



Reaktion zur OpenSource Konferenz

Konferenz über wirtschaftspolitische Aspekte der Patentierung von Software



Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie

18. Mai 2000

Berliner Ansatz zu "*Open Software Patents*"

Ein Ausweg aus dem "*Digital Dilemma*"<sup>[i]</sup>?

Dieses Dokument wird im Internet unter der Adresse <http://www.Think-Ahead.ORG/Cyberlaw/> zur Verfügung gestellt.<sup>[ii]</sup>

**Robert Gehring**<sup>[iii]</sup>

Berlin, 13. Mai 2000

Die Differenzen zwischen Befürwortern und Gegnern von Softwarepatenten scheinen unüberbrückbar: Die einen sagen es geht nicht ohne und überhaupt würde mit der geplanten Änderung des Rechts nur das klargestellt, was ohnehin schon tägliche Praxis ist. Die anderen<sup>[iv]</sup> sagen, daß das erfolgreiche Open Source Softwareentwicklungsmodell durch Einführung von Softwarepatenten zum Untergang verurteilt sei.<sup>[v]</sup> Beide Seiten können plausible Argumente für ihre Positionen vorbringen. Es scheint keinen Ausweg zu geben, der die Interessen aller Seiten gleichermaßen berücksichtigen würde.

In diesem Thesenpapier möchte ich einen Vorschlag zur Diskussion stellen, der möglicherweise den "Gordischen Knoten" zerschlagen könnte. Das Ziel ist es, sowohl die herrschende Praxis, die gesetzssystematischen Anforderungen als auch die Interessen der Entwickler von *Intellectual Property* zu berücksichtigen. Zu letzteren zähle ich sowohl die Firmen jeglicher Couleur als auch die unabhängigen Open Source Entwickler und die öffentlichen Forschungsinstitutionen.

Bevor ich meinen Vorschlag vorstelle, möchte ich eine kurze Bestandsaufnahme der gegenwärtigen Situation vornehmen, um die zu berücksichtigenden Interessen zu identifizieren.

Bestandsaufnahme

Wozu soll das Patentrecht dienen?

**(A) Situation in Deutschland/Europa**

Betrachtet man das Patentrecht weltweit, so ist seine Bedeutung für den technischen Fortschritt unumstritten<sup>[vi]</sup>: Durch Offenlegung der Idee soll der Fortschritt ermöglicht werden. Dem Erfinder wird gesetzlich ein Monopolrecht zur Ausbeutung der Erfindung gewährt.<sup>[vii]</sup> Zur Erreichung des Fortschritts nötige Investitionen sollen kompensiert werden. Damit wird gewährleistet, daß kostenintensive Forschung auch in Zukunft stattfindet.

## **(B) Situation in den USA**

In den USA wurde das Patentsystem geschaffen, *"to promote the Progress of Science and useful Arts"* durch *"securing for limited Times to ... Inventors the exclusive Right to their respective ... Discoveries"*.<sup>[viii]</sup>

## **(C) Welche Probleme ergeben sich daraus für den Wettbewerb?**

Man spricht von Offenbarungsfunktion und Monopolwirkung des Patentrechts. Durch die Monopolwirkung entsteht unter entsprechenden Umständen ein Wettbewerbshindernis,<sup>[ix]</sup> insbesondere im Fall von sogenannten Sperrpatenten.<sup>[x]</sup> Unzweifelhaft stehen die Monopolrechte aus Patenten in einem Spannungsverhältnis zum Wettbewerbsrecht<sup>[xi]</sup> und dem öffentlichen Fortschrittsinteresse<sup>[xii]</sup>.

Wo gibt es Softwarepatente?

## **(A) Situation in Europa**

*"Computerprogramme als solche"* sind nicht patentierbar, sagt §1 (3) PatG. Die Interpretation durch die Rechtsprechung hat jedoch dazu geführt, daß mittlerweile alle Programme *"technischer Natur"* patentierbar sind, nur Programme *"untechnischer Natur"* sind nicht patentierbar.<sup>[xiii]</sup> Die Auslegung in der neueren Rechtsprechung<sup>[xiv]</sup> wird sehr weit gefaßt, wenn es um die Beurteilung der technischen Natur geht. Man kann sagen, daß heutzutage praktisch jede Softwareidee patentierbar ist.<sup>[xv]</sup> Zigtausend erteilte Softwarepatente zu ignorieren oder für ungültig zu erklären, scheint aus rechtssystematischer Perspektive nicht möglich.

## **(B) Situation in den USA**

Patentierbar ist in den USA *"anything under the sun that is made by man."* (US Supreme Court - *Diamond v. Chakrabarty* 1980).

