Patentierungsverbot für Computerprogramme als solche verbietet, jedwede in computergerechte Anweisungen gekleidete Lehre als patentierbar zu erachten, wenn sie nur - irgendwie - über die Bereitstellung der Mittel hinausgeht, welche die Nutzung als Programm für Datenverarbeitungsanlagen erlauben. Die prägenden Anweisungen der beanspruchten Lehre müssen vielmehr insoweit der Lösung eines konkreten technischen Problems dienen."

Im Text der Entscheidung folgen dann die weiteren Sätze: "Unter diesen Voraussetzungen ist die beanspruchte Lehre dem Patentschutz auch dann zugänglich, wenn sie als Computerprogramm oder in einer sonstigen Erscheinungsform geschützt werden soll, die eine Datenverarbeitungsanlage nutzt. Diese Abgrenzung der für Datenverarbeitungsanlagen bestimmten Programme, für die als solche Schutz begehrt wird, von computerbezogenen Gegenständen, die § 1 Abs. 2 Nr. 3 PatG nicht unterfallen, führt dazu, dass Ansprüche, die zur Lösung eines Problems, das auf den herkömmlichen Gebieten der Technik, als der Ingenieurwissenschaften, der Physik, der Chemie oder der Biologie besteht, die Abarbeitung bestimmter Verfahrensschritte durch einen Computer vorschlagen, grundsätzlich patentierbar sind. Ansonsten bedarf es hingegen einer Prüfung, ob die auf Datenverarbeitung mittels eines geeigneten Computers gerichtete Lehre sich durch eine Eigenheit auszeichnet, die unter Berücksichtigung der Zielsetzung patentrechtlichen Schutzes eine Patentierbarkeit rechtfertigt."

Dies bedeutet, dass nunmehr eine zweistufige Prüfung vorzunehmen ist (vorausgesetzt, man folgt dem Abgrenzungsvorschlag des BGH). Dies sei anhand des bereits vom Patentamt anerkannten Anspruches 1

der vorliegenden Anmeldung verdeutlicht. Zunächst ist zu fragen, ob der Anspruch 1 zur Lösung eines Problems auf dem Gebiet der Technik dient. Der Anspruch 1 lautet:

"1. Verfahren zur computergestützten Suche und/oder Korrektur einer fehlerhaften Zeichenkette F_i in einem digital gespeicherten Text, der die entsprechende fehlerfreie Zeichenkette S_i enthält,

dadurch gekennzeichnet, daß

a) die Auftretenshäufigkeit $H(S_i)$ der fehlerfreien Zeichenkette S_i ermittelt wird,

b) die fehlerfreie Zeichenkette S_i nach einer Regel R_j verändert wird, so daß eine mögliche fehlerhafte Zeichenkette f_{ij} erzeugt wird,

c) die Auftretenshäufigkeit $H(f_{ij})$ der Zeichenkette f_{ij} in dem Text ermittelt wird,

d) die Auftretenshäufigkeiten $H(f_{ij})$ und $H(S_i)$ verglichen werden und

e) basierend auf dem Vergleich in Schritt d) entschieden wird, ob die mögliche fehlerhafte Zeichenkette f_{ij} die gesuchte fehlerhafte Zeichenkette F_i ist."

Das Problem, das mit diesem Anspruch gelöst werden soll, ist die Fehlersuche bei der Textverarbeitung. Textverarbeitung ist ein Problem, das nicht der Ingenieurwissenschaft, nicht der Physik, nicht der Chemie und nicht der Biologie zuzurechnen ist. Daher ist dieses Problem nicht technisch im Sinne der Abgrenzung des BGH und der Anspruch 1 damit nicht ohne weiteres der Patentierbarkeit zugänglich.

Dem Anspruch 1 bleibt aber nach der Abgrenzung des BGH eine zweite Chance. Für alle anderen Probleme soll nämlich zu prüfen sein,

ob die auf Datenverarbeitung mittels eines geeigneten Computers gerichtete Lehre sich durch eine Eigenheit auszeichnet, die unter Berücksichtigung der Zielsetzung patentrechtlichen Schutzes eine Patentierbarkeit rechtfertigt.

Was dies bedeuten soll, ist mir nicht recht verständlich. Jedenfalls kann die Patentierbarkeit von Anspruch 1 nicht mit der Technizität des zu lösenden Problems gerechtfertigt werden. Unter diesen Umständen ist das Ergebnis der zweiten Prüfung kaum sicher zu bestimmen.

Daher ist jedenfalls die Aussage möglich, dass der bereits anerkannte Anspruch 1 nach der Abgrenzung des BGH keinesfalls sicher patentierbar war. Dies spielt in dem Moment eine Rolle, in dem es zu einem Rechtsstreit zwischen der Anmelderin und einem Dritten über die Wirksamkeit des Patents kommt und die Anmelderin nicht mehr durch das verfahrensrechtliche Verbot der *reformatio in peius* vor einer sorgfältigen Prüfung auch des Anspruches 1 nach der eher einschränkenden Abgrenzung der vorliegenden Entscheidung geschützt ist.

In diesem Zusammenhang verdienen auch die Ausführungen des BGH zu der verfahrensrechtlichen Seite besondere Aufmerksamkeit. Der BGH weist das BPatG an, die Ansprüche 1 bis 17 in ihrer Auswirkung auf Anspruch 22 zu überprüfen. In diesem Zusammenhang führt der BGH aus: "Diesen Anweisungen liegen ausweislich der Beschreibung der Patentanmeldung Erkenntnisse zugrunde, die durch statistische Erhebung gewonnen werden können. Sollten sie (auch) die Lehre nach Anspruch 22 prägen, müsste diesem nach dem Vorgesagten die Patentierbarkeit abgesprochen werden. Allerdings scheint auch die gegenteilige Bewertung nicht gänzlich ausgeschlossen."

Das bedeutet eine Bewertung, wonach bereits die Ansprüche 1 bis 17 nicht patentierbar waren. Es geht danach nur noch um die Frage, ob

die fehlende Patentierbarkeit dieser nur auf statistischen Erhebungen beruhenden Ansprüche auf Anspruch 22 durchschlägt. Dafür spricht nach Auffassung des BGH eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, das Gegenteil scheint nur "nicht gänzlich ausgeschlossen". Jedenfalls weist der BGH ausdrücklich darauf hin, dass das BPatG durch das verfahrensrechtliche Verbot der *reformatio in peius*³³⁵ nicht gehindert sei, die Patentierbarkeit der Ansprüche 1 bis 17 im Rahmen der Prüfung von Anspruch 22 inzident abzulehnen. Wenn dies geschieht, dann muss sich die Anmelderin nicht nur von ihrem Anspruch 22 verabschieden, sondern verliert auch im wesentlichen die bereits erteilten Ansprüche 1 bis 17. Denn jeder zukünftige potentielle Verletzer kann dann nachlesen, dass diese Ansprüche eigentlich gar nicht hätten erteilt werden dürfen.

Falls die Anmelderin sich angesichts dieses einseitig verteilten Risikos entschließt, die Rechtsbeschwerde nicht mehr weiter zu verfolgen, um eine derartige Entscheidung des BPatG zu vermeiden, bleibt es bei der Äußerung des BGH, wonach die Ansprüche 1 bis 17 nicht patentierbar waren.

Unabhängig vom konkreten Fall wird aber jedenfalls deutlich, dass der BGH hier kräftig auf die Bremse getreten hat. Die Anforderungen an die Formulierung von Anmeldungen mit dem Ziel, sich an dem klaren Verbot der Patentierung von Computerprogrammen im Gesetz vorbeizumogeln, sind durch diese Entscheidung gestiegen. Einer grenzenlosen Patentinflation schieben die neuen Anforderungen einen Riegel vor.

³³⁵ Auf deutsch: Veränderung zu Ungunsten, also eine Entscheidung, die für den ein Rechtsmittel einlegenden Bürger ungünstiger ausfällt als die Entscheidung der Vorinstanz.

Andererseits ist die vom BGH vorgeschlagene zweistufige Prüfung nicht besonders klar. Sie ergibt sich jedenfalls nicht eindeutig aus dem Gesetz. Falls sie richtig sein sollte, wäre eine nähere Begründung sicher hilfreich.

4. Weitere Prüfung durch das BPatG

Zum Glück ist es nicht meine Aufgabe, nach der Abgrenzung des BGH über den Anspruch 22 zu entscheiden, sondern die des BPatG. Zu beneiden ist das BPatG um diese Aufgabe nicht. Denn deren Inhalt scheint nicht besonders klar zu sein.

Der wesentliche Kern der Anweisung an das BPatG kommt in der folgenden Formulierung des BGH zum Ausdruck (bereits oben zitiert): "Bei der erneuten Befassung wird das Bundespatentgericht daher vor allem die verfahrensmäßigen Anweisungen der in Anspruch 22 in Bezug genommenen Ansprüche 1 bis 17 zu bewerten haben. Diesen Anweisungen liegen ausweislich der Beschreibung der Patentanmeldung Erkenntnisse zugrunde, die durch statistische Erhebung gewonnen werden können. Sollten sie (auch) die Lehre nach Anspruch 22 prägen, müßte diesem nach dem Vorgesagten die Patentierbarkeit abgesprochen werden. Allerdings scheint auch die gegenteilige Bewertung nicht gänzlich ausgeschlossen."

Die Prüfung durch das BPatG muss also von der Frage ausgehen, ob die den Ansprüchen 1 bis 17 zugrundeliegenden durch statistische Erhebung gewonnen Erkenntnisse auch die Lehre nach Anspruch 22 prägen. Dieser lautet:

"22. Digitales Speichermedium, insbesondere Diskette, mit elektronisch auslesbaren Steuersignalen, die so mit einem programmier-

baren Computersystem zusammenwirken können, daß ein Verfahren nach einem der Ansprüche 1 bis 17 ausgeführt wird."

Der wichtigste Inhalt dieses Anspruches ist der Verweis auf die Ansprüche 1 bis 17. Darüber hinaus enthält dieser Anspruch nur die Speicherung des beanspruchten Programmes auf einer Diskette. Dies fügt den bisherigen, nur auf einer statistischen Erhebung beruhenden Problemlösungen keinen deutlich abgrenzbaren besonderen technischen Lösungsbeitrag hinzu. Daher ist mir nicht recht klar, wie die "nicht ganz ausgeschlossene" gegenteilige Bewertung begründbar sein soll. Vielmehr meine ich, dass dem BPatG eigentlich nur eine endgültige Abweisung möglich ist.

Falls umgekehrt das BPatG zu der Wertung kommt, dass Anspruch 22 doch patentierbar sei, wäre das ohne erhebliche praktische Auswirkungen. Denn der BGH hat bereits festgestellt, dass die Ansprüche 1 bis 17 der Sache nach nicht patentierbar waren, auch wenn er sich an deren Aufhebung durch das verfahrensrechtliche Verbot der *reformatio in peius* gehindert sah. Dies bedeutet, dass jede auf diese gesetzwidrig erteilten Patente gestützte Verletzungsklage von vornherein nahezu aussichtslos ist.

5. Auswirkungen auf die rechtspolitische Diskussion und Fazit

In der rechtspolitischen Diskussion wird von Anhängern einer unbeschränkten Patentinflation gelegentlich behauptet, das gegenwärtige Verbot der Patentierung von Computerprogrammen habe in der Praxis keine erkennbaren Auswirkungen. Daher sei die Streichung dieses Verbotes erforderlich, um die unklare Rechtslage zu klären, ohne in der Sache damit etwas zu ändern. In diesem Sinne äußern sich etwa die Empfehlungen des BMWi-Gutachtens (vgl. hierzu die Stellungnah-

me unten).³³⁶

Für diese Betrachtung mag einiges gesprochen haben, solange der BGH das Patentierungsverbot in seiner Rechtsprechung nicht weiter beachtet und sich statt dessen direkt am Begriff der Technik orientiert hat. Diese bisherige Beurteilung am Gesetz vorbei hat aber die vorliegende Entscheidung nunmehr aufgegeben. Damit entfällt dieses Argument. In dem Moment, in dem die Rechtsprechung damit anfängt, das Patentierungsverbot auch ernstlich anzuwenden, ist die Behauptung von dessen praktischer Bedeutungslosigkeit nicht mehr haltbar.

Fazit: Die vorliegende Entscheidung ist ein wesentlicher Schritt in Richtung auf eine methodengerechte Anwendung des Gesetzes. Zwar lassen die Argumente des BGH in dieser Entscheidung durchaus Spielraum für eine weitere und nähere Untersuchung und Begründung. Zwar ist das Ergebnis, wonach erst eine zweistufige Prüfung zur Ablehnung der Patentierbarkeit führen soll, zu kompliziert und in dieser Form aus dem Gesetz nicht abzuleiten. Sehr zu begrüßen ist aber, dass der BGH nunmehr überhaupt bereit ist, den Verbotstatbestand in § 1 Abs. 2 Nr. 3 PatG ernst zu nehmen und dessen Anwendungsbereich in einer methodisch korrekten Auslegung zu bestimmen. Dies führt nahezu zwangsläufig zu der ebenfalls sehr erfreulichen Absage an eine Patentinflation ohne Grenzen im ersten Leitsatz der Entscheidung. Auch wenn die obigen Anmerkungen nicht ohne kritische Untertöne ausgekommen sind, glaube ich, dass diese Entscheidung des BGH ein Meilenstein auf dem Weg zu einem sachgerechten Verständnis des Patentierungsverbotes für Computerprogram-

³³⁶ Unten III: Einige Anmerkungen zum juristischen Teil der Studie zu Softwarepatenten des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie.

200

me ist.

III. Einige Anmerkungen zum juristischen Teil der Studie zu Softwarepatenten des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie

Diese Studie ist im November 2001 veröffentlicht worden.³³⁷

1. Methodische Beliebigkeit

Der juristische Teil der Studie zitiert zwar die in Deutschland und Europa geltenden Gesetzestexte, trägt aber nichts zu deren Verständnis bei. Als ein wesentliches Ergebnis der Studie wird dem Leser vielmehr die Behauptung präsentiert, das gesetzliche Patentierungsverbot für Computerprogramme als solche lasse sich nicht sinnvoll interpretieren. Die Studie versucht dies gar nicht erst, sondern füllt eine nicht unerhebliche Anzahl von Seiten mit Informationen, die mit dem Gesetzestext und dessen Auslegung nichts zu tun haben.

An Stelle des "nicht sinnvoll interpretierbaren" Gesetzes soll nach Auffassung der Autoren die Rechtsprechung die Grundlage des in Deutschland und Europa geltenden Rechts liefern. Aber insoweit kommt die Studie zu dem Ergebnis, dass sich auch aus der Rechtsprechung wegen deren starken Schwankung keine verwertbaren Aussar

³³⁷ *Blind/Edler/Nack/Straus*, Mikro- und makroökonomische Implikationen der Patentierbarkeit von Softwareinnovationen: Geistige Eigentumsrechte in der Informationstechnologie im Spannungsfeld von Wettbewerb und Innovation, Forschungsprojekt im Auftrage des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (Forschungsauftrag 36/00), www.bmwi.de/Homepage/Presseforum/Pressemitteilungen/2001/1B15prm2.jsp.

gen herleiten lassen.

Im Widerspruch mit dieser Aussage steht das andere Ergebnis, wonach es für die Patentfähigkeit von Computerprogrammen darauf ankommen soll, was der Gegenstand des betreffenden Programmes ist. So sollen Programme aus dem Bereich Steuerungs- und Regelungstechnik patentierbar sein, nicht aber solche aus dem Bereich Textverarbeitung. Diese Behauptung beruht auf einer Zusammenfassung der Rechtsprechung, die aber gerade nach Auffassung der Studie keine verwertbaren Aussagen liefern kann.

Dem Kritiker drängt sich die sarkastische Wertung auf, dass sich zwar wohl aus den geltenden Gesetzestexten, nicht aber aus der vorliegenden Studie verwertbare Aussagen ableiten lassen.³³⁸ Jedenfalls ist der juristische Teil der Studie von methodischer Beliebigkeit gekennzeichnet. Daher ist es auch kein Wunder, dass keine sicheren Erkenntnisse gemeldet werden können.

2. Zur Forderung nach Abschaffung des Patentierungsverbotes

Die Forderung des Gutachtens nach Abschaffung des Patentierungsverbotes wird damit begründet, die gesetzliche Regel sei nicht sinnvoll interpretierbar. Dies wäre möglicherweise nicht völlig ohne Überzeugungskraft, wenn das Gutachten sich wenigstens ansatzweise darum bemüht hätte, diese Interpretation zu leisten. Statt dessen

³³⁸ Kritisch auch *Sedlmaier*, Mitt. 2002, S 55: "Ob dieses Rechtsgutachten hingegen einen wirklichen Beitrag zur Rechtsfindung und -klarheit hinsichtlich der Patentierung von Computerprogrammen liefert, mag bezweifelt werden."

verschwendet das Gutachten jedoch die Zeit der Bearbeiter und der Leser mit der Darstellung von Rechtsprechung, die bereits anderswo nachlesbar ist, und bietet daher keinerlei Beleg für die angesichts dieser rechtspolitischen Forderung zentrale These, das geltende Recht sei nicht interpretierbar. Insbesondere findet sich in dem juristischen Teil des Gutachtens an keiner Stelle ein Versuch, die allgemein anerkannten Methoden juristischer Auslegung auf den geltenden Gesetzestext anzuwenden.

Wenn Juristen jedesmal gleich nach der Abschaffung eines Gesetzes rufen würden, das Schwierigkeiten bei der Auslegung bereitet, wäre die Arbeit des Gesetzgebers nie abgeschlossen. Die eigentliche Arbeit des Juristen, nämlich die Auslegung, würde überflüssig.

Weiter wird die Forderung nach Streichung des Patentierungsverbotes mit der beschwichtigenden Behauptung begründet, dies bedeute keine Änderung in der Sache, sondern nur eine prozedurale Vereinfachung und Klarstellung.³³⁹

Dies wäre dann richtig, wenn das bisherige Verbot keinerlei Auswirkung hätte. Dann könnte man es in der Tat streichen, ohne in der Sache irgendetwas zu ändern. Dann ist aber auch die Streichung überflüssig.

Demgegenüber meine ich, dass das geltende Recht keineswegs ohne Auswirkung ist. Die Tatsache, dass bisher in Deutschland und Europa

³³⁹ Ebenso *Tauchert*, Positionspapier zur Patentierung von Software, 1999, www.sicherheit-im-internet.de/themes/themes.phtml?ttid=2&tsid=334&tdid=86&page=0.

noch keine Verletzungsklagen aus gesetzwidrig erteilten Softwarepatenten bekannt geworden sind, lässt sich leicht damit erklären, dass diese Patente eben nach der bisherigen Fassung des Gesetzes von vornherein nicht erteilt werden dürfen. Die Abschaffung des Verbotes würde keinesfalls, wie das Gutachten beschwichtigend meint, in der Sache nichts ändern. Vielmehr würde dies endgültig die Türe zu amerikanischen Verhältnissen öffnen, wo jeder gegen jeden aus Softwarepatenten klagt.

Jedenfalls entbehrt die Behauptung von der fehlenden Auswirkung der Streichung jeglicher Grundlage im eigentlichen Gutachten. Dieses hat sich nirgends mit der Frage beschäftigt, welcher Unterschied sich nach einer Abschaffung ergeben würde, sondern sich auf ein Referat der Rechtsprechung beschränkt. Andererseits wird bei den Ausführungen zu der Rechtslage in den USA als "wichtigster Unterschied" zur Rechtslage in Europa gewertet, dass dort kein Verbot bestehe. Dies steht offenbar im Widerspruch zu der Behauptung, das Verbot in Europa sei ohne jede Bedeutung.

Rechtspolitisch steht die Forderung nach Abschaffung des Verbotes im Widerspruch zu der Erkenntnis ganz am Schluss des Gutachtens, dass die bisherige restriktivere Praxis in Europa langfristig vorteilhafter ist. Dass Europa bisher von amerikanischen Verhältnissen im Bereich der Softwarepatente verschont geblieben ist, ist gerade auch nach Ansicht des Gutachtens ein Standortvorteil. Dann ist es nicht einzusehen, diesen Standortvorteil durch die Abschaffung des Verbotes aufzugeben, jedenfalls nicht allein mit der Begründung, dass sonst Juristen mit der unbequemen Zumutung konfrontiert seien, ein nicht völlig klares Gesetz zu interpretieren.

3. Zementierung willkürlicher Abgrenzungen

Nach Auffassung des Gutachtens soll es für die Patentierbarkeit darauf ankommen, welchen Gegenstand ein Computerprogramm hat. Das Gutachten nennt eine Reihe von Gebieten, auf denen Programmierer tätig sein können, und behauptet, dass in einigen dieser Gebiete die Patentierbarkeit erforderlich sei, während in anderen die Patentierbarkeit ausgeschlossen sein soll. Dies solle in Zukunft durch Richtlinien der Patentämter in diesem Sinne klargestellt werden. Diese Richtlinien sollten in kurzen Abständen überarbeitet werden.

Leider nennt das Gutachten keine sachlichen Gründe für die Abgrenzung zwischen dem nach seiner Auffassung patentierbaren und dem nicht patentierbaren Bereich. In dem eigentlichen Gutachten findet sich jeweils nur der Hinweis, die Rechtsprechung habe in diesem oder jenem Gebiet die Patentierbarkeit bejaht oder verneint.

Ohne sachlichen Grund verstößt eine derartige Differenzierung gegen das Grundrecht auf Gleichheit vor dem Gesetz in Artikel 3 Absatz 1 des Grundgesetzes. Dieser für jede Art der Rechtssetzung und Rechtsanwendung grundlegende Gleichheitssatz ist auch auf europäischer Ebene als Grundrecht geschützt. Es wäre daher eine dringende Aufgabe für den rechtspolitischen Standpunkt des Gutachtens gewesen, nachvollziehbare Gründe für die vorgeschlagene (aber nur unkritisch aus der Rechtsprechung übernommene) Differenzierung zu nennen.

Aus hiesiger Sicht ist der Vorschlag einer Abgrenzung nach den Gebieten, auf die sich ein Computerprogramm bezieht, als willkürlich abzulehnen. Falls die bisherige Rechtsprechung zu diesem Ergebnis führen sollte, belegt das nur, dass ohne eine Orientierung am verbind-

lichen Gesetzestext beliebige und widersprüchliche Ergebnisse unvermeidlich sind.

4. Softwarepatente und Berufsfreiheit

Die vorliegende Studie behandelt keine verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Gesetzgebung auf diesem Gebiet. Dies ist für eine rechtspolitisch motivierte Untersuchung eine gravierende Lücke.

Die Untersuchung empfiehlt, in Zukunft die Entscheidung über den Umfang der Patentierbarkeit von Software im Wege einer regelmäßigen Überarbeitung von Prüfungsrichtlinien der Patentämter zu treffen. Dies fordert die Frage heraus, wie dies allgemein mit dem Demokratieprinzip und insbesondere mit Artikel 12 des Grundgesetzes zu vereinbaren ist.

Das Demokratieprinzip verlangt, dass wesentliche Entscheidungen vom Gesetzgeber getroffen und nicht auf die Exekutive delegiert werden. Auch die Garantie der Berufsfreiheit im Grundgesetz verlangt, dass Einschränkungen vom Gesetzgeber angeordnet werden. Die Empfehlung, die entsprechenden Entscheidungen seien über eine regelmäßige Anpassung von Prüfungsrichtlinien am besten zu treffen, steht zu diesem Anliegen der Verfassung im diametralen Gegensatz. Sie steht auch im Widerspruch zu der richtigen Erkenntnis ganz am Anfang der juristischen Teilstudie, dass das Recht vom Gesetzgeber und der Judikative bestimmt wird. Ob die Empfehlung bereits die Grenze zur Verfassungswidrigkeit überschreitet, kann hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls zeigt sich, dass die vorliegende Empfehlung dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber Kompetenzen entziehen und diese auf die Exekutive übertragen soll. Dies muss mindestens

bewusst gemacht werden.

Neben diesen formellen Fragen gibt dies auch Anlass, sich mit dem verfassungsrechtlichen Rahmen des Artikel 12 Grundgesetz in materieller Hinsicht zu beschäftigen. Patente beschränken die Berufsfreiheit. Falls es ohne eigenen umfangreichen Patentbesitz nicht mehr möglich sein sollte, den Beruf des Programmierers zu wählen, wäre dies eine objektive Schranke der Berufswahl. Überspitzt gesagt: Wenn schon für das erste einfache Übungsprogramm "*Hello World*" erst einmal gefragt werden muss, wem der Buchstabe "H" gehört und wie die Verwendung dieses Buchstaben möglicherweise lizenziert werden kann,³⁴⁰ wenn also das Dickicht und Minenfeld von Softwarepatenten so dicht wird, dass bei Beachtung all dieser Patente niemand mehr irgendein Programm schreiben kann, ohne erst eigenen umfangreichen Patentbesitz und eine Rechtsabteilung zu dessen Verwaltung aufzubauen,³⁴¹ dann wäre die Stufe der Beeinträchtigung der Freiheit der Berufswahl erreicht. Jedenfalls aber beschränkt die Zulassung von Softwarepatenten die Freiheit zur Ausübung des Berufes "Programmierer".

Für jegliche derartige Beschränkung ist nach Artikel 12 des

³⁴⁰ So auch *Pfaffenberger*, *The Coming Software Patent Crisis: Can Linux Survive?*, www.linuxjournal.com/article.php?sid=5079.

³⁴¹ Vgl. *Lemley*, *Reconceiving Patents in the Age of Venture Capital*, *The Journal of Small and Emerging Business Law* 4 (2000), S. 141: "*If you wanted to start a software company in 1970, you really did need only a garage and an old computer in order to do it. If you want to start a software company today, depending on the software submarket you're in, you may need a significant patent portfolio and licenses from a number of other companies that have a significant patent portfolio.*"

Grundgesetzes mindestens erforderlich, dass Belange des Gemeinwohles diese rechtfertigen.