Seit der Entscheidung *State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.* 1998 gilt für Software: *"A computer system (or method) calculating a number representing a dollar amount generates a useful and tangible result and is therefore a patentable subject matter. This requirement is fulfilled by almost any computer program used in the financial industry."* <sup>[xvi]</sup>

## **(C) Internationale Situation**

Durch das TRIPS-Abkommen haben sich alle wichtigen Industrieländer völkerrechtlich verbindlich vertraglich verpflichtet, Patente auch im Softwarebereich zuzulassen.<sup>[xvii]</sup> Aus diesem Grunde ist nicht anzunehmen, daß in der künftigen EU-Richtlinie<sup>[xviii]</sup> zum Patentrecht auf eine Patentierung von Software verzichtet werden wird.<sup>[xix]</sup>

## Schlußfolgerung

Aus den vorangehend geschilderten Umständen schlußfolgere ich, daß es äußerst unwahrscheinlich ist, daß im Rechtsrahmen der EU auf die Einführung von Softwarepatenten verzichtet werden wird.

Inwieweit ist die Open Source Software-Gemeinde von den genannten Entwicklungen betroffen?

Der Open Source Software (OSS)-Entwicklungsprozeß zeichnet sich insbesondere dadurch aus, daß die Quelltexte offenliegen und von jedermann eingesehen und, entsprechende Fachkenntnisse vorausgesetzt, auch erweitert werden können.<sup>[xx]</sup> Dadurch ist es aber ausgeschlossen, daß OSS patentiert werden kann, denn zur Voraussetzung der Patentierbarkeit zählt die Neuheit (§3 (1) PatG):

*"Eine Erfindung gilt als neu, wenn sie nicht zum Stand der Technik gehört. Der Stand der Technik umfaßt alle Kenntnisse, die vor dem für den Zeitrang der Anmeldung maßgeblichen Tag durch schriftliche oder mündliche Beschreibung, durch Benutzung oder in sonstiger Weise der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden sind."*<sup>[xxi]</sup>

Nun ist es nicht das Ziel der OSS-Gemeinde, Patente für ihre Entwicklungen zu erhalten, sondern Fortschritte in der Softwareentwicklung zu machen. Wie das Beispiel Linux zeigt, ist dieser Prozeß bisher äußerst erfolgreich. Er ist so erfolgreich, daß bekannte Softwarehersteller wie IBM<sup>[xxii]</sup> oder SUN<sup>[xxiii]</sup> dieses Entwicklungsmodell teilweise übernommen haben oder mit OSS-Entwicklern intensiv zusammenarbeiten.

"Sperrpatente" (*blocking patents*) könnten diesen Prozeß in Zukunft zunichte machen und damit die Weiterentwicklung der Softwaretechnologie in erheblichem Maße behindern. Dafür gibt es im Wesentlichen zwei Ursachen:

1. Unabhängige OSS-Entwickler verfügen weder über die notwendigen Kenntnisse, noch über die notwendigen Kapazitäten, um den von ihnen geschriebenen Code auf potentielle Softwarepatentverletzungen hin zu überprüfen.
2. Wie oben dargestellt wurde, kann die OSS-Gemeinde selbst keine Softwarepatente erwerben, die sie in heute üblicher Weise als Währung im Tausch gegen die Rechte anderer Patentinhaber<sup>[xxiv]</sup> einsetzen könnte. Zusätzlich könnten mächtige Wettbewerber<sup>[xxv]</sup>, die sich nicht an der OSS-Entwicklung beteiligen, ihre Sperrpatente nutzen, um die Nutzung ihrer patentierten Algorithmen durch OSS-Entwickler zu verhindern.<sup>[xxvi]</sup> Auch ist die Sabotage oder die «feindliche Übernahme» freier Entwicklungen durch Patentinhaber nicht auszuschließen, wie die Praxis leider zeigt.<sup>[xxvii]</sup>

## Schlußfolgerung

Es ist unzweifelhaft, daß die Entwicklung von OSS unmittelbar von einer Einführung von Softwarepatenten betroffen sein wird.

Ein Lösungsvorschlag

**Wenn die Einführung von Softwarepatenten in Europa unvermeidlich ist, so sollte im Patentrecht eine hinreichend lange Schonfrist nach der Offenlegung der Idee, vor der eigentlichen Patentanmeldung, vorgesehen werden.**

## Begründung

Analog zum Urheberrechtsschutz, den Open Source Software durch Lizenzen wie die General Public License (GPL<sup>[xxviii]</sup>) der Free Software Foundation in Anspruch nimmt, könnte eine *Open Patents License* entwickelt werden, die den Schutz des Patentrechts für OSS gewährleistet.

Zwei Voraussetzungen wären dafür zu schaffen:

1. Eine entsprechende Open Patents-Lizenz ("*Open Patents License*" o.ä.), die den rechtlichen Anforderungen genügt. Zu den wesentlichen Inhalten müßte m.E. folgende Aussagen gehören:
  - A. "Patente, die unter dieser Lizenz stehen, sind für kommerzielle Zwecke gegen eine einmalige Lizenzgebühr von \$1 nutzbar."
  - B. "Patente, die unter dieser Lizenz stehen, sind für private und öffentliche Zwecke ohne Lizenzgebühren nutzbar."
  - C. "Jeder, der Patente, die unter dieser Lizenz stehen, in Anspruch nimmt, verpflichtet sich damit, ohne zu gleichen Bedingungen Zugang zu seinen Patenten zu verschaffen. Wer damit nicht einverstanden ist, muß auf die Nutzung der patentierten Technologie verzichten."
2. Eine Treuhandinanz ("*Open Patents Institut*" o.ä.), die im wesentlichen folgende Aufgaben zu erfüllen hätte:
  - A. Erfassung von OSS-Projekten
  - B. Abfassung und Einreichung von PCT<sup>[xxix]</sup>-Patentanträgen für OSS-Entwicklungen
  - C. Juristische Interessenvertretung für OSS-Patente, u.a. durch Verfolgung von Schiedsverfahren im internationalen Rahmen

Innerhalb der Schonfrist wäre es dann möglich, Open Source Software nach dem bisher so erfolgreichen Modell zu entwickeln.