Wenn also der empirische Teil der Studie unter Punkt B 2. 3 (Literaturüberblick, Fazit) wieder einmal nur feststellen kann, dass der konkrete Nutzen der Zulassung von Softwarepatenten nicht belegbar ist, so fragt sich, ob für Belange des Gemeinwohles die abstrakte Möglichkeit ausreicht, das Gemeinwohl könne möglicherweise durch Softwarepatente gefördert werden, oder ob nicht die Beweislast insofern bei denjenigen liegt, die eine Abschaffung des geltenden Verbotes von Softwarepatenten fordern. Die Studie geht diesen verfassungsrechtlichen Fragen überhaupt nicht nach, so dass dieser Gesichtspunkt eine Aufgabe für die weitere Diskussion bleibt.

Allgemein gilt für eine gerichtliche Überprüfung von Gesetzen nach Art. 12 GG, dass dem Gesetzgeber ein weiter Prognosespielraum für die Beurteilung der Geeignetheit von berufsbeschränkenden Maßnahmen zusteht. Wenn also über eine Abschaffung des bisherigen Verbotes der Patentierung von Software die berufsbeschränkenden Wirkungen des Patentrechts ausgeweitet werden sollen, so steht dem Gesetzgeber ein weites Ermessen bei der Einschätzung zu, ob dies zu dem Zweck geeignet ist, Forschung und Entwicklung zu fördern. Wenn allerdings alle einschlägigen Studien nur zu dem Ergebnis kommen, dass eine derartige Geeignetheit nicht nachzuweisen ist, spricht dies eben gegen eine derartige Wertung.

5. Risse im Damm

Patente auf Software sind ein Teil einer unbegrenzten Patentinflation. Dies ist eine weltweite Erscheinung. Die letzten Jahrzehnte waren

weltweit durch eine Ausweitung des Bereiches patentierbarer Forschung auf Kosten des Bereiches freier Forschung gekennzeichnet. Hier zeichnen sich neuerdings aber Risse im Damm ab, die schnell zu einer Flutwelle in die andere Richtung führen können.

Ein Beispiel ist die Weigerung der amerikanischen Regierung, das Patent von Bayer auf einen Wirkstoff gegen Milzbrand uneingeschränkt anzuerkennen. Der Vorgang zeigt, dass selbst für die Patent-Großmacht USA andere Interessen plötzlich den Vorrang erhalten können. Weiter hat auch eine der Abschlusserklärungen der letzten WTO-Konferenz³⁴² deutliche Abstriche bei der Durchsetzung von Pharmapatenten gegen das Interesse von Patienten vor allem in Entwicklungsländern an einer bezahlbaren Medikation zugelassen.³⁴³

Aber auch der hier angesprochene Bereich von Softwarepatenten hat erhebliche Sprengkraft. Selbst wenn die Gegner von Softwarepatenten den Kampf um Europa verlieren sollten und wie in USA und Japan auch hierzulande die Patentinflation auf einer neuen Ebene fortschreitet, bedeutet das noch keineswegs, dass die nicht unerhebliche Anzahl dieser Gegner von den neuen Regelungen überzeugt wird. Diese werden sich dann gezwungen sehen, mit Zähnen und Krallen jeden Rest an Forschungs- und Entwicklungsfreiheit zu verteidigen.

342

www.heva.wto-ministerial.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/min_decl_trips_e.doc.

343 Fundiert zum Verhältnis der Entwicklungsländer zum Patentwesen *Commission on Intellectual Property Rights*, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, 2002, www.iprcommission.org/graphic/documents/final_report.htm.

Was dabei auf die Befürworter von Softwarepatenten an Kritik zukommen kann, lässt sich beispielhaft mit einem Blick auf die Reaktionen³⁴⁴ zu dem eher moderaten Vorstoß von W3C zur Einführung einer neuen Patentpolitik verdeutlichen.

Merke: im Internet-Zeitalter reicht es nicht mehr, eine Mehrheit von Patentexperten zu überzeugen, die in der gesamten Bevölkerung eine verschwindend kleine Minderheit bildet.³⁴⁵ Vielmehr ist es auch erforderlich, die Notwendigkeit des Patentschutzes von Programmen den hiervon betroffenen Laien zu vermitteln. Falls sich die Politik den verfehlten Empfehlungen des vorliegenden Gutachtens zur Abschaffung des Patentierungsverbotes anschließen sollte, darf ich den Befürwortern von Softwarepatenten viel Glück bei dieser Aufgabe wünschen. Sie werden es brauchen.

³⁴⁴ lists.w3.org/Archives/Public/www-patentpolicy-comment, vor allem die über 1000 Kommentare im Oktober 2001.

³⁴⁵ Naiv daher die Erwartung von *Straus*, Entscheiden Patente die Schlacht um die Gene, 2000, www.forum.mpg.de/programm/infos_person/00_64-71.pdf, bei der gesetzlichen Anerkennung von Softwarepatenten sei "keine Diskussion mit großer Beteiligung der Öffentlichkeit zu erwarten".

IV. Auslegung von Art. 52 des Europäischen Patentübereinkommens hinsichtlich der Frage, inwieweit Software patentierbar ist

Den folgenden Text habe ich im Juli 2001 ins Netz gestellt.³⁴⁶ Die Fußnoten habe ich für diese Buchausgabe hinzugefügt.

1. Vorbemerkung

Ich habe bestimmte rechtspolitische Vorstellungen davon, ob Softwarepatente sinnvoll sind oder nicht. Um diese geht es hier aber nicht. Vielmehr soll allein mit den allgemein anerkannten Methoden juristischer Auslegung³⁴⁷ ermittelt werden, welche Bedeutung dem heute geltenden Text beizumessen ist.

Weiter wird auch die bisherige Rechtsprechung nur zum Schluss kurz diskutiert. Es geht hier vor allem darum, den Inhalt des Übereinkommens zu ermitteln, nicht Urteile darzustellen.

2. Wortlaut der Regelung

³⁴⁶ lenz.als.aoyama.ac.jp/Stellungnahmen/default.htm.

³⁴⁷ Vgl. statt aller Palandt-*Heinrichs*, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl. 2002, Einleitung, Rdn. 34 ff.; *Wesel*, Juristische Weltkunde, 8. Aufl. 2000, S. 177 ff.; *Adomeit*, Rechtstheorie für Studenten, 4. Aufl. 1998, S. 65 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 141 ff.; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 7. Aufl. 1977, S. 63 ff.

Der Wortlaut ist der Ausgangspunkt für jede Auslegung. Danach gilt (Absatz 2): Programme für Datenverarbeitungsanlagen werden nicht als Erfindungen angesehen. Dies beschränkt Absatz 3 dahingehend, dass Absatz 2 nur insoweit der Patentfähigkeit entgegensteht, als sich das Patent auf die genannten Gegenstände oder Tätigkeiten als solche bezieht.

Dieser Absatz 3 bedarf vor allem der Auslegung.

Zunächst einmal: Absatz 3 sagt nicht direkt, dass nur Software als solche nicht patentierbar ist. Vielmehr sagt er, dass die genannten "Gegenstände und Tätigkeiten" so zu behandeln sind. Dazu gehört auch Software, aber es bleibt doch festzuhalten, dass es sich um eine pauschale Einschränkung für alle genannten Fälle handelt, die nicht allein für Software gedacht ist.³⁴⁸ In Absatz 2 sind insgesamt fünfzehn Fallgruppen genannt.³⁴⁹ Es ist durchaus möglich, dass die Worte "als solche" nicht in allen Fallgruppen die gleiche Reichweite haben.

Es sei hier auch eine kritische Bemerkung gegenüber dem Verfasser von Art. 52 erlaubt. Die Beschränkung aller fünfzehn durchaus unterschiedlichen Fallgruppen in Absatz 2 mit einer einheitlichen Formel "als solche" führt nahezu zwangsläufig dazu, dass diese Formel für manche der Fallgruppen nicht besonders gut passt. Der Grund für die Schwierigkeit, den Begriff "Software als solche" zu verstehen, liegt möglicherweise hier mit begründet. Wenn der Verfasser des Textes für

³⁴⁸ Dies widerlegt die Spekulation von *Schmidtchen*, Mitt. 1999, S. 282, nach der historischen Entwicklung sei "nur das Programmlisting" gemeint. Diese wäre nur haltbar, wenn sich die Formulierung "als solche" nur auf den Fall der Computerprogramme bezöge.

³⁴⁹ Ebenso *v. Hellfeld*, GRUR 1989, S. 475 f.

den Bereich Software eine hierauf zugeschnittene und nur hierfür gültige Formulierung gefunden hätte, wäre diese möglicherweise sehr viel leichter zu verstehen. Die geltende Einheitseinschränkung für alle Fallgruppen dagegen hat weniger Aussichten, für alle Fallgruppen in gleicher Weise gut verständlich und anwendbar zu sein.

Weiter ergibt sich aus dem Wortlaut "steht nur insoweit entgegen", dass Absatz 3 eine Beschränkung von Absatz 2 bedeutet, die teilweise sein muss. Damit ist jede Auslegung nicht vereinbar, die einseitig entweder zu überhaupt keiner Beschränkung oder zu einem völligen Ausschluss einer der Fallgruppen in Absatz 2 führt.

Nun zu der Frage, was unter Software als solcher zu verstehen ist, und vor allem was der Gegensatz zu diesem Begriff ist.

Zur Einstimmung auf diese Frage sei zunächst untersucht, ob Programme für Datenverarbeitungsanlagen "Gegenstände" oder "Tätigkeiten" im Sinne von Absatz 3 sind.

Programme beruhen auf einer Tätigkeit, sind aber keine Tätigkeit als solche und daher ein Gegenstand.

Dieser Gegenstand kann in verschiedenen Formen vorliegen. Ein Programm wird zunächst einmal in einer für Menschen verständlichen Sprache geschrieben. Dieser ursprüngliche Text wird dann in eine für den Computer ausführbare Form übersetzt. Beide Formen können auf einem Datenträger (z.B. einer CD) gespeichert sein und auf Papier ausgedruckt werden. Eine ausführbare Form kann zusätzlich noch eben das, nämlich ausgeführt werden.

Es ist nicht erkennbar, dass nach allgemeinem Sprachgebrauch eine

dieser verschiedenen Formen als "Software als solche" bezeichnet wird, während für andere Formen ein anderer Begriff gilt. Wer das Gegenteil behauptet,³⁵⁰ müsste belegen, welcher andere Begriff das ist und welche der verschiedenen Formen des Gegenstandes Software damit gemeint ist.

Eine weitere denkbare Möglichkeit wäre nach dem Zusammenwirken von Software mit anderen Gegenständen zu unterscheiden. Danach wäre Software als solche der Bereich, in dem Software nicht oder nicht in genügendem Umfang mit anderen Gegenständen zusammenwirkt.

So wäre etwa die Theorie denkbar, Software als solche von Software zu unterscheiden, die auf einem Computer gerade läuft. Denn in diesem Fall wirkt die Software bestimmungsgemäß mit dem Computer zusammen.

Diese Auffassung ist allerdings schwer mit dem Wortlaut von Absatz 3 zu vereinbaren. Da jede Software dazu bestimmt ist, auf einem Computer zu laufen, schließt das oben genannte Verständnis überhaupt nichts aus und führt damit zu einem völligen Leerlauf der Ausnahme in Absatz 2. Wie immer die Grenze zu ziehen ist: eine völlig einseitige Betrachtung steht im Widerspruch zu dem Wortlaut "nur insoweit".

Bleibt die Möglichkeit, eine über das bloße Laufen auf dem Computer hinausgehende Wirkung auf andere Gegenstände für den patentierbaren Bereich zu verlangen. Wenn man dies will, stellt sich aber

³⁵⁰ So z.B. *Tauchert*, JurPC Web-Dok 28/2002, Abs. 36 ff. und GRUR 1999, S. 831; ihm folgend *Geiger*, JurPC Web-Dok 165/2001, Abs. 8.

sofort die Frage, wie weit diese Wirkung gehen muss.³⁵¹ Reicht schon die Wirkung auf ein an den Rechner angeschlossenes Gerät, etwa einen Bildschirm? Aus dem Wortlaut lässt sich für diese Frage nichts entnehmen. Daher halte ich es nicht für zwingend, ein Programm "als solches" in diesem Sinne zu verstehen.

Damit ergibt sich aus dem Wortlaut zunächst kein sehr klares Bild. Dies ist als Zwischenergebnis der Wortlautauslegung festzuhalten. Fest steht nur, dass Absatz 3 für alle fünfzehn Fallgruppen von Absatz 2 mit einer einheitlichen Formulierung gilt und dass die Auslegung nicht einseitig ausfallen darf.

3. Systematische Auslegung

Die systematische Auslegung versucht aus dem Zusammenhang, in dem eine bestimmte Formulierung gebraucht wird, sowie aus der gesamten Konzeption eines Gesetzes den Sinn dieser Formulierung zu ermitteln.

Ein erster Schritt mit dieser Methode ist es, die Bedeutung der Formel "als solche" für andere in Absatz 2 genannte Fallgruppen zu ermitteln.

Die erste in Absatz zwei genannte Fallgruppe sind Entdeckungen. Ausgeschlossen sind nur Entdeckungen als solche. Bedeutet dies, dass Entdeckungen in die zwei Teilmengen Entdeckungen als solche und andere Entdeckungen aufzuteilen sind?

³⁵¹ Aus der Sicht der Anmelder empfiehlt es sich entsprechend, alle möglichen weiteren technischen Wirkungen besonders zu betonen. Vgl. *Teufel*, Mitt. 1993, S. 73 ff.

Das halte ich nicht für sinnvoll. Vielmehr sind alle Entdeckungen nicht Gegenstand der Patentierbarkeit. Für alle Entdeckungen gilt dies jedoch nur für die Entdeckung als solche. Nicht ausgeschlossen ist eine Erfindung, die zwar auf einer Entdeckung beruht, aber eben nicht die Entdeckung als solche ist, sondern diese nur benutzt.

Wenn dieses Verständnis für die Fallgruppe der Entdeckung richtig ist, so würde dies für die Fallgruppe Software übertragen bedeuten, dass Software nicht etwa in zwei Teilmengen Software als solche und andere Software aufzuteilen ist, sondern dass alle Formen von Software nicht patentierbar sind, und die Einschränkung nur bedeutet, dass andere Gegenstände patentierbar sind, selbst wenn zu ihrer Entwicklung Software verwendet wurde.

Die zweite in Absatz 2 genannte Fallgruppe sind wissenschaftliche Theorien. Auch hier halte ich es nicht für möglich, eine bestimmte Teilmenge von "wissenschaftlichen Theorien als solche" zu bilden und dieser eine andere Teilmenge von patentierbaren wissenschaftlichen Theorien gegenüberzustellen. Dies gilt entsprechend auch für die dritte Fallgruppe (mathematische Methoden). Für alle drei Fallgruppen in der Nummer eins von Absatz zwei ist die Einschränkung "als solche" relativ klar in dem Sinne zu verstehen, dass die Entdeckungen, wissenschaftlichen Theorien oder mathematischen Methoden als Mittel zum Zweck einer Erfindung in einem Patentantrag genannt sein können, dass aber niemand auch nur einen Teilbereich hieraus monopolisieren darf. Der Gegenbegriff zu "als solche" ist für diese drei Fallgruppen "mit Hilfe des genannten Gegenstandes entstanden". Anders als im Fall von Software ist der Begriff "als solche" in diesen Fallgruppen auch relativ klar verständlich.

Die vierte Fallgruppe sind ästhetische Formschöpfungen (Absatz 2 Buchstabe b). Hier ist schwer zu sehen, welchen Sinn die Einschränkung "als solche" haben kann. Jedenfalls lässt sich auch für diese Fallgruppe nicht behaupten, dass einer bestimmten Teilmenge von ästhetischen Formschöpfungen "als solche" eine andere Teilmenge patentierbarer ästhetischer Formschöpfungen gegenüberzustellen sei.

Die nächsten zehn Fallgruppen sind unter Buchstabe c) von Absatz zwei aufgezählt. Darunter fällt auch Software, als letzte Fallgruppe.

Die erste unter diesen zehn Fallgruppen ist die der Pläne für gedankliche Tätigkeiten. Fallgruppen zwei und drei (Regeln und Verfahren für gedankliche Tätigkeiten) unterscheiden sich von der ersten Fallgruppe nicht wesentlich und können daher zusammen mit dieser auf einmal untersucht werden. Wie ist die Einschränkung "als solche" hier zu verstehen? Ebenso wie in den bisher untersuchten Fallgruppen verlangt die Einschränkung "als solche" auch hier nicht, gedankliche Tätigkeiten in zwei Teilmengen aufzuteilen, vielmehr sind alle gedanklichen Tätigkeiten nicht patentierbar.

Die nächsten drei Fallgruppen sind Pläne, Regeln und Verfahren für Spiele. Davon ist die Gruppe der Regeln für Spiele am einfachsten zu verstehen. Alle Spiele haben Regeln. Wer eine neue Regel vorschlägt oder gar ein völlig neues Spiel entwickelt, kann dafür keinen Patentschutz erreichen. Die Beschränkung auf Regeln "als solche" durch Absatz 3 ist bei dieser Fallgruppe besonders schwer zu verstehen. Jedenfalls lässt sich keine klare Richtschnur für den Fall von Software ableiten. Das gilt erst recht für die Fallgruppen der "Pläne für Spiele" und der "Verfahren für Spiele", die bereits als solche unverständliche Formulierungen sind.

Absatz zwei regelt noch weitere Fallgruppen. Ein erheblicher weiterer Gewinn an Erkenntnis ist aber von deren Untersuchung nicht zu erwarten. Daher halte ich jetzt als Ergebnis einer systematischen Auslegung fest: In wichtigen anderen Fallgruppen ist der betreffende Gegenstand nicht in zwei Teilmengen ("als solche" und "andere") aufzuteilen. Vor allem in den in Buchstabe a) geregelten Fällen ist dieses Verständnis des Begriffes "als solche" relativ klar. Dies ist daher auch für Software eine naheliegende Annahme.

4. Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung fragt nach dem Zweck (griechisch *telos*) des Gesetzes. Dann wird unter mehreren Alternativen zur Auslegung diejenige ausgewählt, die diesen Zweck am ehesten zu verwirklichen hilft.

Voraussetzung dafür ist, dass die Beschränkung des Ausschlusses der genannten Gegenstände und Tätigkeiten auf die Gegenstände und Tätigkeiten "als solche" einen direkt aus dem Gesetz klar erkennbaren Zweck verfolgt.

Absatz 3 betrifft fünfzehn durchaus verschiedene Fallgruppen. Daher fällt es schwer, einen klar erkennbaren Zweck nur für Absatz 3 festzustellen.

Daher bringt eine teleologische Auslegung von Absatz 3 keinen erkennbaren Ertrag.

5. Historische Auslegung

Die historische Auslegung ermittelt, was die an der Gesetzgebung beteiligten Personen sich gedacht haben, um den Sinn einer Formulierung zu erschließen. Anders als die oben verwendeten Methoden arbeitet sie nicht allein mit dem Text des Gesetzes, sondern

verwendet andere Texte (Entwürfe und Diskussionsprotokolle). Diese Texte sind in einem neueren Buch von *Beresford* gut erschlossen³⁵². Die folgende Untersuchung beruht auf dieser Darstellung.

Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich zunächst, dass die universale Einschränkung "als solche" in Absatz drei sich in den früheren Entwürfen nur auf die in Buchstabe a) genannten Gegenstände bezog (Entdeckungen, wissenschaftliche Theorien und mathematische Methoden). Für die in Buchstabe c) genannten Gegenstände war die Einschränkung dagegen "*of a purely abstract nature*" (Entwurf 1965) bzw. "*of a purely intellectual nature*" (Entwurf 1969).

Dies erklärt die Schwierigkeiten mit der Auslegung der gegenwärtigen Formulierung. Es ist kein Wunder, dass die Einschränkung "als solche" für die Fallgruppen nicht besonders klar ist, für die sie ursprünglich nicht gedacht war.³⁵³

Ein späterer Entwurf (1971) enthält zum ersten Mal einen Ausschluss der Patentierbarkeit von Software. Dieser enthält keinerlei Einschränkung. Die jetzt in Buchstabe c) genannten anderen Gegenstände sind in diesem Entwurf wie folgt formuliert: "*schemes, rules or methods of doing business, performing purely mental acts or playing games*". Eine Einschränkung ist nur für die Fallgruppe der "*mental acts*" vorgesehen ("*purely*"). Dem Anwender dieses Textes bleibt z. B. die Frage erspart, was unter einem Verfahren für ein Spiel als solches zu verstehen ist.

Die Arbeitsgruppe hat den unbedingten Ausschluss der Patentierbar-

³⁵² *Beresford*, Patenting Software Under the European Patent Convention, 2000, S. 12-20.

³⁵³ Vgl. auch *v. Hellfeld*, GRUR 1989, S. 475.

keit von Software zunächst akzeptiert. Dann wurde aber auch unter dem Eindruck von Stellungnahmen interessierter Kreise die gegenwärtige Fassung beschlossen, die Software nur "als solche" von der Patentierbarkeit ausschließt.

Als Ergebnis der historischen Auslegung läßt sich festhalten: Das Verständnis des Begriffes "als solche" hat sich vor allem an den in Buchstabe a) genannten Fallgruppen zu orientieren, da der Begriff ursprünglich für diese gedacht und daher in dem Zusammenhang am klarsten verständlich ist. Daher erhält das oben entwickelte Ergebnis der systematischen Auslegung besonderes Gewicht: Software ist nicht etwa in zwei Teilmengen aufzuteilen (Software als solche und andere Software), sondern Software ist umfassend von der Patentierbarkeit ausgeschlossen. Dieser Ausschluss erstreckt sich jedoch nicht auf Erfindungen, die mit Hilfe von Software entwickelt sind, ebenso wie der Ausschluss für Entdeckungen und wissenschaftliche Theorien sich nicht auf Erfindungen erstreckt, die Entdeckungen oder wissenschaftliche Theorien anwenden.

6. Verfassungskonforme Auslegung

Die Methode der verfassungskonformen Auslegung fragt nach verfassungsrechtlichen Auswirkungen verschiedener Ergebnisse und wählt das Ergebnis, das mit den Wertungen der Verfassung am besten vereinbar ist. Dabei sind vor allem die Grundrechte zu beachten.

Das für die Praxis wichtigste Grundrecht in der deutschen Verfassung ist der Gleichheitssatz, Artikel 3 Absatz 1 Grundgesetz.

Der Gleichheitssatz verbietet, wesentlich Gleiches ohne sachlichen Grund ungleich zu behandeln.

Von den fünfzehn Fallgruppen in Absatz 2 sind Software und ästhetische Formschöpfungen insofern gleich, als sie bereits durch das Urheberrecht geschützt sind. Dies ist für alle anderen Gegenstände oder Tätigkeiten nicht der Fall. Daher hat eine an Artikel 3 Absatz 1 des Grundgesetzes orientierte Auslegung vor allem darauf zu achten, dass die Behandlung von Software nicht ohne sachlichen Grund von der Behandlung ästhetischer Formschöpfungen abweicht.³⁵⁴

Umgekehrt ist ein sachlicher Grund anzugeben, wenn man annehmen möchte, dass Software anders als alle anderen Gegenstände von Erfindungen durch Patentrecht und Urheberrecht doppelt geschützt werden muss. Da Patente für ästhetische Formschöpfungen (z.B. Kriminalromane oder Filme) so gut wie nie erteilt werden, verlangt dieser Gesichtspunkt ein eng begrenztes Verständnis für den Ausnahmebereich des Absatz 3 in Bezug auf Software.

Weiter ist für die verfassungskonforme Auslegung Art. 103 Abs. 2 des Grundgesetzes zu beachten. 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 Patentbesitzes die dort angeordneten strafrechtlichen Folgen nach sich ziehen kann.

³⁵⁴ Dies gilt besonders im Hinblick auf die Tatsache, dass moderne *Computerspiele* häufig ähnlich wie Filme produziert werden, vgl. *Poll/Brauneck*, GRUR 2001, S. 390.

Diese Folgen sind jedoch vom Gesetzgeber nur insoweit angeordnet, als die mit Art. 52 des Europäischen Patentübereinkommens identischen Ausschlussstatbestände in § 1 Absatz 2 des deutschen Patentgesetzes nicht greifen. Eine mit dem Wortlaut dieser Ausschlussstatbestände 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 gesetzwidrig, sondern gleichzeitig auch verfassungswidrig.

Schließlich spielt möglicherweise Art. 14 des Grundgesetzes hier eine Rolle, der eine institutionelle Garantie des Eigentums enthält. Absatz 1 bestimmt, dass Eigentum gewährleistet wird, Inhalt und Schranken aber vom Gesetzgeber zu bestimmen sind. Damit wäre es vermutlich nicht ohne weiteres zu vereinbaren, das Patentwesen insgesamt rückwirkend abzuschaffen³⁵⁵, im Gegensatz zu einer Abschaffung, die ab einem bestimmten Stichtag keine neuen Patentanträge mehr zulässt. Bei der Frage der Auslegung von Art. 52 des Europäischen Patentübereinkommens in Bezug auf die Patentierbarkeit von Software geht es jedoch nicht um einen derart radikalen Schnitt. Wenn die Arbeitsgruppe entsprechend dem Entwurf 1971 Software ohne Einschränkung von der Patentierbarkeit ausgeschlossen hätte, wäre sie daran wohl kaum durch Art. 14 des Grundgesetzes gehindert gewesen.³⁵⁶ Und wenn heute die Auslegung zu dem Ergebnis kommt,

³⁵⁵ Vgl. BVerfGE 36, S. 281 und 31, S. 229.