Eine 12-monatige Frist dürfte nach den praktischen Erfahrungen genügen, um eine Idee im OSS-Modell zur Patentreife zu bringen. Während der Entwicklung würden der Quellcode durch "*patent pending*" geschützt.

Die im Laufe der Zeit erworbenen Patente können als Tauschwährung gegen proprietäre Patente verwendet werden.

Die Öffnungsklausel im Lizenzvertrag würde den Zugang zu Patenten praktisch "*vererben*", genauso, wie die GPL den Zugang zum Source Code "*vererbt*".

Mit einer solchen Lösung wäre allen, an einem fairen Wettbewerb und dem wissenschaftlich-technischen Fortschritt interessierten Seiten gedient:

- Das Patentrecht würde seinem Ziel, "*to promote the Progress of Science and useful Arts*" wieder näher kommen. Softwarebezogene Erfindungen würden der Öffentlichkeit nicht mehr bis zum Patentantrag vorenthalten.

- Der de facto-Zustand der Softwarepatentierung würde anerkannt und Rechtssicherheit geschaffen. Die rechtliche Systematik würde dabei nicht gestört werden.
- Europäische Softwareentwickler und -unternehmen hätten keinen Wettbewerbsnachteil mehr gegenüber ihren amerikanischen Konkurrenten.
- Die OSS-Gemeinde würde nicht durch Sperrpatente gehindert, ihre Software nach dem gewohnten Modell zu entwickeln.
- Kleine und mittlere Unternehmen hätten praktisch kostenlosen Zugang zu den Open Patents, über die Treuhandinstanz sogar Zugang zu Patentlizenzen, die sie sich aus Kostengründen sonst nicht leisten könnten. Ihre Wettbewerbsposition würde gestärkt.
- Großunternehmen würden nicht schlechtergestellt werden. Ihre erfolgreiche Zusammenarbeit mit den OSS-Entwicklern könnte ohne Hindernisse fortgesetzt werden.
- Das Risiko von Sperrpatenten und damit verbundener Wettbewerbsverzerrungen würde vermindert werden. Die Qualität der Patentanmeldungen würde wahrscheinlich wieder steigen.
- Öffentliche Forschungsanstalten könnten mit Hilfe von Open Patents gleichberechtigter am technologischen Fortschritt teilhaben.

Natürlich gibt es auch Nachteile:

- Die Bürokratie im OSS-Entwicklungsprozeß würde zwangsläufig zunehmen. Auf der anderen Seite gibt es OSS-Beispiele wie die Apache Group<sup>[xxx]</sup>, die bereits jetzt erfolgreich mit einem eher korporativen Ansatz arbeiten.
- Die Unabhängigkeit der Treuhandinstanz müßte sichergestellt sein. Aber auch dafür gibt es Vorbilder. So ist Inhaber der Internationalen Rechte am Namen "Linux" der ursprüngliche Linux-Entwickler *Linus Thorvalds*. Seine Integrität wird weltweit anerkannt.
- Die Treuhandinstanz müßte mit ausreichenden finanziellen Mittel und technischer, sowie juristischer Kompetenz ausgestattet werden. Die Grundlage dafür könnte aus den \$1-Zahlungen für die Lizenzen und freiwilligen Spenden der kommerziellen Nutzer gelegt werden. Eine solche Instanz wäre -unter Wettbewerbs- und Forschungsgesichtspunkten- im öffentlichen, europäischen Interesse, die EU könnte also einen Teil der Kosten übernehmen.

Die Vorteile dürften die Nachteile bei weitem aufwiegen, zumal wenn man die Alternative -ausschließlich proprietäre Softwarepatente mit potentieller Sperrwirkung- in Betracht zieht.

Im folgenden Abschnitt werde ich die vorgestellte Idee einer ersten, kurzen Plausibilitätsprüfung unterziehen.

Plausibilitätsprüfung

Zur Fristenregelung

### **(A) Fristenregelungen national und in Europa**

Eine solche Fristenregelung gibt es in Europa nicht.

In Deutschland ist die Neuheitsschonfrist mit der Neuregelung des Patentrechts weggefallen. Das wurde von Fachleuten zum Teil stark kritisiert, die von «"geradezu katastrophalen Folgen" für die auf den Erfinder zurückgehende Vorverlautbarung» sprachen.<sup>[xxxix]</sup>

## **(B) Fristenregelungen international**

Eine solche Frist gibt es u.a. in den USA<sup>[xxxix]</sup>, in zwei Formen:

1. In den USA gibt es eine Schonfrist von 12 Monaten, innerhalb derer eine bereits genutzte Erfindung zum Patent angemeldet werden kann.<sup>[xxxix]</sup>
2. Weiterhin gibt es die sogenannte "*Provisional Patent Application*"<sup>[xxxix]</sup>, bei der zu einem Zeitpunkt die Erfindung als solche, ohne detaillierte Beschreibung (*premature disclosure*), beim Patentamt angemeldet werden kann. Anschließend hat man 12 Monate Zeit, die Idee bis zum Patent weiterzuentwickeln. Die genutzte Erfindung muß mit "*patent pending*" versehen werden, um Irrtümer bei Wettbewerbern zu vermeiden.

Für die Neufassung des Patent Law Treaty ist im Rahmen der WIPO<sup>[xxxv]</sup> eine solche Schonfrist ausdrücklich vorgeschlagen worden.<sup>[xxxvi]</sup>

## **Zur Öffnungsklausel**

Softwarelizenzverträge unterliegen dem Vertragsrecht. In den USA ist im Rahmen des UCITA<sup>[xxxvii]</sup> die Gültigkeit derartig umfassender Klauseln von Seiten des Anbieters ausdrücklich in das Recht eingeführt worden.<sup>[xxxviii]</sup> Das UCITA setzt damit auf vertragsrechtlicher Ebene die entsprechenden Anforderungen aus den WIPO WCT<sup>[xxxix]</sup>- und WPPT<sup>[xl]</sup>-Vereinbarungen um. Auf urheberrechtlicher Ebene erfolgte die Umsetzung im DMCA.<sup>[xli]</sup>

Eine Umsetzung der internationalen Vereinbarungen aus WCT und WPPT in EU-Recht steht noch aus,<sup>[xlii]</sup> ist aber bereits in Vorbereitung. Die Position der Anbieter von Software und anderen Informationsprodukten wird darin mit Sicherheit gestärkt werden. Diese Stärkung könnte für eine Öffnungsklausel im oben skizzierten Sinne genutzt werden.

## **Vertragsrecht und OSS**

Im Rahmen der Anwendung von OSS-Lizenzen, wie z.B. der GPL, hat die OSS-Gemeinde in den letzten Jahren sehr positive Erfahrungen mit der vertragsrechtlichen Behandlung des Urheberrechtsproblems gemacht. Wahrscheinlich wäre ohne dieses die OSS-Entwicklung nicht so weit gekommen, wie sie heute ist. Rechtliche Unsicherheiten hätten z.B. eine fruchtbare Zusammenarbeit von unabhängigen Entwicklern und Firmen wie IBM, SUN etc. ausgeschlossen. Es erscheint mir unter den in diesem Aufsatz vorgeschlagenen Rahmenbedingungen möglich, ein vergleichbar erfolgreiches Lizenzmodell für die Nutzung von Softwarepatenten zu etablieren.

## **Fazit**

Im Rahmen der ohnehin anstehenden Neuregelung des Europäischen Patentrechts könnte, wie beschrieben, eine einheitliche Schonfrist rechtsvertäglich in allen EU-Ländern eingeführt werden. Die europäischen Verhandlungspartner könnten diese Frist in die Neufassung des Patent Law Treaty einbringen. Die vertragsrechtlichen Voraussetzungen würden in der Umsetzung der

WIPO-Verträge geschaffen werden. Damit würde ein internationaler Standard erreicht werden.

Von der OSS-Gemeinde, den kleinen und mittleren Unternehmen, der internationalen Forschergemeinschaft und auch den Großunternehmen könnte absehbarer Schaden durch eine ungeeignete Form von Softwarepatenten abgewandt werden.

Schlußbemerkung

Ich hoffe, der hier vorgestellte "**Berliner Ansatz**" bietet Stoff für eine fruchtbare Diskussion unter Einbeziehung aller betroffenen Kreise.

(C) 2000, Dipl.-Inform. Robert Gehring

---

[i] "*The Digital Dilemma. Intellectual Property in the Information Age*" lautet der Titel eines kürzlich veröffentlichten Forschungsberichtes des Computer Science and Telecommunications Board des National Research Council der USA. Der Bericht beschäftigt sich mit den Auswirkungen der Revolution in der Informationstechnologie auf das *Intellectual Property*-Konzept. Er ist im Internet unter der Adresse [http://books.nap.edu/html/digital\\_dilemma/](http://books.nap.edu/html/digital_dilemma/) verfügbar, 13.5.2000.

[ii] Das Urheberrecht und die Verwertungsrechte liegen beim Autor.

[iii] Dipl.-Inform. Robert Gehring ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Arbeitsgruppe "Internet Governance" im Fachgebiet "Informatik und Gesellschaft" der TU Berlin, bei Prof. Dr. iur. Bernd Lutterbeck. Er ist Gründungsmitglied von Think-Ahead.ORG, Im Internet: <http://www.Think-Ahead.ORG>. Erreichbar ist Robert Gehring unter der E-Mail-Adresse [rag@cs.tu-berlin.de](mailto:rag@cs.tu-berlin.de)

[iv] Siehe z.B. <http://www.freepatents.org>, die sich der Bekämpfung von Softwarepatenten widmet.