³⁵⁶ Im Ergebnis ebenso mit näherer Begründung *Möller*; JurPC Web-Dok. 225/2002.

dass Software in weiten Bereichen vom Patentschutz ausgenommen ist, bedeutet das noch keinen verfassungsrechtlich unzulässigen Eingriff in das Eigentum von Erfindern. Das gilt um so mehr, als Software ja bereits durch das Urheberrecht geschützt ist, also ein Ausschluss von der Patentierbarkeit keineswegs einen Ausschluss jeglicher wirtschaftlichen Verwertbarkeit bedeutet.

7. Zwischenergebnis

Bereits die Wortlautauslegung schließt ein Verständnis aus, nach dem für den Ausschluss von Software von der Patentierbarkeit kein Anwendungsbereich verbleibt, da dies mit der Formulierung "nur insoweit" nicht vereinbar ist.

Die systematische Auslegung ergibt, besonders gestützt auch durch die historische Auslegung, dass Software nicht etwa in zwei Teilmengen (Software "als solche" und andere Software) aufzuteilen ist, sondern dass wie im Fall von Entdeckungen und wissenschaftlichen Theorien alle Software von der Patentierbarkeit ausgeschlossen ist, wohl aber mit Hilfe von Software entwickelte Erfindungen patentierbar sind.³⁵⁷

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.

³⁵⁷ Zu Recht wertet daher *Straus*, Entscheiden Patente die Schlacht um die Gene, 2000, www.forum.mpg.de/programm/infos_person/00_64-71.pdf, aus der Sicht der Gegenseite Art. 52 EPÜ als "empfindlichen Rückschlag" für die Patentinflation.

8. Diskussion der Praxis des Europäischen Patentamtes

Die Praxis des Europäischen Patentamtes orientiert sich derzeit an der Entscheidung der Technischen Beschwerdekammer 3.5.1 vom 1. Juli 1998, Stichwort Computerprogrammprodukt/IBM.³⁵⁸

Auf Seite 12 des Umdruckes meint die Technische Beschwerdekammer, dass Computerprogramme in die zwei Teilmengen Software als solche und andere Software aufzuteilen seien. Diese Auffassung ist mit dem oben gefundenen Ergebnis einer systematischen Auslegung nicht vereinbar. Sie wird auch nicht näher begründet, sondern nur aus einer oberflächlichen Gesamtbetrachtung der Absätze 2 und 3 abgeleitet. Eine den obigen Ausführungen entsprechende Anwendung der allgemein anerkannten Methoden juristischer Auslegung findet sich in dieser Entscheidung nicht.³⁵⁹

Auf der folgenden Seite behauptet die Kammer dann, die Einschränkung "als solche" sei dahingehend zu verstehen, dass Computerprogramme als solche nur Computerprogramme ohne technischen Charakter seien.³⁶⁰

Dies ist so weit vom Wortlaut entfernt, dass eine Bestrafung aufgrund eines infolge dieser gesetzwidrigen Auslegung erteilten Patentes mit dem Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Absatz 2 des Grundgesetzes) in Widerspruch steht. Es ist eine völlige Neuformulierung der Schranke in Absatz 3, die mit dem Wortlaut des Gesetzes nichts mehr gemein

³⁵⁸ swpat.ffi.org/vreji/prina/t971173dp1.pdf.

³⁵⁹ Kritisch auch *Nack*, GRUR Int. 2000, S. 856: "*Dogmatisch gesehen ist das Chaos jedoch kaum zu überbieten*".

³⁶⁰ Dagegen *Kiesewetter-Köbinger*, GRUR 2001, S. 187: "*Schlicht falsch*".

hat.³⁶¹

Die technische Beschwerdekammer überschreitet damit klar die Grenzen richterlicher Tätigkeit. Wer die Formulierung "als solche" durch die Formulierung "ohne technischen Charakter" ersetzen möchte, muss dies durch eine entsprechende Änderung des Vertragstextes nach den dafür erforderlichen Verfahren bewirken. Die Rechtsprechung kann dies nicht.³⁶²

Die Regierungskonferenz im Herbst 2000 hat beschlossen,³⁶³ in Absatz 1 von Art. 52 das Erfordernis eines technischen Charakters aufzunehmen.³⁶⁴ Absatz 1 soll in Zukunft lauten: "Europäische Patente werden für Erfindungen auf allen Gebieten der Technik erteilt, sofern sie neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind." Das Erfordernis "auf allen Gebieten der

³⁶¹ Ebenso *König*; GRUR 2001, S. 579: "tut Wortlaut und Systematik des Art. 52 EPÜ Gewalt an".

³⁶² Aufschlussreich auch die Wertung von *Soma/Leyendecker/Webb* (aus amerikanischer Sicht) in *University of Baltimore Intellectual Property Law Journal* 8 (1999), S. 54: "As political forces are perhaps the real and underlying reason for the state of software patentability in the United States and the legal rationale presented in the court decisions is a mere chimera, the interpretation of EPO Article 52 by the EPO is perhaps influenced less by a desire to accurately interpret the convention than by political and competitiveness considerations in the world market." In der Tat. Ein Streben nach genauer Auslegung ist der Entscheidung nicht zu entnehmen.

³⁶³ Vgl. hierzu *Kober*; GRUR Int. 2001, S. 493 ff; *Nack/Phelip*, GRUR Int. 2001, S. 322 ff.; *Basinski*, *An Open-and-Shut Case*, *International Journal of Communications Law and Policy* 6 (2000/2001), S. 1 ff.

³⁶⁴ www.epo.co.at/epo/dipl_conf/pdf/dm00003a.pdf.

Technik " wurde nicht etwa in Absatz 3 neu eingefügt und die bisherige Einschränkung "als solche" aufgegeben, wie dies die Rechtsprechung in Überschreitung ihrer Kompetenzen für die Fallgruppe Software getan hat.

Nach dem neuen Text kann der technische Charakter nur dann noch als entscheidendes Kriterium angesehen werden, wenn man der Ansicht ist, dass diese Prüfung in Absatz 1 und Absatz 3 doppelt vorgenommen werden soll, was systematisch wenig sinnvoll wäre.

Auch eine kurze systematische Betrachtung zeigt, dass die Auffassung der technischen Beschwerdekammer schon im Ausgangspunkt fragwürdig ist. Sie müsste nämlich auch den Bereich der Entdeckungen und der wissenschaftlichen Theorien in die Teilmengen "mit technischem Charakter" und "ohne technischen Charakter" aufteilen und einen Teil der Wissenschaft damit der Monopolisierung durch Patente zugänglich machen.

Die weiteren Überlegungen der Beschwerdekammer betreffen die Frage, wie nach dem von der Kammer im Gegensatz zum Wortlaut und zur Systematik entwickelten Kriterium "technischer Charakter" der Bereich der Software in zwei Teilmengen aufzuteilen sei. Diese Überlegungen führen im Ergebnis zu einer völlig unbeschränkten Anerkennung der Patentierbarkeit von Software.³⁶⁵ Die Teilmenge "Software als solche" ist in der Konzeption der technischen Beschwerdekammer von verschwindend geringer Bedeutung, was wiederum mit

³⁶⁵ So zu Recht auch aus der Sicht der Gegenseite *Esslinger/Betten*, CR 2000, S. 22: "Daneben bemüht sich die Rechtsprechung die derzeitige Gesetzesregelung so auszulegen, dass praktisch alle Computerprogramme patentfähig sind."

der Formulierung "nur insoweit" in Absatz 3 unvereinbar ist.

Aufschlussreich ist schließlich der Versuch einer teleologischen Begründung, den die technische Beschwerdekammer auf Seite 21 unternimmt. Dort führt die technische Beschwerdekammer aus: "Ziel und Zweck des EPÜ ist es ja, Patente für Erfindungen zu erteilen und durch einen angemessenen Schutz dieser Erfindungen den technischen Fortschritt zu fördern. Vor diesem Hintergrund ist die Kammer im Lichte der Entwicklung in der Informationstechnik zu ihrer vorstehenden Auslegung gelangt, zumal die Informationstechnik zunehmend fast alle Bereiche der Gesellschaft durchdringt und überaus wertvolle Erfindungen liefert."

Dies steht im Gegensatz zu der Fehlanzeige oben zum Punkt teleologische Auslegung. Es geht hier um die Auslegung von Absatz 3 des Europäischen Patentübereinkommens. Dessen Zweck ist, wie oben bereits festgestellt, im Hinblick auf die Zahl und die Unterschiedlichkeit der Ausschlussstatbestände nicht objektiv und klar ersichtlich. Die Behauptung, die Beschränkung des Ausschlusses von Software von der Patentierbarkeit auf Software als solche in Absatz 3 habe den Zweck, im Lichte der Entwicklung der Informationstechnik durch Anerkennung der Patentierbarkeit den technischen Fortschritt zu fördern, überzeugt nicht.

Falls der Gesetzgeber einen solchen Zweck verfolgt haben sollte, hätte er den Ausschluss in Absatz 2 von vornherein nicht vorgesehen. Die Unterstellung eines mit dem gewünschten Ergebnis übereinstimmenden Gesetzeszweckes ist zwar keine korrekte Anwendung der teleologischen Auslegungsmethode, zeigt aber deutlich die Bereitschaft der technischen Beschwerdekammer, die eigenen Wertungen an die

Stelle der Wertung des Gesetzgebers zu setzen.³⁶⁶

³⁶⁶ Ebenso *König*, GRUR 2001, S. 581: "... ist es nicht zulässig, einen möglichen Zweck zu suchen und zu einem Auslegungsmaßstab zu machen, den der Gesetzgeber nicht im Auge gehabt hat".

Literaturverzeichnis

Adomeit, Klaus, Rechtstheorie für Studenten, 4. Aufl. Heidelberg 1998.

Aharonian, Gregory, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung des amerikanischen Patentamtes), 1994, www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_aharonian.html.

Aharonian, Gregory, Software patent statistics for 1994 software patents, 1994, www.eff.org/IP/1094_softpatent.stats.

Allison, John R. und *Lemley, Mark A.*, The Growing Complexity of the United States Patent System, *Boston University Law Review* 88 (2002), S. 77.

Anders, Wilfried, Wie viel technischen Charakter braucht eine computerimplementierte Geschäftsmethode, um auf erfinderischer Tätigkeit zu beruhen?, *GRUR* 2001, S. 555.

Anderson, Ross und *Early, Stephen* und *Yan, Jianxin*, The XenoService - A Distributed Defeat for Distributed Denial of Service, www.ftp.cl.cam.ac.uk/ftp/users/rja14/xeno.pdf.

Arrow, Alexander K., Managing IP Financial Assets, Principles from the Securities Markets, in: Berman, Bruce (Hrsg.), *From Ideas to Assets, Investing Wisely in Intellectual Property*, New York 2002, S. 111.

Bakels, Reinier und *Hugenholtz, P. Bernt*, The Patentability of Computer Programs, Discussion of European-level legislation in the field of patents for software (European Parliament, Directorate General for Research, Working Paper, 2002, www.ivir.nl/publications/other/softwarepatent.pdf).

Baker, Jerry, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung des amerikanischen Patentamtes), 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_baker.html.

Barlow, John Perry, Selling Wine Without Bottles, 1993,
www.eff.org/IP/idea_economy.article.

Barr, Robert, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung der amerikanischen FTC am 28. Februar 2002),
www.ftc.gov/opp/intellect/barrrobert.doc.

Basinski, Erwin, An Open-and-Shut Case, The Diplomatic Conference to Revise the Articles of the European Patent Office Votes to Maintain the Status Quo Regarding Software Patents in Europe Pending Issuance of a New Software Patent Directive by the European Union, *International Journal of Communications Law and Policy* 6 (2000/2001), S. 1 ff.

Beier, Friedrich-Karl, Grundlagen und Probleme des deutschen Patentrechts, in: Rahn/Scheer, *Gewerblicher Rechtsschutz in Deutschland und Japan*, Hamburg 1995, S. 42.

Beier, Friedrich-Karl und *Straus, Joseph*, Gentechnologie und Gewerblicher Rechtsschutz, in: Bundespatentgericht (Hrsg.), *25 Jahre Bundespatentgericht*, Köln 1986, S. 133.

Benko, Robert P., *Protecting Intellectual Property Rights, Issues and Controversies*, Washington 1987.

Berners-Lee, Tim, *Weaving the Web, The Original Design and Ultimate Destiny of the World Wide Web by its Inventor*, San Francisco 1999.

Bessen, James/Maskin, Eric, Intellectual Property on the Internet. What's Wrong with Conventional Wisdom?
www.researchoninnovation.org/iippap2.pdf.

Beresford, Keith, *Patenting Software Under the European*

Patent Convention, 2000.

Bernhardt, Wolfgang/Kraßer, Rudolf, Lehrbuch des Patentrechts, 4. Aufl. München 1986.

Berst, Jesse, How Patent Attorneys Are Stealing Our Future, 2000, www.zdnet.com/anchordesk/story/story_4364.html.

Betten, Jürgen, Anmerkung, GRUR 2000, S. 1009.