[v] In diesem Sinne auch die Aussage von *Daniel Riek* in seinem Thesenpapier "**Softwarepatente gefährden Fortschritt und Wettbewerb**" vom 12. Mai 2000.

[vi] Vgl. Einleitung zum Patentgesetz, Grundlagen des deutschen Patentrechts RZ 53 in Busse: **Patentgesetz**, S.15, 5. Auflage, de Gruyter 1999

[vii] Es gibt vier verschiedene Theorien, aus welchen Gründen dem Erfinder dieses Recht zusteht: *Eigentumstheorie*, *Belohnungstheorie*, *Anspornungstheorie* und *Offenbarungstheorie*. Einleitung zum Patentgesetz, Grundlagen des deutschen Patentrechts RZ 55ff in Busse: **Patentgesetz**, S.15/16, 5. Auflage, de Gruyter 1999

[viii] United States Constitution, Article I, Section 8; Im Internet: <http://www.house.gov/Constitution/Constitution.html>, 13.5.2000

[ix] "*Der sich hieraus ergebende Zielkonflikt ist nicht auflösbar, sondern der geltenden Rechtsordnung immanent.*" Einleitung zum Patentgesetz, Grundlagen des deutschen Patentrechts RZ 60 in Busse: **Patentgesetz**, S.16, 5. Auflage, de Gruyter 1999

[x] Einleitung zum Patentgesetz, Grundlagen des deutschen Patentrechts RZ 62 in Busse: **Patentgesetz**, S.16, 5. Auflage, de Gruyter 1999

[xi] Zu den Implikationen für die Unternehmensführung siehe insbesondere Carl Shapiro/Hal R. Varian: **Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy**, Harvard Business School Press, Boston, MA, 1999

[xii] Zu den Implikationen von Softwarepatenten für das Ziel des Patentrechts, den Fortschritt zu fördern, vgl. z.B. *"The Digital Dilemma. Intellectual Property in the Information Age"*, S.19 (FN 1):

*"The long-term effects of the substantial de facto broadening of patent subject matter to cover information inventions such as computer programs, information design, and business methods (e.g., Internet business models) are as yet unclear, although the committee is concerned about the effects to date. Because this expansion has occurred without any oversight from the legislative branch and takes patent law into uncharted territory, this phenomenon needs to be studied on a systematic basis, empirically and theoretically, to ensure that expansion of patent protection is fulfilling its fundamental goal of promoting progress."*

[xiii] Vgl. §1 PatG Patentfähige Erfindungen RZ 45ff in Busse: **Patentgesetz**, S.35ff, 5. Auflage, de Gruyter 1999

[xiv] Jüngere Entscheidungen gehen von einer weitgehenden Patentierbarkeit bei Software aus. (Technische Beschwerdekammer des EPA: Case T 0935/97 und Case T 1173/97, **Computer und Recht 2/2000**)

[xv] Vgl. dazu auch das zur Konferenz vorgelegte Papier von Markus Hössle: **Statusbericht über die Rechtsprechung und Erteilungspraxis in Bezug auf softwarebezogene Erfindungen**, der anhand wichtiger Gerichtsentscheidungen diesen Entwicklungsprozeß nachvollzieht.

[xvi] Alexander Esslinger in **Computer und Recht International 1/2000**, S. 19ff

[xvii] TRIPS §27 Abs. 1: *"(1) Vorbehaltlich der Absätze 2 und 3 ist vorzusehen, daß Patente für Erfindungen auf allen Gebieten der Technik erhältlich sind, sowohl für Erzeugnisse als auch für Verfahren, vorausgesetzt, daß sie neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind. Vorbehaltlich des Artikels 65 Absatz 4, des Artikels 70 Absatz 8 und des Absatzes 3 dieses Artikels sind Patente erhältlich und können Patentrechte ausgeübt werden, ohne daß hinsichtlich des Ortes der Erfindung, des Gebiets der Technik oder danach, ob die Erzeugnisse eingeführt oder im Land hergestellt werden, diskriminiert werden darf."* Text in der Fassung Busse: **Patentgesetz**, 5. Auflage, de Gruyter 1999, CD-ROM

*"Die in deutscher Sprache beschriebenen technischen Funktionen und Wirkungen von Software sind jedenfalls in der Regel unter den üblichen Voraussetzungen (gewerbliche Anwendbarkeit, Neuheit, erfinderische Leistung) auch jetzt schon in Deutschland patentfähig. Für den Bereich des Europäischen Patentübereinkommens gilt dies entsprechend. Damit ist §27 Abs. 1 des TRIPS-Abkommens Rechnung getragen, wonach Patentschutz für alle Gebiete der Technik zu erlangen sein muß."* Wolfgang Tauchert: **Patentschutz für Computerprogramme - Sachstand und neue Entwicklungen; GRUR 1999, Heft 10**, S. 829-833

[xviii]



[xviii] Auf europäischer Ebene ist im Rahmen einer EU-Richtlinie die Einführung von Softwarepatenten -voraussichtlich noch im Jahr 2000- geplant: *"Das Europäische Parlament sprach sich für die Patentfähigkeit von Computerprogrammen aus, welche die an eine technische Erfindung gestellten Anforderungen an Neuheit und Anwendbarkeit erfüllen, so wie dies in den USA und Japan der Fall ist."* Bernhard Müller: **Künftige EG-Richtlinie über Patentierbarkeit von Computerprogrammen**, in: **Computer und Recht International 1/2000**, S. 17/18

Zum aktuellen Stand des Verfahrens: Internet:

[http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/de/intprop/indprop/99.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/intprop/indprop/99.htm), 2.5.2000

[xix] *"The Finnish Presidency, in the Internal Market Council of 7 December 1999, presented a detailed progress report on the discussion in the Council on the Commission's proposal for a Directive. The report acknowledges the need for the proposed Directive to proceed urgently in order to establish a Single Market for new products and services of the Information Society based on intellectual property. At the same time, it is a pre-requisite for the ratification of the « Internet » Treaties agreed in the framework of the World Intellectual Property Organisation by the Community and its Member States as well as by the associated countries to the EU. The progress report outlines that a broad degree of consensus has already been reached on several issues. It focuses on the key issues, and notably Article 5 (exceptions to the exclusive rights of reproduction and communication to the public, including the making available right which is specific to the Digital Age) and Article 6 (protection of technological measures against circumvention) of the proposal which require further work. Both provisions are crucial provisions as they determine the scope and the effective protection of the rights."* Im Internet:

[http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/intprop/intprop/copy3.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/intprop/intprop/copy3.htm), 2.5.2000

[xx] Eine detailliertere Beschreibung findet man u.a. auf der Website von *Eric S. Raymond*:  
<http://www.tuxedo.org/~esr/writings/cathedral-bazaar/cathedral-bazaar.html> 13.5.2000

[xxi] Text in der Fassung §3 PatG Neuheit in Busse: **Patentgesetz**, S.76, 5. Auflage, de Gruyter 1999

[xxii] Vgl. u.a.: **IBM forciert Anwendungsentwicklung für Linux**, Heise-Newsticker, im Internet:  
<http://www.heise.de/newsticker/result.xhtml?url=/newsticker/data/odi-24.11.99-000/>, 13.5.2000

[xxiii] Vgl. u.a.: **Sun entschuldigt sich bei den Blackdownern**, Heise Newsticker, im Internet:  
<http://www.heise.de/newsticker/result.xhtml?url=/newsticker/data/ju-09.12.99-000/>, 13.5.2000

[xxiv] Vgl. u.a.: *"Weltweit werden deshalb Patente immer wichtiger, sei es zum Abstecken von "Claims" in wichtigen Marktbereichen, so von Pierer, oder zum Schutz des technischen Vorsprungs. Eine nicht zu unterschätzende Rolle haben Patente auch bei Patentlizenzverträgen. Hat man selbst nichts zum Austausch anzubieten, wird es in der Regel sehr teuer."* **Siemens, Europas größte Erfinderrfirma** in VDI-Nachrichten, 17.12.1999, im Internet:  
<http://www.vdi-nachrichten.com/redaktion/akt-ausg.asp?ID=1972>, 13.5.2000

[xxv] Und daran, daß sich z.B. die Linux-Entwickler in einem Wettbewerb mit Microsoft befinden, zweifelt nicht einmal mehr Microsoft selbst, wie ihr Anwalt im laufenden Antitrustverfahren zu erkennen gab: *«Mr. Warden devoted most of his argument to the dynamic competition that Microsoft faces. "Let's look at what's really happening out there," he said, ticking off the AOL/Netscape deal, the advent of Web-based applications, the "rapidly increasing popularity" of the rival Linux operating system and the use of non-PC devices. "The changes that have occurred*

*in the competitive marketplace, just since this case was brought, have been rapid and significant.* "»,  
aus: Karen Donovan: **Microsoft Case Closes Strangely**, im Internet:  
<http://www.lawnewsnetwork.com/stories/A6635-1999Sep28.html>, 13.5.2000

[xxvii] Zwangslizenzen und Benutzungsanordnungen bieten keinen Ausweg. Vgl. Einleitung zum Patentgesetz, Grundlagen des deutschen Patentrechts RZ 62 in Busse: **Patentgesetz**, S.16, 5. Auflage, de Gruyter 1999

[xxviii] Vgl. z.B.: Florian Rötzer: **W3C bittet die Web-Community um Hilfe. Kampf gegen die Patentierung von P3P. Telepolis**, im Internet:  
<http://www.heise.de/tp/deutsch/inhalt/te/2810/1.html>, 13.5.2000

[xxix] Die **GPL** ist die General Public License der Free Software Foundation (<http://www.fsf.org>), unter deren Lizenzbedingungen viele freie Software, so z.B. das Betriebssystem Linux, entwickelt wird. Im Internet ist sie z.B. zu finden über: <http://www.fsf.org/philosophy/license-list.html>

[xxx] Das **PCT** (Patent Cooperation Treaty = Patenzusammenarbeitsvertrag) ermöglicht in den Mitgliedstaaten die Anmeldung nationaler Patente durch eine einzelne Patentanmeldungsprozedur.