Betten, Jürgen, Patentschutz von Computerprogrammen, GRUR 1995, S. 775.

Biddinger, Brian P., Limiting the Business Method Patent, Fordham Law Review 69 (2001), S. 2523.

Blanchard, Vern, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung des amerikanischen Patentamtes), 1994, www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/arlington/va_blanchard.html.

Blind, Knut/Edler, Jakob/Nack, Ralph/Straus, Joseph, Mikro- und makroökonomische Implikationen der Patentierbarkeit von Softwareinnovationen: Geistige Eigentumsrechte in der Informationstechnologie im Spannungsfeld von Wettbewerb und Innovation, Forschungsprojekt im Auftrage des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (Forschungsauftrag 36/00), www.bmwi.de/Homepage/Presseforum/Pressemitteilungen/2001/1B15prm2.jsp.

Brand, Russell, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung des amerikanischen Patentamtes), 1994, www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_brand.html

Bricklin, Dan, Patents and Software (1995), www.bricklin.com/patentsandsoftware.htm.

Brotz, Douglas, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung des amerikanischen Patentamtes), 1994,

www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_brotz.html.

Brown, Neil, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung des amerikanischen Patentamtes), 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_brown.html.

Burk, Dan, Patenting Speech, *Texas Law Review* 79 (2000), S. 99.

Busche, Jan, Der Schutz von Computerprogrammen - Eine Ordnungsaufgabe für Urheberrecht und Patentrecht?, *Mitt.* 2000, S. 164.

Busse, Rudolf, *Patentgesetz*, 5. Aufl. Berlin 1999.

Casalonga, Axel, Ist E-Commerce in Europa patentfähig, *GRUR Int.* 2002, S. 479.

Cassidy, John, dot.con, London 2002.

Chiddix, James, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung des amerikanischen Patentamtes), 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_chiddix.html.

Chiteki Zaisan Senryaku Kaigi (Strategiekommission geistiges Eigentum), *Chiteki zaisan senryaku taikô* (Grundsätze der Strategie zum geistigen Eigentum),
www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki/kettei/020703taikou.html.

Clancy, Tom, *Rainbow Six*, New York 1998.

Clark, Joseph, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung des amerikanischen Patentamtes), 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_clark.html.

Cohen, Julie und *Lemley, Mark*, *Patent Scope and Innovation*

in the Software Industry, *California Law Review* 89 (Januar 2001), S. 1; Zusammenfassung unter www.law.berkeley.edu/journals/clr/library/cohen-lemley01.html.

Commission of the European Communities, The Impact of the E-Economy on European Enterprises, Economic Analysis and Policy Implications, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, COM (2001) 711 final, 2001, europa.eu.int/comm/enterprise/ict/policy/doc/com_2001_711_en.pdf.

Commission on Intellectual Property Rights, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, 2002, www.iprcommission.org/graphic/documents/final_report.htm.

Consumer Project on Technology, Health Care and Intellectual Property, www.cptech.org/ip/health/.

Coughenor, John C., Litigation of Intellectual Property in the United States, CASRIP Symposium Publication Series No. 5, July 2000, www.law.washington.edu/casrip/Symposium/Number5/pub5atcl4.pdf.

Däbritz, Erich, Patente, Wie versteht man sie?, Wie bekommt man sie? Wie geht man mit ihnen um?, 2. Aufl. München 2001.

Darwin, Charles, The Origin of Species, 1859, www.online-literature.com/darwin/originofspecies/.

Davis, Julie S., und *Harrison, Suzanne, S.*, Edison in the Boardroom, How Leading Companies Realize Value from Their Intellectual Assets, New York 2001.

Detjens, Ewald, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung des amerikanischen Patentamtes), 1994, www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_detjens.html.

Deutsches Patent- und Markenamt, Patentrekord - Positives Signal für den Wirtschaftsstandort Deutschland!, Pressemitteilung vom 12.3.2002, www.dpma.de/infos/presstedienst/pm020312a.html.

Diamond, Jared, Guns, Germs and Steel, New York 1997.

Dickinson, Todd Q., E-Commerce, Business Method Patents, and the USPTO: An Old Debate for a New Economy, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* 19 (2001), S. 389.

Dittrich, Dave, Distributed Denial of Service (DdoS) Attacks/tools, staff.washington.edu/dittrich/misc/ddos.

Dreier, Thomas, Die internationale Entwicklung des Rechtsschutzes von Computerprogrammen, in: Lehmann, Michael (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 2. Aufl. Köln 1993, S. 31.

Dreyfuss, Rochelle Cooper, *State Street* and *Easy Street*: Is Patenting Business Methods Good for Business?, in: Hansen, Hugh C. (Hrsg.), *International Intellectual Property Law & Policy - Volume 6*, Huntington 2001, Kapitel 14.

Dreyfuss, Rochelle Cooper, Coming of Age with TRIPS - A Comment on J.H. Reichman, *The TRIPS Agreement Comes of Age: Conflict or Cooperation with the Developing Countries?*, *Case Western Reserve Journal of International Law* 33 (2001), S. 179.

Dreyfuss, Rochelle Cooper, Are Business Method Patents Bad for Business, *Santa Clara Computer And High Technology Law Journal* 16 (2000), S. 263.

Earnest, Les, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung

des amerikanischen Patentamtes), 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_earnest.html.

Eichmann, Helmut, Technizität von Erfindungen - Technische Bedingtheit von Marken und Mustern, GRUR 2000, S. 751.

Einsel, Reinhard, Patentstrategien für deutsche Unternehmen in Japan, in: Rahn/Scheer (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz in Deutschland und Japan, Hamburg 1995, S. 75.

Ellis, T. S., Distortion of Patent Economics by Litigation Costs, CASRIP Symposium Publication Series No. 5, July 2000,
www.law.washington.edu/casrip/Symposium/Number5/pub5atcl3.pdf.

Engel, Friedrich-Wilhelm, Der Software-Verletzungsprozeß, in: Lehmann, Michael (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. Köln 1993, S. 869.

Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, 4. Aufl. Stuttgart 1977.

Esslinger, Alexander und *Betten, Jürgen*, Patentschutz im Internet, CR 2000, S. 18.

Fine, Christopher R. und *Palmer, Donald C.*, Patents on Wall Street, Investment Banking Meets Intellectual Property, in: Berman, Bruce (Hrsg.), From Ideas to Assets, Investing Wisely in Intellectual Property, New York 2002, S. 511.

Förderverein für eine freie informationelle Infrastruktur (FFII), Tabellen und Zahlen zu den Europäischen Softwarepatenten, swpat.ffii.org/vreji/pikta/perled/index.de.html.

FFII, Patent auf JPEG-Datenübertragung, 2002,
 swpat.ffii.org/patente/wirkungen/jpeg/index.de.html.

FFII, Patent Jurisprudence on a Slippery Slope -- the price for
 dismantling the concept of technical invention , 2002,
 swpat.ffii.org/analyse/erfindung/index.en.html.

FFII, Softwarepatente in Aktion,
 swpat.ffii.org/vreji/pikta/xrani/index.de.html.

FFII, Kollektive Schutzschilder gegen Softwarepatente?,
 swpat.ffii.org/stidi/gacri/index.de.html.

FFII, Gesetzeswidrige Wirtschaftspolitik des BGH-Patentse-
 nates, swpat.ffii.org/players/bgh/index.de.html.

FFII, BT Hyperlink Patent,
 swpat.ffii.org/patents/effects/hyperlink/index.en.html.

Fiddler, Jerry, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung
 des amerikanischen Patentamtes), 1994,
 www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_fiddler.
 html.

Gates, Bill, The Road Ahead, New York 1995.

Gates, Bill, Confidential Memo, 16. Mai 1991, abgedruckt bei:
 Warshofsky, Fred, The Patent Wars, The Battle to Own the World's
 Technology, New York 1994, S. 170.

Gathii, James Thuo, The Legal Status of the Doha Declaration
 on Trips and Public Health Under the Vienna Convention on the
 Law of Treaties, Harvard Journal of Law and Technology 15
 (Frühjahr 2002), S. 291.

Gehring, Robert A., "Software Patents" IT Security at Stake, 2002,
ig.cs.tu-berlin.de/ap/rg/2001-10/Gehring2001Full-SWPatITSec.pdf.

Gehring, Robert A., Patentpolitik als Standortpolitik, 2001,
ig.cs.tu-berlin.de/ap/rg/2001-04/index.html.

Gehring, Robert A., Unsichere Software - Eine systematische Betrachtung, 2001,
www.sicherheit-im-internet.de/themes/themes.phtml?ttid=2&tsid=334&ttid=1296&page=0.

Geiger, Jan Fritz, Anmerkung zum Beschluß des Bundesgerichtshofes vom 11.05.2000, Az X ZB 15/98 "Sprachanalyseeinrichtung", JurPC Web-Dok 165/2001,
www.jurpc.de/aufsatz/20010165.htm.

Geissler, Bernhard und *Pagenberg, Jochen*, Der Software-Lizenzvertrag in der Praxis, in: *Lehmann, Michael* (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. Köln 1993, S. 629.

Gyertyanfy, Peter, Expansion des Urheberrechts - und kein Ende?, GRUR Int. 2002, S. 557.

Gibson, Steve, Why Windows XP will be the Denial of Service Exploitation Tool of Choice for Internet Hackers Everywhere:, 2001,
grc.com/dos/winxp.htm.

Gibson, Steve, The Strange Tale of the Denial of Service Attacks against GRC.com, 2001, grc.com/dos/grcdos.htm.

Gladstone, Julia Alpert, Why Patenting Information Technology and Business Methods is not Sound Policy, Lessons

from History and Prophecies for the Future, *Hamline Law Review* 25 (2002), S. 217.

Gleick, James, Patently Absurd, 2000, www.around.com/patent.html. Ursprünglich erschienen in *New York Times Magazine* vom 12. März 2000. Zehn Tage vorher hat der Präsident des amerikanischen Patentamtes versucht, die Veröffentlichung zu verhindern.

Götting, Thomas, Gewerbliche Schutzrechte bei der Softwareentwicklung von Versicherungsprodukten für das Internet, *VersR* 2001, S. 410.

Grace, Joseph, 1994, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung des amerikanischen Patentamtes), www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_grace.html.

Gruner, Richard S., Better Living Through Software: Promoting Information Processing Advances Through Patent Incentives, *St. John's Law Review* 74 (2000), S. 977.

Haberstumpf, Helmut, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, in: *Lehmann, Michael*, (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 2. Aufl. Köln 1993, S. 69.

Hanchuk, Walter G., How to "Read" a Patent, Understanding the Language of Property Rights, in: *Berman, Bruce* (Hrsg.), *From Ideas to Assets, Investing Wisely in Intellectual Property*, New York 2002, S. 27.

Hart, Robert and *Holmes, Peter* and *Reid, John*, *The Economic Impact of Patentability of Computer Programs*, Report to the

European Commission, 2001,
europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/studyintro.htm.

Heinze, William F., A Risk-Balancing Approach to Best Mode Compliance in Software Patent Applications, 2002, Mitt. 2002, S. 101 =
www.cafezine.com/Index_article.asp?id=543&deptId=6.

von Hellfeld, Axel, Sind Algorithmen schutzfähig?, GRUR 1989, S. 471.

Hoepffner, Günther, Der Wandel der Rechtsprechung des Bundespatentgerichts zu der Schutzfähigkeit von Computerprogrammen, in: Bundespatentgericht (Hrsg.), 25 Jahre Bundespatentgericht, Köln 1986, S. 179.

Heinrichs, Helmut, Einleitung, in: Palandt, Otto (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl. München 2002, S. 1.

Hofstader, Joseph, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung des amerikanischen Patentamtes), 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/arlington/va_hofstader.html.

Horne, Natasha T., Open Source Software Licensing, Using Copyright Law to Encourage Free Use, Georgia State University Law Review 17 (2001), S. 863 ff.

Horns, Axel H., Anmerkungen zu begrifflichen Fragen des Softwareschutzes, GRUR 2001, S. 1.

Horns, Axel H., Some Observations on the Controversy on "Software Patents", 2000, www.ipjur.com/episwpat.php3.

Howard, Anthony, Software Protection in Europe -

Developments with Regard to the European Union, in: Hansen, Hugh C., *International Intellectual Property Law & Policy - Volume 7*, Huntington 2002, Kapitel 21.

Howard, Anthony, European Patent Law, in: Hansen, Hugh C., *International Intellectual Property Law & Policy - Volume 7*, Huntington 2002, Kapitel 30.

Hulme, George V., Music Industry Web Site Attacked, 2002, www.informationweek.com/story/IWK20020730S0004..

Irlam, Gordon und *Williams, Ross*, Software Patents, An Industry at Risk, 1994, lpf.ai.mit.edu/Patents/industry-at-risk.html.

Janis, Mark D., Symposium: Patent System Reform: Patent Abolitionism, *Berkeley Technology Law Journal* 17 (2002), S. 900.