[xxxi] Im Internet: <http://www.apache.org>

[xxxii] Der Wegfall ergab sich in Folge der *Straßburger Übereinkunft zur Vereinheitlichung gewisser Begriffe des materiellen Rechts der Erfindungspatente*. Vgl. §3 PatG Neuheit RZ 212 in Busse: **Patentgesetz**, S.114, 5. Auflage, de Gruyter 1999

[xxxiii] Andere Länder mit derartigen Bestimmungen sind Kanada und die Philippinen. Vgl. u.a.: Gerald O.S. Oyen, B.Sc., LL.B.: **The Research and Development Inventor and the Patent World**, im Internet: <http://www.library.ubc.ca/patscan/resinv.html>, 13.5.2000

[xxxiiii] *"In order for an invention to be patentable it must be new as defined in the patent law, which provides that an invention cannot be patented if: "(a) the invention was known or used by others in this country, or patented or described in a printed publication in this or a foreign country, before the invention thereof by the applicant for patent," or "(b) the invention was patented or described in a printed publication in this or a foreign country or in public use or on sale in this country more than one year prior to the application for patent in the United States . . ."* Auszug aus der **General Information Concerning Patents** print brochure des US-Patentamtes [Unterstreichung von mir], im Internet: <http://www.uspto.gov/web/offices/pac/doc/general/novelty.htm>, 13.5.2000

*"Under U.S. Patent law, the inventor must file for patent application no later than one year from the creation's first sale, offer for sale, publication, or public disclosure. If the inventor waits longer, he or she will be forever barred from obtaining a U.S. Patent. This rule is actually more flexible than most foreign countries, which require the patent application to be filed prior to any public disclosure (such is the rule in Canada, Mexico, Japan, Taiwan, Korea, and most European nations)."* Brad Updike: **Patent Law - Basic Fundamentals For Educators**, im Internet:  
<http://www.usd.edu/cidd/copyright/patentdoc.html>, 13.5.2000

*"A grace period is a mechanism that is provided in certain Patent Acts to enable an inventor within a specified time to seek patent protection for an invention, even though the invention has already been disclosed to the public in some form or other. Three countries of the world which have grace periods are Canada, the United States and the Philippines. In the United States, as a general rule,*

*the inventor is given one year from the date of publication anywhere or public use of the invention in the United States to file a patent application in the U.S. Patent and Trademark Office. This is called a one year grace period. In Canada, under the obsolete Patent Act, an inventor had two years from the date of publication or public use or sale of the invention in Canada to place a patent application on file.*

*Canada reduced the two year period, effective October 1, 1989, to a one year grace period for inventions directly or indirectly attributable to the inventor. Under the revised grace period law, the inventor or his assignee is given one year from the date of public disclosure by the inventor, or someone directly or indirectly connected to him or her, to file a Canadian patent application. But, if anyone else discloses the invention to the public or files a patent application for the same invention before the inventor files a patent application, the inventor loses out. It appears that this is the case even where the other party surreptitiously obtains knowledge of the invention and files a patent application for the invention before the inventor does. Although it may be possible to invalidate the wrongdoer's patent, nonetheless the inventor is likely barred by the misdeed from filing a valid patent application for the invention."* Gerald O.S. Oyen, B.Sc., LL.B.: **The Research and Development Inventor and the Patent World**, im Internet: <http://www.library.ubc.ca/patscan/resinv.html>, 13.5.2000

[xxxiv] «*Since June 8, 1995, the PTO has offered inventors the option of filing a provisional application for patent which was designed to provide a lower cost first patent filing in the United States and to give U.S. applicants parity with foreign applicants. Claims and oath or declaration are NOT required for a provisional application. Provisional application provides the means to establish an early effective filing date in a patent application and permits the term "Patent Pending" to be applied in connection with the invention. Provisional applications may not be filed for design inventions.*» Auszug aus der **General Information Concerning Patents** print brochure des US-Patentamtes, im Internet: <http://www.uspto.gov/web/offices/pac/doc/general/applica.htm>, 13.5.2000

[xxxv] Die World Intellectual Property Organization (**WIPO**) ist international das maßgebliche Gremium, in dem die Harmonisierung der nationalen Urheberrechtssysteme vorangetrieben wird.

*"Art 3 Zweck der Organisation. Zweck der Organisation ist es*

*i) den Schutz des geistigen Eigentums durch Zusammenarbeit der Staaten weltweit zu fördern, gegebenenfalls im Zusammenwirken mit jeder anderen Internationalen Organisation,*

*ii) die verwaltungsmäßige Zusammenarbeit zwischen den Verbänden zu gewährleisten."* Text in der Fassung Weltorganisation für geistiges Eigentum, Fezer: **Markenrecht**, S.2303ff, 2. Aufl., C.H. Beck 1999

Im Internet: <http://www.wipo.org>, 13.5.2000

[xxxvi] Vgl. §3 PatG Neuheit RZ 212 in Busse: **Patentgesetz**, S.114, 5. Auflage, de Gruyter 1999

[xxxvii] **UCITA** = Uniform Computer Information Transactions Act

*"UCITA is a proposed law for applying consistent rules to computer software licenses across all 50 states."* Vgl. u.a.: <http://www.itpolicy.gsa.gov/eagency/overviewlevel3/uniformcomputer.htm>, 13.5.2000

Der UCITA mit seiner Stärkung der Anbieterposition wird aus unterschiedlichster Perspektive stark kritisiert. Vgl. u.a.: National Writers Union: **UCC 2B and UCITA Threatens Writers**, im Internet: <http://www.nwu.org/pic/ucchome.htm>, 13.5.2000

[xxxviii] Vgl. z.B. auch: M.A.Mortenson Company, Inc v. Timberline Software Corp. & Softworks Data Systems (Washington Supreme Court, 10/26/1999), wo die Gültigkeit von "shrinkwrap licenses" ausdrücklich bejaht wurde.. Dazu u.a.: Charles Albertson: **WASHINGTON COURT OF APPEALS UPHOLDS ENFORCABILITY OF "SHRINK-WRAP" SOFTWARE LICENSES**, Im Internet: <http://www.cusack-knowles.com/Shrinkwrap.htm>, 13.5.2000

[xxxix] **WCT** = WIPO Copyright Treaty

In der Präambel des WCT heißt es:

*"IN DEM "WUNSCH", den Schutz der Rechte der Urheber an ihren Werken der Literatur und Kunst in möglichst wirksamer und gleichmäßiger Weise forzuentwickeln und aufrechtzuerhalten,*

*IN ERKENNTNIS der Notwendigkeit, neue internationale Vorschriften einzuführen und die Auslegung bestehender Vorschriften zu präzisieren, dami für die durch wissenschaftliche, soziale, kulturelle und technische Entwicklung entstehenden Fragen angemessene Lösungen gefunden werden können,*

*IM HINBLICK AUF die tiefgreifenden Auswirkungen der Entwicklung und Annäherung der Informations- und Kommunikationstechnologien auf die Erschaffung und Nutzung von Werken der Literatur und Kunst,*

*UNTER BETONUNG der herausragenden Bedeutung der Urheberrechtsschutzes als Anreiz für das literarische und künstlerische Schaffen,*

*IN ERKENNTNIS der Notwendigkeit, ein Gleichgewicht zu schaffen zwischen den Rechten der Urheber und dem umfassenderen öffentlichen Interesse, insbesondere Bildung, Forschung und Zugang zu den Informationen, zu wahren, wie dies in der Bernde Übereinkunft zum Ausdruck kommt -*

*SIND WIR WIE FOLGT ÜBEREINGEKOMMEN: [...]"*

**Anmerkung:** Die Hervorhebung stammt von mir.

Die Präambel des WPPT hat einen nahezu gleichen Wortlaut.

Eine deutsche Übersetzung des WCT findet man in Anhang IV WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT) in Fromm/Nordemann: **Urheberrecht**. Kommentar, S.887ff, 9. Aufl., Kohlhammer 1998

[x1] **WPPT** = WIPO Performances and Phonograms Treaty

[xli] Der **DMCA** (Digital Millennium Copyright Act) in den USA erklärt bestimmte Handlungen, wie z.B. die Umgehung eines Kopierschutzes zu Straftaten. Im Internet u.a.: The UCLA Online Institute for Cyberspace Law and Policy - <http://www.gseis.ucla.edu/iclp/dmca1.htm>, 13.5.2000

Ebenso, wie die UCITA-Reglungen, werden die des DMCA aus Anwenderperspektive scharf kritisiert. Vgl. u.a.: Christopher Jones: **Dueling Over Digital Music Rights**, WIREDNEWS, im

Internet: <http://www.wired.com/news/print/0,1294,34114,00.html>, 13.5.2000

[xlii] *"The Finnish Presidency, in the Internal Market Council of 7 December 1999, presented a detailed progress report on the discussion in the Council on the Commission's proposal for a Directive. The report acknowledges the need for the proposed Directive to proceed urgently in order to establish a Single Market for new products and services of the Information Society based on intellectual property. At the same time, it is a pre-requisite for the ratification of the « Internet » Treaties agreed in the framework of the World Intellectual Property Organisation by the Community and its Member States as well as by the associated countries to the EU. The progress report outlines that a broad degree of consensus has already been reached on several issues. It focuses on the key issues, and notably Article 5 (exceptions to the exclusive rights of reproduction and communication to the public, including the making available right which is specific to the Digital Age) and Article 6 (protection of technological measures against circumvention) of the proposal which require further work. Both provisions are crucial provisions as they determine the scope and the effective protection of the rights."* Im Internet:

[http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/intprop/intprop/copy3.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/intprop/intprop/copy3.htm), 2.5.2000