Jorasch, James, The Process Laboratory, Developing Business-Driven Patents in the Information Age, in: Berman, Bruce (Hrsg.), *From Ideas to Assets*, New York 2002, S.139.

Judd, Wallace, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung des amerikanischen Patentamtes), 1994, www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_judd.html.

Kahin, Brian, The Expansion of the Patent System: Politics and Political Economy, 2001, firstmonday.org/issues/issue6_1/kahin/index.html.

Kappes, Florian, Der zivilrechtliche Schutz von Computerprogrammen nach der Urheberrechtsnovelle, *JuS* 1994, S. 659.

Katyal, Sonia K., Book Review: Ending the Revolution: The

Future of Ideas, Texas Law Review 80 (2002), S. 1465.

Kennedy, Dennis M., A Primer On Open Source Licensing Issues: Copyright, Copyleft and Copyfuture, Saint Louis Public Law Review 20 (2001), S. 345.

Kerr, Orin S., Computers and the Patent System: The Problem of the Second Step, (Symposium: E-Commerce in the Digital Millenium: The Legal Ramifications of the DMCA and Business Method Patents), Rutgers Computer and Technology Law Journal 28 (2002), S. 47.

Kerr, Orin S., Are We Overprotecting Code?, Washington & Lee Law Review 57 (2000), S. 1287.

Kesan, Jay P., Carrots and Sticks to Create a Better Patent System, Berkeley Technology Law Journal 17 (2002), S. 763.

Kiesewetter-Köbinger, Swen, Über die Patentprüfung von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen, GRUR 2001, S. 185.

Knuth, Donald E., Letter to the Patent Office,
lpf.ai.mit.edu/Patents/knuth-to-pto.txt.

Kober, Ingo, Die Rolle des Europäischen Patentamts im Spannungsfeld globaler Wirtschaftsentwicklungen. Bestandsaufnahme, Herausforderung und Ausblick, GRUR Int. 2001, S. 493.

Kôda, Henry, Bijinesu moderu tokkyo (Patente auf Geschäftspläne), Tokyo 2000.

Konno, Hiroshi, Tokkyo bijinesu ha doko he iku no ka (Wohin treibt das Geschäft mit Patenten?), IT shakai no otoshiana (Die Fallgrube der Informationsgesellschaft), Tokyo 2002.

Konno, Hiroshi, Kahmahkah tokkyo to sofutouea (Das Karmarkar-Patent und Software), Sugaku ha tokkyo ni naru ka (Ist Mathematik patentierbar?), Tokyo 1995.

Kraßer, Rudolf, Der Schutz von Computerprogrammen nach deutschem Patentrecht, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. Köln 1993, S. 221.

Kretschmer, Friedrich, EU: Konsultation zu Software-Patenten, GRUR 2001, S. 38.

Krüger, Wolfgang, Kommentar zu den §§ 704 bis 721, in: Lücke, Gerhard und Wax, Peter (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 2, §§ 355-802, 2. Auflage München 2000.

König, Reimar, Patentfähige Datenverarbeitungsprogramme - ein Widerspruch in sich, GRUR 2001, S. 577.

de Laat, Paul B., Patenting mathematical algorithms: What's the harm? A thought experiment in algebra, International Review of Law and Economics 20 (2000), S. 187 ff. = www.elsevier.nl/cas/tree/store/irl/sub/2000/20/2/5133.pdf

Lancaster, Don, Busting a \$ 650 Patent, www.tinaja.com/glib/bustpat.pdf.

Landis, James E., Amazon.com: A Look at Patenting Computer Implemented Business Methods Following State Street, North Carolina Journal of Law & Technology 2 (2001), S. 1.

Lando, Peter R., Business Method Patents: Update Post State Street, Texas Intellectual Property Journal 9 (2001), S. 403.

Larenz, Karl und *Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Berlin 1995.

League for Programming Freedom, Mutual Defense Against Software Patents, 1994,
<http://lpf.ai.mit.edu/Patents/mutual-def.html>.

League for Programming Freedom, Against Software Patents, 1991,
lpf.ai.mit.edu/Patents/against-software-patents.html.

Lehmann, Michael, Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen, in: Lehmann, Michael (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. Köln 1993, S. 1.

Lehmann, Michael, Der Rechtsschutz von Computerprogrammen in Deutschland, NJW 1988, S. 2419.

Leibovitz, John S., Inventing a Nonexclusive Patent System, Yale Law Journal 111 (2002), S. 2251.

Lemley, Mark A., Rational Ignorance at the Patent Office, Northwestern University Law Review 45 (2001), S. 1495.

Lemley, Mark A., Reconceiving Patents in the Age of Venture Capital, The Journal of Small and Emerging Business Law 4 (2000), S. 137.

Lemley, Mark A. und *Volokh, Eugene*, Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases, Duke Law Journal 48 (1998), S. 147.

Lemon, Edward Y. W., Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung des amerikanischen Patentamtes), 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_lemon.html.

Lenz, Karl-Friedrich, Yohroppa-hô ni okeru intahnetto tokkyo (Internet-Patente im europäischen Recht), in: Sakurai (Hrsg.), EU-hô, yohroppahô no shokadai, Tokio 2002 (Festschrift für Akira Ishikawa), S. 347 ff.

Lenz, Karl-Friedrich, Zukünftiges Recht, 2002, (Buch on Demand, ISBN 3 - 8311 - 3559 - 2).

Im Internet als pdf-Datei unter k.lenz.name/d/v/zukunft.pdf.

Lenz, Karl-Friedrich, Strafrecht und Internet, in: Eser, Albin (Hrsg.), Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 1998, S. 467.

Lenz, Karl-Friedrich, Blick in die Zukunft: Schwangerschaftsabbruch, in: Arnold, Hans - Jörg u.a. (Hrsg.), Grenzüberschreitungen, Freiburg 1996, S. 341 - 358.

Leyden, John, Encryption patent firm stakes claim on industry, 2002, www.theregister.co.uk/content/4/24557.html.

Lessig, Lawrence, Free Culture, Lawrence Lessig Keynote from OSCON, 2002, www.oreillynet.com/pub/a/policy/2002/08/15/lessig.html?page=1.

Lessig, Lawrence, The Future of Ideas, New York 2001.

Lessig, Lawrence, Europe's 'me-too' patent law, 2000, news.ft.com/ft/gx.cgi/ftc?pagename=View&c=Article&cid=FT36QM GXJAC&live=true.

Lessig, Lawrence, The Problem with Patents, 1999, www.thestandard.com/article/display/0,1151,4296,00.html.

Likhovski, Michal und *Spence, Michael* und *Molineaux, Michael*, The First Mover Monopoly, A study on patenting business methods in Europe by Olswang and Oxford Intellectual Property Research Centre, Oxford University, 2000,

www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0500.pdf.

Lin, Daniel und *Sag, Matthew* und *Laurie, Ronald S.*, Source Code Versus Object Code: Patent Implications for the Open Source Community, Santa Clara Computer and High Technology Law Journal 18 (2002), S. 235.

Lippe, Paul, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung des amerikanischen Patentamtes), 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_lippe.html.

Lippincott, Rob, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung des amerikanischen Patentamtes), 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/arlington/va_lippincott.html.

Lopez, Tom, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung des amerikanischen Patentamtes), 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_lopez.html

Lutterbeck, Bernd/Horns, Axel/Gehring, Robert, Sicherheit in der Informationstechnologie und Patentschutz für Software-Produkte - Ein Widerspruch?, 2000,
www.sicherheit-im-internet.de/download/Kurzgutachten-Softwarepatente.pdf.

Maier, Gregory J. und *Mattson, Robert C.*, *State Street Bank* ist kein Ausreißer: Die Geschichte der Softwarepatentierung im US-amerikanischen Recht, GRUR 2001, S. 677.

Marly, Jochen, Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäischen Union, München 1995.

Marti, Don, Open Letter to Mr. Charles J. Roesslein, CEO, Prodigy, (2000), www.linuxjournal.com/article.php?sid=5094.

McJohn, Stephen M., The Paradoxes of Free Software, George

Mason Law Review 9 (2000), S. 25.

Melullis, Klaus-J., Zur Patentfähigkeit von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen, GRUR 1998, S. 843.

Merges, Robert P., Symposium on Law in the Twentieth Century: One Hundred Years of Solicitude: Intellectual Property Law 1900-2000, California Law Review 88 (2000), S. 2187.

Merges, Robert P., As Many as Six Impossible Patents Before Breakfast: Property Rights for Business Concepts and Patent System Reform, Berkeley Technology Law Journal 14 (1999), S. 577.

Mes, Peter, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, München 1997.

Metzger, Axel, EU-Kommission: Auswertung der Softwarepatente-Sondierung, CR 2001, S. 645.

Miele, Anthony, Patent Strategy, New York 2000.

Möller, Hauke, Art. 14 GG und das "geistige Eigentum", JurPC Web-Dok. 225/2002, www.jurpc.de/aufsatz/20020225.htm.

Monopolkommission, Netzettbewerb durch Regulierung, Vierzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB, - 2000/2001 -, Kurzfassung, www.monopolkommission.de/haupt_14/sum_h14.pdf.

Mota, Sue Ann, Internet Business Method Patents - The Federal Circuit Vacates the Preliminary Injunction in Amazon.com vs. Barnesandnoble.com, The John Marshall Journal of Computer & Information Law 19 (2001), S. 523 ff.

Moy, Russell, A Case Against Software Patents, Santa Clara Computer and High Technology Law Journal 17 (2000), S. 67.

Mueller, Janice M., Patent Misuse Through the Capture of Industrial Standards, Berkeley Technology Law Journal 17 (2002),

S. 623 ff.

Mueller, Janice M., Patenting Industry Standards, The John Marshall Law Review 34 (2001), S. 897 ff.

Mühlbauer, Peter, Sind Patente ein Patentrezept?, 2002, www.heise.de/tp/deutsch/special/copy/12773/1.html.

Nack, Ralph, Patentierbare Erfindung unter den sich wandelnden Bedingungen von Wissenschaft und Technologie (Kurzfassung), 2002, www.ivir.nl/columbanus/nack.doc.

Nack, Ralph und Phelip, Bruno, Bericht über die Diplomatische Konferenz zur Revision des Europäischen Patentübereinkommens, München 20. - 29. November 2000, GRUR Int. 2001, S. 322 ff.

Nack, Ralph, Sind jetzt computerimplementierte Geschäftsmethoden patentfähig? - Analyse der Bundesgerichtshof-Entscheidung "Sprachanalyseeinrichtung", GRUR Int. 2000, S. 853.

Nadan, Christian H., Open Source Licensing: Virus or Virtue?, Texas Intellectual Property Journal 10 (2002), S. 349.

The National Academies Board on Science, Technology and Economic Policy, Project Summary on Intellectual Property in the Knowledge-Based Economy, 2002, www7.nationalacademies.org/step/STEP_Projects_IPR_Phase_II_Description.html

National Research Council, The Digital Dilemma, Intellectual Property in the Information Age, Washington 2000; im Internet books.nap.edu/html/digital_dilemma/.

Nechvatal, James und Barker, Elaine und Bassham, Lawrence und Burr, William und Dworkin, Morris und Foti, James und Roback, Edward, (Computer Security Division, Information Technology Laboratory, National Institute of Standards and

Technology, Technology Administration, U.S. Department of Commerce), Report on the Development of the Advanced Encryption Standard (AES), 2. Oktober 2000, csrc.nist.gov/encryption/aes/round2/r2report.pdf.

Nelson, Andrew, The Modern Reader's Japanese-English Character Dictionary, Second Revised Edition, Tokyo 1962.

Newell, Allen, The models are broken, the models are broken!, University of Pittsburgh Law Review 47 (1986), S. 1023 ff.

Norichika, Kensuke, Recent Developments in Patent Law in Japan, in Hansen, Hugh C., International Intellectual Property Law & Policy - Volume 7, Huntington 2002, Kapitel 19.

Ogasawara, Akio, Konpyuhta Puroguramu no hôteki hogo (Rechtlicher Schutz von Computerprogrammen, Hanrei Taimuzu 1097 (2002), S. 62 ff.

Ohly, Ansgar, Software und Geschäftsmethoden im Patentrecht, CR 2001, S. 809.

O'Reilly, Tim, An Open Letter to Jeff Bezos, www.oreilly.com/ask_tim/amazon_patent.html.

O'Reilly, Tim, My Conversation with Jeff Bezos, www.oreilly.com/ask_tim/bezos_0300.html.

Osterrieth, Christian, Patentrecht, München 2000.

Parr, Russell L., IP Leverage, Facilitating Corporate Value Creation, in: Berman, Bruce (Hrsg.), From Ideas to Assets, Investing Wisely in Intellectual Property, New York 2002, S. 271.

Patalong, Frank, Gerüchte: RIAA-Viren im Fasttrack-Netzwerk, DER SPIEGEL, 26.07.2002, www.spiegel.de/netzwelt/netzkultur/0,1518,206714,00.html.

Patch, Lee, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung des amerikanischen Patentamtes), 1994,

www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_patch.html.

Perens, Bruce, Software Patents vs. Free Software, 2001, perens.com/Articles/Patents.html.

Pfaffenberger, Bryan, Towards the Anticommons, 2001, www.linuxjournal.com/article.php?sid=5061.

Pfaffenberger, Bryan, Internet Patents, Giving Away the Store, (1999), www.linuxjournal.com/article.php?sid=5074.

Pfaffenberger, Bryan, The Coming Software Patent Crisis: Can Linux Survive?, www.linuxjournal.com/article.php?sid=5079.

Pflüger, Frank, Verwendung von Logos im Briefkopf des Rechtsanwalts, MDR 1999, S. 402.

Pilch, Hartmut und Smets, Paul, Software Patentability with Compensatory Regulation: a Cost Evaluation, Upgrade December 2001, S. 23, www.upgrade-cepis.org/issues/2001/6/up2-6Smets.pdf.

Pilny, Karlheinz, Die Registrierung von Computer-Software in Japan, Ein neues Gesetz und seine Praxis, GRUR Int. 1988, S. 26.

Pitowsky, Robert, Antitrust and Intellectual Property, Unresolved Issues at the Heart of the New Economy, (Symposium Beyond Microsoft: Antitrust, Technology and Intellectual Property: Keynote Adress), Berkeley Technology Law Journal 16 (2001), S. 535.

Pollack, Malla, The Multiple Unconstitutionality of Business Method Patents: Common Sense, Congressional Consideration, and Constitutional History, Rutgers Computer and Technology Law Journal 28 (2002), S. 61 ff.

Pretorius, William, TRIPs and the Developing Countries - How Level is the Playing Field?, in Hansen, Hugh C., International Intellectual Property Law & Policy - Volume 7, Huntington 2002, Kapitel 80.

Poll, Günter und Brauneck, Anja, Rechtliche Aspekte des Gaming-Markts, GRUR 2001, S. 389.

Quinn, Eugene R., The Proliferation of Electronic Commerce Patents: Don't Blame the PTO (Symposium: E-Commerce in the Digital Millennium: Ramifications of the DMCA and Business Method Patents, Rutgers Computer and Technology Law Journal 28 (2002), S. 121.

Quinn, Eugene R., Intellectual Property in an Information Economy, Abusing Intellectual Property Rights in Cyberspace, Patent Misuse Revisited, William Mitchell Law Review 28 (2002), S. 955.

Rahn, Guntram, Patentstrategien japanischer Unternehmen, in: Rahn/Scheer, Gewerblicher Rechtsschutz in Japan und Deutschland, 1995, S. 55.

Raiser, Thomas, Das lebende Recht, 2. Aufl. Baden-Baden 1995.

Ravillard, Patrick, Commentary: Protection for Computer Programs, in: Hansen, Hugh C. (Hrsg.), International Intellectual Property Law & Policy - Volume 4, Huntington 2000, Kapitel 35.

Reichman, J.H., The TRIPS Agreement Comes of Age: Conflict or Cooperation with the Developing Countries, Case Western Reserve Journal of International Law 32 (2000), S. 441.

Reilly, Richard Byrne, Priceline.com founder goes on the rebound, 2001,
www.redherring.com/insider/2001/0716/1810019781.html.

Rein, Barry D. und Stephens, Garland T. und Lebowitz, Henry C., Analysis of P3P and US Patent 5,862,325, 27, Oktober 1999,
www.w3.org/TR/P3P-analysis.

Riek, Daniel, Softwarepatente gefährden Fortschritt und Wettbewerb, 2000,

www.sicherheit-im-internet.de/themes/themes.phtml?ttid=2&tsid=334&tdid=74&page=0.

Rings, Rolf, Methods for Evaluating IP Assets in View of Legal, Technical, and Business-related Factors, 2002, www.mondaq.com/article.asp?articleid=17534.

Ritter, Terry, The Politics of "Software Patents." *Midnight Engineering*. May-June: 29-35, www.ciphersbyritter.com/ARTS/POLIPAT4.HTM.

Rivette, Kevin und Kline, David, Rembrandts in the Attic, Unlocking the Hidden Value of Patents, Boston 2000.

Rosen, Lawrence, Geek Law: Dealing with Patents in Software Licenses, Part 2, (2002), www.linuxjournal.com/article.php?sid=5615.

Schack, Haimo, Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl. Tübingen 2001.

Schiuma, Daniele, TRIPS und das Patentierungsverbot von Software "als solcher", GRUR Int. 1998, S. 852.

Schmidtchen, Jürgen, Zur Patentfähigkeit und zur Patentwürdigkeit von Computerprogrammen und von programmbezogenen Lehren, Mitt. 1999, S. 281.

Schneider, Jürgen und Zwipf, Walter, 3. Abschnitt, Patentprozeßrecht, in: *Schramm*, Der Patentverletzungsprozeß, 4. Aufl. 1999.

Schneier, Bruce, Crypto-Gram Newsletter, June 15, 2001: www.counterpane.com/crypto-gram-0106.html#6.

Schölch, Günther, Softwarepatente ohne Grenzen, GRUR 2001, S. 16.

Schulte, Rainer, Patentgesetz mit EPÜ, 6. Aufl. Köln 2001.

Sedlmaier, Roman, Verwirrung durch Klarstellungen im

Softwarepatentrecht (sic!), Mitt. 2002, S. 55.

Sellnick, Hans-Joachim, Erfindung, Entdeckung und die Auseinandersetzung um die Umsetzung der Biopatentrichtlinie der EU, GRUR 2002, S. 121.

Shapiro, Carl, Navigating the Patent Thicket, Cross Licenses, Patent Pools and Standard-Setting, March 2001, www.haas.berkeley.edu/~shapiro/thicket.pdf.

Sietmann, Richard, Wettbewerb im Gerichtssaal, 2001, www.heise.de/ct/01/17/170/.

Sims, David, Amazon.com Patents Enemy-Making Process, 2000, www.thestandard.com/article/0,1902,12377,00.html.

Sirilla, George M., Practical Aspects of Litigation, in: *Miele, Anthony*, Patent Strategy, New York 2000, S. 63.

Smets, Software Userights, Solving Inconsistencies of Software Patents, 1999, www.smets.com/it/policy/useright/useright.pdf.

Soma, John T. und Leyendecker, Kurt and Webb, Steven L., Software Patents: A U.S. and E.U. Comparison, University of Baltimore Intellectual Property Law Journal 8 (1999), S. 1.

Stallman, Richard, Software Patents - Obstacles to Software Innovation, 25.3.2002, swpat.ffii.org/papers/rms-cam020325/index.en.html.

Stallman, Richard, The Danger of Software Patents, 2001, 203.197.150.179/rms/trans_1.html.

Kelly, J.S., An Interview with Richard Stallman, 2000, www.linuxworld.com/linuxworld/lw-2000-03/lw-03-rms.html?4-4.

Stallman, Richard, Saving Europe from Software Patents, www.linuxtoday.com/stories/5960.html (1999)..

Stallman, Richard, Boycott Amazon!, linuxtoday.com/stories/13652_flat.html (1999).

Stallman, Richard, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung des amerikanischen Patentamtes), 1994, www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_stallman.html.

Straus, Joseph, Entscheiden Patente die Schlacht um die Gene, 2000, www.forum.mpg.de/programm/infos_person/00_64-71.pdf.

Strowel, Alain, European Developments in Software Protection, in: Hansen, Hugh C. (Hrsg.), International Intellectual Property Law & Policy - Volume 7, Huntington 2002, Kapitel 22.

Sugiyama, Keiji, Sofutoeah no chosakuken, tokkyoken (Urheberrechte und Patentrechte an Software), Tokyo 1999.

Sullivan, Lawrence A., Is Competition Possible in High-Tech Markets?: An Inquiry into Antitrust, Intellectual Property, and Broadband Regulation as Applied to the "New Economy", (Antitrust: New Economy, New Regime; Second Annual Symposium of the American Antitrust Institute), Case Western Law Review 52 (2001), S.41.

Takenaka, Toshiko, Prime Minister's Science Council Submits Recommendations for Improving Competitiveness Through Intellectual Property, 2002, www.law.washington.edu/casrip/newsletter/newsv9i2jp1.pdf.

Tauchert, Wolfgang, Zum Begriff der "technischen Erfindung", JurPC Web-Dok 28/2002, www.jurpc.de/aufsatz/20020028.htm.

Tauchert, Wolfgang, Patentierung von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen - neue Rechtsprechung und aktuelle Entwicklungen, JurPC Web-Dok. 40/2001, www.jurpc.de/aufsatz/20010040.htm.

Tauchert, Wolfgang, Positionspapier zur Patentierung von Software, 1999, www.sicherheit-im-internet.de/themes/themes.phtml?ttid=2&tsid=334&tdid=86&page=0

Tauchert, Wolfgang, Zur Patentierbarkeit von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen - Anmerkungen zum Aufsatz von Dr. Klaus-J. Melullis, GRUR 1998, S. 843 -, GRUR 1999, S. 965.

Tauchert, Wolfgang, Patentschutz für Computerprogramme - Sachstand und neue Entwicklungen, GRUR 1999, S. 829.

Teufel, Fritz, Schutz von Software durch Patent- und Urheberrecht, Mitt. 1993, S. 73.

Thomas, John R., Post-Industrial Patents and Personal Liberties, in: Hansen, Hugh C. (Hrsg.), International Intellectual Property Law & Policy - Volume 7, Huntington 2002, Kapitel 13.

Thomas, John R., The Responsibility of the Rulemaker: Comparative Approaches to Patent Administration Reform, Berkeley Technology Law Journal 17 (2002), S. 727.

Thomas, John R., Collusion and Collective Action in the Patent System, A Proposal for Patent Bounties (Symposium: Intellectual Property Challenges in the Next Century), University of Illinois Law Review 2001, S. 305 ff.

Torvalds, Linus/Diamond, David, Just for Fun, New York 2001.

Ullmann, Eike, Die Verwarnung aus Schutzrechten - mehr als eine Meinungsäußerung?, GRUR 2001, S. 1027.

Van Dyke, Raymond, E-Wars, Episode One: The Patent Menace, Computer Law Review & Technology Journal 6 (2001), S. 1.

Van Hees, Anne, Verfahrensrecht in Patentsachen, 2. Aufl. Köln 2002.

Vermont, Samson, The Economics of Patent Litigation, in: Berman, Bruce (Hrsg.), From Ideas to Assets, Investing Wisely in Intellectual Property, New York 2002, S. 327.

Warren, Jim, Ohne Titel (Stellungnahme zu einer Anhörung

des amerikanischen Patentamtes), 1994,
www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/software/sanjose/sj_warren.html.

Warshofsky, Fred, The Patent Wars, The Battle to Own the World's Technology, New York 1994.

Weinreb, Lloyd, Copyright for Functional Expression, Harvard Law Review 1998, S. 1150.

Wesel, Uwe, Geschichte des Rechts, 2. Aufl. München 2001.

Wesel, Uwe, Juristische Weltkunde, Eine Einführung in das Recht, 8. Aufl. Frankfurt a.M. 2000.

Wesel, Uwe, Die Hüter der Verfassung, Frankfurt a.M. 1996.

Winischhofer, Thomas, Computersoftware und Patentrecht, 1999, www.winischhofer.net.

Abkürzungsverzeichnis

A. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AES	Advanced Encryption Standard
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivil-
sachen	
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
BRaGEBO	Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung
BSA	<i>Business Software Alliance</i>
BpatG	Bundespatentgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CD	Compact Disk
CIA	<i>Central Intelligence Agency</i>
CR	Computer und Recht
DdoS	Distributed Denial of Service
DoS	Denial of Service
EPÜ	Europäisches Patentübereinkommen
f.	folgende
FAQ	<i>Frequently Asked Questions</i>
ff.	folgende (mehrere Seiten)
FFII	Förderverein für eine Freie Informationelle Infrastruktur
GewO	Gewerbeordnung
GPL	<i>General Public License</i>

GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GVE	Gesetz zur Verhütung von Erdbeben
JPG	Bekannter Standard für Bilddateien
Hrsg.	Herausgeber
IP	<i>Intellectual property</i>
JurPC	JurPC Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik
Mitt.	Mitteilungen der Deutschen Patentanwälte
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NATO	<i>North Atlantic Treaty Organization</i>
Nr.	Nummer
PatG	Patentgesetz
PITA	<i>Patents impeding technological advances</i>
PR	<i>Public relations</i>
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIAA	<i>Recording Industry Association of America</i>
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SME	<i>Small and medium-sized enterprises</i>
SPDO	<i>Software Patent Defense Organization</i>
StGB	Strafgesetzbuch
TRIPS	<i>Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights</i>
UWG	Gesetz über den unlauteren Wettbewerb
US	<i>United States of America</i>
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
Vgl.	Vergleiche
vs.	<i>versus</i>
VersR	Versicherungsrecht

W3C	<i>World Wide Web Consortium</i>
Web-Dok.	Web-Dokument
WTO	<i>World Trade Organization</i>
WWW	<i>World Wide Web</i>
z. B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozeßordnung