

Dieser Artikel ist Teil des
Open Source Jahrbuch 2005



erhältlich unter <http://www.opensourcejahrbuch.de>.

Das Open Source Jahrbuch 2005 enthält neben vielen weiteren interessanten Artikeln ein Glossar und ein Stichwortverzeichnis.

Der Kampf gegen Softwarepatente – Open Source im Auge des Sturms

STEFAN KREMPL



(CC-Lizenz siehe Seite 463)

Am Brüsseler Richtlinienprojekt über die „Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen“ scheiden sich die Geister: Konzerne in der Computer- und Telekommunikationsindustrie erhoffen sich davon eine Harmonisierung der Rechtssituation innerhalb der EU und eine Sanktionierung der bereits recht weitgehenden Praxis des Europäischen Patentamtes. Überraschend starke Lobbygruppen aus dem Mittelstand warnen dagegen vor einer Flut an „Trivialpatenten“ nach US-Muster und schwerwiegenden Auswirkungen auf den Wettbewerb allgemein sowie auf die Entwicklung freier Software im Besonderen. Das Gesetzgebungsverfahren gestaltet sich daher als rechtlicher Krimi mit Klassenkämpfen, Ränkespielen und zahlreichen Verzögerungen. Auch im dritten Jahr nach der Veröffentlichung des ersten Richtlinienvorschlags zeichnet sich noch kein Kompromiss zwischen Kommission, Rat und Parlament ab. Der Beitrag gibt einen Überblick über die wichtigsten Frontlinien.

1. Einleitung

Kaum eine Frage wird im Bereich des so genannten „geistigen Eigentums“ momentan stärker diskutiert als die der Gesetzgebung über die Patentierbarkeit von Computercode. Anlass ist die von der Europäischen Union angestrebte EU-weite „Harmonisierung“ in diesem Bereich. Den formalen Prozess hat die EU-Kommission Anfang 2002 mit ihrem Vorschlag für eine Richtlinie zur „Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen“¹ gestartet. Nach langem Ringen und einer heftigen Lobby Schlacht, an der sich erstmals neben der Großindustrie und ihren Branchenverbänden wie der EICTA (European Information, Communications and Consumer Electronics Technology Industry Associations) auch Organisationen wie der Förderverein für eine Freie Informationelle Infrastruktur (FFII) oder die Free Software Foundation Europe (FSFE) und die durch sie vertretenen mittelständischen Betriebe und Software-Entwickler beteiligten, folgten im September 2003 die Änderungen des

1 http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/com02-92de.pdf

Europaparlaments.² Der EU-Rat, in dem die nationalen Regierungen vertreten sind, konterte im wahrsten Sinne des Wortes nach einem längeren Tauziehen in den eigenen Reihen mit der „politischen Einigung“ über seinen Standpunkt im Mai 2004.³ Die polnische Regierung verzögerte die offizielle Verabschiedung der Ratsposition allerdings wiederholt. Sie brachte Bedenken vor, dass der Text des Ministergremiums die Patentierbarkeit von Computercode nicht ausschließen würde. Gleichzeitig beschäftigte sich das EU-Parlament Anfang 2005 mit einem Antrag zum kompletten Neustart des Gesetzgebungsverfahrens. Ein Ende des Streits oder ein Kompromissvorschlag waren zur Drucklegung dieses Bandes nicht in Sicht.

Open Source steht im Zentrum der hitzigen Debatte um Softwarepatente, die sich rund um die Brüsseler Direktive entwickelt hat. Zwar betonen vor allem die Gegner eines ausgeweiteten Monopolschutzes für Computercode jenseits des Urheberrechts zurecht immer wieder, dass es keineswegs um freie Software allein geht. Von Trivialpatenten im Softwarebereich sind Entwickler proprietärer, also auf das klassische Modell „geistigen Eigentums“ setzende Computerprogramme, letzten Endes genauso betroffen wie die Open-Source-Welt. Qua definitionem oft sehr breit ausgerichtete Softwarepatente legen hauptsächlich kleinen und mittelständischen Entwicklerbetrieben Steine in den Weg. Denn diese können sich im Gegensatz zu Konzernen die nicht unbedeutenden Kosten des Patentsystems nicht leisten. Weder verfügen sie über Patentanwälte, die gezielt die entwickelte Software auf patentierbare Algorithmen und Erfindungen hin abklopfen, noch können sie in der Regel die Gebühren für die Anmeldung und Aufrechterhaltung zahlreicher Patente auf sich nehmen. Der Mittelstand bleibt damit weitgehend außen vor im Spiel der Patentanwälte mit ihren Patentportfolios, in dem die Großen untereinander teuren Verletzungsklagen mit Kreuzlizenzierungsverträgen zuvorkommen. Aufgrund des komplexen Motivationsgefüges, das als Umfeld für die Entstehung von Open-Source-Software von Nöten ist (Osterloh et al. 2004), ist die Welt des frei verfügbaren und modifizierbaren Quellcodes allerdings im Kern von Softwarepatenten gefährdet. Die Ursache liegt im Copyleft⁴, der wesentlichen Stellschraube des Systems freie Software. Dieser auf Richard Stallman, den Doyen der *Free Software Foundation*, zurückgehende Mechanismus sorgt dafür, dass die derart lizenzierte Software frei verfügbar bleibt. Das Copyleft sichert das öffentliche, nicht das private Eigentumsrecht. Es baut somit auf dem Copyright auf, „pervertiert“ es aber letztlich und führt den Gedanken einer Monopolverwertung eines Computerprogrammes ad absurdum. Dieses Prinzip kann mit dem Urheberrecht als dessen „Parasit“ noch gut leben. Es beißt sich aber mit dem Patentrecht, da es dessen „Schutzgedanken“ vollständig aufbricht und die monopolartige Verwertung einer in Software gegossenen Erfindung ja gerade verhindert. Andererseits steht und fällt die Entwicklung freier Software mit dem die Rechte der Allgemeinheit stärkenden Copyleft. Falls es wegbrechen oder zugunsten des ihm entgegengesetzten Paradigmas des Patentschutzes auf Computercode aufgegeben werden sollte, würde das gesamte

2 http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?SAME_LEVEL=1&LEVEL=3&NAV=X&DETAIL=&PUBREF=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2003-0402+0+DOC+XML+V0//DE

3 <http://register.consilium.eu.int/pdf/de/04/st09/st09713.de04.pdf>

4 <http://www.gnu.org/copyleft/copyleft.html>

System der Anreize zur Produktion freier Software in sich zusammenfallen.

Dazu kommt noch ein ganz pragmatischer Grund, der Open-Source-Software theoretisch in besonderer Weise „anfällig“ macht für Patentstreitigkeiten: Da der Quellcode offen liegt und für jeden Interessierten einsehbar ist, lassen sich Programmabschnitte, die Patente verletzen könnten, leichter herauspicken. Daher führen Firmen wie Microsoft umgekehrt als eines ihrer Argumente für Softwarepatente den Trend ins Feld, dass sie im Rahmen von Lizenzprogrammen wie „Shared Source“ selbst immer mehr proprietären Quellcode für bestimmte Nutzergruppen wie Regierungen offen legen würden und einen gesonderten Patentschutz für ihre nun nicht mehr in geheimen Programmzeilen versteckten Erfindungen bräuchten.⁵ Allerdings lässt diese Darlegung außer Acht, dass schon das Urheberrecht derlei befürchtete Plagiate unterbinden würde.

2. Die Münchner LiMux-Migration und die Angst vor Patentklagen

Dass Softwarepatente für die mittelständische Wirtschaft sowie die öffentliche Hand, die verstärkt ihre Rettung vor der Redmonder Lizenzschraube und den Microsoftschen Monopolgefährdungen in der Flucht in Open Source sieht, zur Bedrohung werden, ist im Sommer 2004 vor allem mit dem Theater um den kurzfristigen Stopp der Linux-Migration der Stadt München ins Zentrum der allgemeinen Aufmerksamkeit gerückt. Weil es sich beim LiMux-Projekt⁶, in dessen Rahmen rund 14 000 Desktop-Rechner und Server komplett auf freie Software umgestellt werden sollen, um eine weltweit Beachtung findende Unternehmung handelt, war das Medienecho groß, als die bayerischen Pioniere Anfang August plötzlich die Ausschreibung des Kernelements „LiMux Basis-Client“ mit der Begründung stoppten, dass mit der Softwarepatentlinie des EU-Rats „rechtliche und finanzielle Risiken“ im großen Maßstab auf die Stadtverwaltung zukommen könnten. Hatten sich zuvor vor allem Fachmagazine intensiv mit der problematischen Haltung des Ministerrats auseinandergesetzt (Krempf 2004a), berichtete nun gar der Spiegel über den drohenden Spießbrutenlauf der freien Software-Entwickler über die Bajonette der Brüsseler Patentklauseln (Evers und Traufetter 2004).

Anlass für die Alarmstimmung im Münchner Rathaus waren zwei Anträge der Grünen im Stadtrat. Sie forderten Oberbürgermeister Christian Ude nachdrücklich auf, bei der Bundesregierung in Sachen Softwarepatente zu intervenieren. Sollte das Bundesjustizministerium seine befürwortende Haltung zur EU-Richtlinie über die „Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen“ in der Version des Ministerrates nicht ändern, sah der Hauptantragsteller, der grüne Stadtrat Jens Mühlhaus, „unkalkulierbaren Schaden“ auf München zukommen. Durch die vorgesehene breite Patentierbarkeit von Software könnten hohe finanzielle Forderungen für die Nutzung patentierter Verfahren entstehen oder der Einsatz entsprechender Programme blo-

5 Marie Therese Huppertz, zitiert in Krempf (2004b)

6 <http://www.muenchen.de/Rathaus/referate/dir/limux/89256/index.html>

ckiert werden. Dies sei nicht nur verheerend für die mittelständischen Firmen, mit denen die Münchner die Linux-Migration hauptsächlich schultern wollen, sondern könne zum Ausfall kompletter Referate in der Verwaltung führen.

Die Kurzschlusshandlung der Münchner löste heftige Reaktionen aus, die von „albern“ bis „Microsoft in die Hand spielend“ reichten. Selbst die CSU machte sich plötzlich Sorgen um Softwarepatente, weil sie hoffte, das von ihr strikt abgelehnte LiMux-Projekt über diesen Haken doch noch zum Wanken bringen zu können. Gleichzeitig zeigte die Panik aber auch, wie groß die Verunsicherung durch die Softwarepatentrichtlinie in Europa inzwischen ist. Die *Free Software Foundation Europe* und der LinuxTag e. V. gehen gar von einer Einladung zur „psychologischen Kriegsführung“ in der Wirtschaft durch die Brüsseler Bestrebungen aus. „Ein wirres Gerücht ist völlig ausreichend, um ein komplexes und aufwendiges Projekt für Tage aus der Spur zu bringen“, konstatiert FSFE-Präsident Georg Greve. Der LinuxTag-Vorsitzende Oliver Zendel sieht darüber hinaus „Mechanismen aus dem kalten Krieg“ in der gegenwärtigen Aufrüstung der Patentportfolios bei Konzernen am Werk. Leidtragende seien „Programmierer, klein- und mittelständische Betriebe und somit der Wirtschaftsstandort Europa“.

Tatsächlich füllt gerade Microsoft momentan rasant seinen Softwarepatentkorb. Der Softwarehersteller besaß Mitte 2004 rund 4 500 erteilte Patente, etwa 5 000 weitere waren anhängig. Die Softwarepatente schützen unter anderem Methoden, mit denen eine Datei abgespeichert oder Text auf einem Monitor dargestellt wird. Sein Portfolio will der Softwaregigant mit neuen Lizenzpolitiken lukrativ verwerten. Ein weiteres Ziel dürfte die Einschüchterung des Open-Source-Lagers sein. Angriffsfläche bietet Linux, das aus seinen Innereien kein Geheimnis macht, theoretisch allemal. Zumindest hat die US-Firma *Open Source Risk Management* 283 potentielle Patentansprüche entdeckt, die durch das frei verfügbare Betriebssystem verletzt werden könnten (Ravicher 2004). Davon hat aber noch keiner vor Gericht Stand gehalten. Ähnlich nur bedingt stichhaltig ist eine kurzfristige Patentrecherche des Fördervereins für eine Freie Informationelle Infrastruktur. Demnach soll die allein die Desktop-Umrüstung im Rahmen von LiMux von rund 50 potenziellen Patentverletzungen betroffen sein (Blasum 2004).

Das Bundesjustizministerium hält die Ängste der Softwarepatentgegner für unberechtigt. Im Haus der SPD-Politikerin Brigitte Zypries kann niemand einen Zusammenhang zwischen den LiMux-Querelen und der Brüsseler Direktive erkennen. „Freie Software ist ein wichtiger Innovationsfaktor für den Standort Deutschland“, versichern Ministeriumsvertreter immer wieder. Es sei zudem kein Fall in Deutschland bekannt, in dem Open Source in einem Patentverletzungsverfahren angegriffen worden sei. Doch mit dieser Position heizte das Ministerium die Debatte nur weiter an. So stellte der LinuxVerband in einem Schreiben an das Ressort nach der LiMux-Verzögerung klar, dass schon heute „eine Reihe von patentierten Algorithmen beispielsweise in den Bereichen Kryptographie, Multimedia und Datenformate in freier Software nicht genutzt werden können – mit negativen Folgen für Sicherheit, Interoperabilität und Wettbewerb“. Die Bundesregierung müsse Farbe bekennen, da sie nicht einerseits einer breiten Patentierbarkeit von Programmen das Wort reden, andererseits Linux

als Softwarelösung nutzen könne.

Die Zuspitzung der Diskussion durch die Münchner LiMux-Pause fand nicht nur Befürworter. „Man kann nur davor warnen, die Problematik 'Softwarepatente' allein auf freie Software zu reduzieren“, gab Till Jäger vom Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software (ifrOSS) zu bedenken. Herkömmliche Softwareanbieter seien von den Unsicherheiten ebenso betroffen. Die Hysterie um das Münchner Projekt ist nach Ansicht des Juristen fehl am Platz. Wünschenswert wäre eine genaue Prüfung, ob die für LiMux benötigte Software tatsächlich unter ein Benutzungsverbot fällt, um gegebenenfalls fehlerhaft erteilte Patente für nichtig erklären zu lassen. Dies könnte auch ein Licht auf die Punkte werfen, die in Brüssel tatsächlich geregelt werden müssten.

Entsprechende Schritte versprach Ude mit Hilfe eines Rechtsgutachtens einzuleiten. In einem Positionspapier hat die Stadt zudem eine Reihe offener Fragen aufgelistet (Ude 2004), etwa nach der langfristigen Investitionssicherheit der für LiMux veranschlagten rund 30 Millionen Euro, nach der sich abzeichnenden Patentflut im Softwarebereich sowie nach den sich daraus ergebenden Klagewellen und deren Folgen für die Innovationskraft. Mit der „Münchner Linie“ fordert der SPD-Politiker „Rechtssicherheit“ aus Berlin und klare Formulierungen in der Brüsseler Richtlinie. Unterstützung erhofft er sich auch von anderen Kommunen wie den ebenfalls auf Open Source umrüstenden Schwäbisch Hallern, die von einer Gesetzesänderung auf EU-Ebene negativ betroffen sein könnten. Linux will Ude aber auf jeden Fall die Treue halten. Den Ausschreibungsstopp hob er bereits „nach einer Denkpause von wenigen Tagen“ wieder auf und leitete die aktive Migrationsphase ein.

Die von der Stadt München angeforderte Rechtsbeurteilung der Risiken möglicher Patentklagen bei der Linux-Migration im Rahmen des LiMux-Projekts, auf dessen Basis der Stadtrat im September 2004 offiziell grünes Licht gab für die Fortsetzung des Betriebssystem- und Applikationswechsels, schoss aber am Kernthema größtenteils vorbei und stärkte ironischerweise just der Richtlinienversion des Ministerrats den Rücken. So stieß sich der FFII angesichts des Gutachtens der Münchner Kanzlei Frohwitter (Sedlmaier und Gegerich 2004) vor allem daran, dass das 42-seitige Papier in weiten Teilen allein die neuere Auslegung des Europäischen Patentübereinkommens⁷ durch den Bundesgerichtshof und die darauf aufbauende, softwarepatentfreundliche Spruchpraxis des Europäischen Patentamts rechtfertigt und erst in den Schlusskapiteln auf die eigentlichen Ängste des Auftraggebers eingeht.

Für die Autoren des Gutachtens, einen Rechts- und einen Patentanwalt, gehört der Monopolschutz für computerimplementierte Erfindungen „seit über 30 Jahren in Europa“ zum Rechtsalltag. Damit seien Patentverletzungen durch Computerprogramme „heute bereits möglich“, wobei dies aber für proprietäre und Open-Source-Software genauso gelte. Eine konkrete Untersuchung der Patentproblematik bei Linux und des gesamten darauf aufbauenden Münchner Projekts sparten sich die Kanzleimitarbeiter aufgrund dieser Herangehensweise an das Problem. „Sollte die Stadt München durch den Einsatz von Software ein Patent verletzen“, führen sie allgemein aus, „wird

⁷ <http://www.european-patent-office.org/legal/epc/d/ma1.html>

zumeist ein vergleichsweise geringer Streitwert anzusetzen sein.“ Patente auf „computerimplementierte Erfindungen“ würden sich regelmäßig nicht auf ein Programm als Ganzes beziehen, sondern nur auf einzelne Funktionalitäten. Die Gutachter zeigten sich so zuversichtlich: Letztlich könne jede patentrechtliche Funktionalität mit einer hohen Wahrscheinlichkeit ersetzt beziehungsweise „gegen Entrichtung einer angemessenen Gebühr lizenziert werden“. Die Stadt solle aber vorsichtshalber Dokumentationszentren der Open-Source-Gemeinde unterstützen, „die den jeweiligen Stand der Technik in den unterschiedlichsten Bereichen der Softwaretechnik mit einem entsprechenden Zeitstempel versehen“ und so bei Patentklagen die Frage der Neuheit von „computerimplementierten Erfindungen“ klären helfen könnten.

3. Von der Wirkung der Naturkräfte zu Programmansprüchen

Wodurch unterscheiden sich die im Mittelpunkt der Debatte stehenden Richtlinienversionen im Kern überhaupt? Das Europaparlament hat in 1. Lesung mit einer Reihe von Änderungen am ursprünglichen Richtlinienvorschlag der EU-Kommission reinen Softwarepatenten einen effektiven Riegel vorgeschoben (Wiebe 2004). Der für eine Patenterteilung erforderliche technische Erfindungsbeitrag wird darin eng definiert: Er muss sich auf ein „gewerbliches Anwendungsgebiet“ beziehen, „das zur Erreichung vorhersehbarer Ergebnisse der Nutzung kontrollierbarer Kräfte der Natur bedarf.“ Zudem sollen die EU-Mitgliedstaaten sicherstellen, „dass die Datenverarbeitung nicht als Gebiet der Technik im Sinne des Patentrechts betrachtet wird“. In einem weiterführenden Artikel hat das Parlament ein Beispiel angeführt, welche Merkmale eine Patentierbarkeit computerimplementierter Lösungen in diesem Sinne ausschließen sollen: Ermögliche eine Erfindung allein „Einsparungen von Ressourcen innerhalb eines Datenverarbeitungssystems“, dürfe der Patentschutz nicht gewährt werden. Letztlich fordern die Abgeordneten, dass eine computerimplementierte Erfindung auch eine „industrielle Anwendung“ nach sich ziehen müsse. Um die Verbreitung von Standards zu erleichtern, wollen die Volksvertreter ferner das Umgehen patentierter Techniken zur Erreichung von Interoperabilität zwischen Computersystemen erlauben.

Die vom Ministerrat der EU verabschiedete Version versucht Interoperabilität dagegen nur über das allgemeine Wettbewerbsrecht abzusichern. Eine unzureichende Klausel, befinden die SPD-Bundestagsabgeordneten Ulrich Kelber und Jörg Tauss. Sei in der Computerindustrie doch die Praxis eingerissen, dass an den Schnittstellen zwischen einzelnen Systemen und Lösungen „gerade mithilfe des Patentrechts Marktabschottungsversuche unternommen und Marktzutrittsschwellen für Wettbewerber erhöht werden“. Der Rat verzichtet zudem auf jegliche Definition von Technizität. Ferner soll der Umfang zulässiger Patentansprüche laut dem besonders umstrittenen Artikel 5(2) Rechte auf Computerprogramme als solche sowie auf Programme, die auf einem Datenträger vorliegen, umfassen. Schon die Veröffentlichung einer Software auf einem Server könnte damit als Patentverstoß gewertet werden, ohne dass das entsprechende Programm von einem Computer überhaupt ausgeführt würde. Kritiker sehen daraus Möglichkeiten zur Zensur von Software-Entwicklern erwachsen. Kelber und Tauss etwa fürchten, dass diese so genannten Programmansprüche

allein „zu einer Kriminalisierung von Besitztatbeständen und zur Legitimierung von Durchsetzungsmaßnahmen im Internet“ führen.

4. Zick-Zack-Kurs der Bundesregierung

Eine unrühmliche Rolle beim Festzurren der Ratsposition hat die Bundesregierung gespielt. So hatte Elmar Hucko, Ministerialdirektor im Justizministerium, auf einer Kundgebung von Softwarepatentgegnern in Berlin im Mai 2004 zunächst heftige Bedenken gegen den Richtlinienvorschlag der irischen Ratspräsidentschaft öffentlich zur Sprache gebracht. Er prangerte unter anderem die Tatsache an, dass Patente verstärkt als Strategie zum „Niederknüppeln der Konkurrenz“ missbraucht würden. In der entscheidenden Abstimmung enthielt sich Deutschland allerdings nicht wie von Justizministerin Zypries zuvor angekündigt, sondern verhalf dem Papier nach kosmetischen Veränderungen zum Segen des Ministerrats. Ihr Staatssekretär Hansjörg Geiger hatte dabei nur bewirkt, dass der technische Beitrag einer „computerimplementierten Erfindung“ laut dem Ratspapier nun „neu“ und erfinderisch sein muss – Anforderungen, die das Europäische Patentamt aber bereits generell stellt. Man habe zwar noch zusätzliche Klarstellungspunkte gesehen, erläutert Ministerialdirigent Raimund Lutz: „Wir wollten die Technizität näher definieren“, beteuert der Experte für geistiges Eigentum. „Aber das war im internationalen Bereich nicht vermittelbar.“ In anderen Ländern habe die Sorge vorgeherrscht, dass in der Richtlinie ein zu statischer Begriff festgeschrieben würde, der später nicht an die technische Entwicklung anzupassen sei.

Noch weniger konsequent präsentierte sich das Bundeswirtschaftsministerium. So startete die Behörde Mitte Juli 2004 eine Unternehmensbefragung zum Streitthema Softwarepatente als Teil einer größeren Studie zur Interoperabilität in der IT-Industrie – damals unter großem Zeitdruck, um die Diskussion um die Richtlinie noch mit Zahlen und Fakten zu unterfüttern. Nachdem der Branchenverband Bitkom die kurzfristig anberaumte Umfrage wegen einer vermeintlich tendenziösen Ausrichtung kritisiert hatte, vollzog die Führungsebene des Ressorts allerdings im Herbst einen ungeordneten Rückzug. So entschuldigte sich der damalige Staatssekretär Alfred Tacke in einem Schreiben an den Lobbyverein, dass die Sondierung „zu Missverständnissen und Irritationen über die grundlegende Position der Bundesregierung zum Richtlinienentwurf über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen geführt hat.“ Der Versuch, im Rahmen der Studie „die Wechselbeziehungen zwischen Interoperabilität, Patentschutz und Wettbewerb“ zu untersuchen, werde wohl misslingen, distanzierte sich Tacke vorab von den zu erwartenden Befunden: „Es ist schon jetzt absehbar, dass die Fragebogenaktion keine Resultate bringen wird, die den Anforderungen an wissenschaftlich fundierte Ergebnisse gerecht werden.“ Gleichzeitig untersagte das Wirtschaftsministerium dem beauftragten Professorenteam von der Fachhochschule Gelsenkirchen, die Auswertung der rund 1 300 – statt der zunächst erwarteten 100 – eingegangenen Fragebögen zu veröffentlichen. Ende Oktober sprang daher die Kampagne NoSoftwarePatents.com ein, hinter der die Firmen 1&1, MySQL und Red Hat stehen. Sie bat die Teilnehmer der Umfrage, die Stellungnahmen noch einmal an

sie zu mailen, um eine eigene Auswertung zu ermöglichen und die bereits investierte Arbeit der Unternehmen doch noch mit Ergebnissen zu belohnen.

Während die Bundesregierung sich so weiter hinter das Ratskonstrukt stellt und eine kritische Auseinandersetzung in den eigenen Reihen vermeidet, demonstrierte der Bundestag bei einer ersten Plenardebatte zu Softwarepatenten im Oktober 2004 seltsame Einigkeit. Die CDU zitierte aus Briefen von SPD-Politikern Passagen voller Kritik am Kurs von Justizministerin Zypries, während die Grünen der FDP bestätigten, dass deren Position ihrer eigenen Beschlusslage entspreche. Es gibt zwar Differenzen im Detail. So unterstützen die FDP und die Grünen pauschal den Richtlinienentwurf des Europaparlaments. Die SPD und die Union sehen dagegen leichten Korrekturbedarf bei der Position ihrer Straßburger Kollegen. Strikt ablehnend stehen alle Fraktionen aber der Richtlinienversion des EU-Rats gegenüber. Sollte sie Gesetz werden, sehen die Parlamentarier Wettbewerb und Innovation in der Informationstechnik in Gefahr sowie kleine und mittelständische Software-Entwickler einschließlich Open-Source-Programmierer am Abgrund existenzbedrohender Patentklagen.

5. Erdbeben im System des „geistigen Eigentums“

Jahre der vertieften Auseinandersetzung über die EU-Richtlinie haben bislang allein zu verhärteten Fronten zwischen Softwarepatentbefürwortern und -gegnern geführt. So prallten etwa bei einem „Dialogangebot“, zu dem das Justizministerium und das Deutsche Patent- und Markenamt Ende Oktober 2004 nach München geladen hatten, hochrangige Vertreter beider Lager aufeinander. Dort trauerte Gert Kolle, Hauptdirektor Internationale Angelegenheiten und Patentrecht beim Europäischen Patentamt, den Zeiten hinterher, in denen es rund um Softwarepatente eine „reine Expertendiskussion“ gegeben habe und die Beschwerdekammern seines Amtes die Richtung bestimmt hätten. Mit seiner Aussage, dass ein „Computerprogramm doch per se etwas Technisches ist“, ließ er jenseits allgemeiner Kriterien wie der Höhe oder der Neuheit einer Erfindung kaum Grenzen für die Patentierbarkeit von Algorithmen zu. Sämtliche Versuche, den Begriff der Technik im Rahmen des Brüsseler Gesetzgebungsverfahrens näher zu definieren, verwies er in den Bereich des Unmöglichen: Urteile des Bundesgerichtshofs, die dabei mit dem „Einsatz beherrschbarer Naturkräfte“ oder „mit einem kausal überschaubaren Ergebnis“ hantiert hätten, seien international „nicht zu verkaufen und höhere Philosophie“. Uwe Schriek, Leiter IP-Strategie bei Siemens und Patentanwalt, verteidigte ebenfalls die Arbeit des Ministerrats: Sein Hause leiste den „großen Teil der Wertschöpfung durch 'Embedded'-Software. Da müssen wir unsere Forschung und Entwicklung absichern und uns gegen Wettbewerber absetzen,“ die sonst die Ergebnisse direkt übernehmen könnten. Inakzeptabel an der Parlamentsversion sei in dieser Hinsicht, dass darin eine „industrielle“ Anwendbarkeit einer Erfindung verlangt werde. Dies sei gerade bei Verfahren im Mobilfunkbereich nicht zu leisten.

Allgemein fürchten Konzerne und Anwaltskammern, dass die vom EU-Parlament vorgesehenen Änderungen Erfindungen zu programmtechnisch eingerichteten Steuerungen in wesentlichen technischen Bereichen betreffen. Als Beispiele nennen sie die

Kraftfahrzeugtechnik, die Stormversorgung, die Bildgenerierung für medizinische Anwendungen, die Telekommunikation oder die Umwelttechnik. Was die Patentrechtler besonders beunruhigt, ist aber die Tatsache, dass die Straßburger Abgeordneten erstmals der bisher ungebremsten permanenten Ausdehnung der Rechte an „geistigem Eigentum“ zentnerschwere Hindernisse in den Weg legen wollen. Das ist wirklich unerhört im Sinne der klassischen Novelle, weil einfach neu und ungewohnt. Nur so sind die heftigen Reaktionen von Patentanwälten erklärbar, die von einem „Erdbeben“ im System angesichts der Signalumstellung im Parlament sprechen (Horns 2004).

Softwarepatentgegner saßen während der für die gesamte Debatte typischen Ausführungen der Gegenpartei in München wie auf Kohlen und beklagten die „Sabotage“ im EU-Rat. FFII-Vorstand Hartmut klagte grundsätzlich über den Gebrauch von „Kampfbegriffen wie computerimplementierte Erfindung und geistiges Eigentum“ und deckte juristische Spitzfindigkeiten in der Ratsversion auf, mit denen Programme als solche patentierbar wären. Florian Müller, Manager der Kampagne NoSoftwarePatents.com, untermauerte die Haltung der Softwarepatentgegner: „Nur eine funktionale Einheit von Gerät und Softwaresteuerung darf patentierbar sein“. Noch präzisen Definitionsbedarf sieht auch Wilhelm Hoegner, EDV-Chef der besonders von der künftigen Rechtslage tangierten Stadt München, im Vorschlag des EU-Rates. Andernfalls sähen sich öffentliche Auftraggeber gezwungen, Haftungsklauseln gegenüber potenziellen Softwarepatentstreitigkeiten in Ausschreibungen einzubauen. Das hätte zur Folge, dass „nur noch große Konzerne in der Lage sein werden, den öffentlichen Markt zu bedienen. Dann haben wir wirklich eine Wettbewerbsverzerrung.“

6. Ideenfang

Angesichts der geballten industriellen Marktmacht wird es dem Großteil der europäischen Softwarewirtschaft angst und bange. Im Gegensatz zu den USA ist die Landschaft hier von kleinen und mittelständischen Betrieben geprägt, die ihre Stärke zudem häufig im Bereich freier Software haben. „Aus unserer Sicht ist das Patentsystem anderer Gebiete nicht auf Software übertragbar, ohne dass es an allen Ecken und Enden zu Problemen führt“, vertritt Kampagnenmanager Müller die typische Sichtweise dieses Lagers. Er führt die zu lange Laufzeit, die zu lange Bearbeitungszeit, die in Relation zum eigentlichen Entwicklungsaufwand zu hohen Kosten und die fehlende Nomenklatur, die eine Eingrenzung zu prüfender Patente sinnvoll ermöglicht, als hauptsächliche Einwände an. Da es nicht realistisch wäre, das Patentsystem an die Besonderheiten des Softwaremarktes anzupassen, „sehen wir im Urheberrecht den sinnvolleren Schutz.“ Das Copyright sichert unter anderem, dass Programme nicht ohne weiteres geklont werden dürfen. Es schützt die materiellen Ausführungen einer Idee, nicht diese selbst.

In der Argumentation der Softwarepatentgegner geht es bei dem Brüsseler Vorhaben just darum, Ideen rechtlich einzufangen und damit der Innovation den Garaus zu machen. Für Stallman von der *Free Software Foundation* ist die Bezeichnung Softwarepatent bereits eine Irreführung. Tatsächlich beabsichtige man, Ideen und Konzepte zu schützen, die in Programmen angewendet werden. Monopolrechtlich sanktioniert

würde also nicht eine verbesserte Waschmaschinenteknik, sondern das allgemeine Verfahren „Säubern schmutziger Kleidung“. Softwarepatente seien überaus breit angelegt, sodass jedes Programm von Hunderten von Schutzansprüchen betroffen sei. Um überhaupt noch ihrer Arbeit nachgehen zu können, müssten Software-Entwickler damit künftig fast jeden Schritt von Patentanwälten prüfen lassen – oder sich auf die Gnade der Inhaber der Patentmonopole verlassen.

Ähnlich hat sich der „Verein Freie Software und Bildung“ geäußert. Gemäß seiner Analyse (Heck 2004) sind die allgemeinen Auswirkungen auf die Wissensverarbeitung durch Softwarepatente bislang in der öffentlichen Diskussion untergegangen. Der erweiterte Monopolschutz für Programmcode käme dem Verein zufolge einem Verbot gleich, „ein bestimmtes Wissen im Computer zu verwenden“. Ein solches Patent würde bewirken, dass das erfasste Wissen „von anderen entweder nur noch gegen Lizenzgebühren genutzt werden könnte oder auch gar nicht. Denn dem Patentinhaber steht es frei, dieses Wissen ungenutzt zu lassen: Er kann den Einsatz dieses Wissens verbieten.“ Da der Computer heute aber für alle ein selbstverständliches Denkwerkzeug geworden ist, würden die neuen Patentformen die Wissensverarbeitungsmöglichkeiten aller Individuen, die Freiheit des Denkens und des Forschens und somit auch von der Verfassung gewährte Grundrechte einschränken. Die politische Grundsatzentscheidung, die in Brüssel ansteht, sei somit für die Entwicklung Europas und die Freiheit seiner Individuen von fundamentaler Bedeutung.

„Der Gesetzesvorschlag zu den Softwarepatenten läuft den Interessen der zumeist mittelständischen Softwareunternehmen in Deutschland diametral entgegen“, betont auch Mario Ohoven, Präsident des Bundesverbandes mittelständische Wirtschaft, mit Blick auf den EU-Rat. Er befürchtet, dass Softwareideen „zu einer Art geistiger Sperrzone erklärt werden könnten.“ Eine Ausweitung des Patentrechts auf Software beziehungsweise die Sanktionierung der vom Europäischen Patentamt bereits vergebenen Schutzansprüche würde auch manch größerem Unternehmen wie 1&1 zu schaffen machen. „Heute selbstverständliche Dinge wie E-Mail oder nahezu jeden anderen Dienst im Internet“ sieht Achim Weiss, Entwicklungschef bei dem Netzprovider, beim Durchkommen der Richtlinie „in ihrer jetzigen Verwendung behindert“. Die Branche fürchtet, dass ihr Wachstumsmotor, die rasante Weiterentwicklung der Netztechnik und der auf ihr aufbauenden Dienste auf der Basis offener Standards und durch den freien Austausch von Ideen, abgewürgt wird.

7. Innovationsförderung durch Softwarepatente?

Bezeichnenderweise führen beide Seiten in der öffentlichen Debatte das Schlagwort „Innovation“ im Mund. Doch einen ernsthaften Ökonomen findet man nur schwer, der für den Patentschutz eintrat und ihn als innovationsfördernd beschrieb, ergibt sich aus der wachsenden Zahl der wissenschaftlichen Studien zum Thema. Die große Mehrzahl spricht dem Patentreime eine Innovationsförderung ab und sieht vor allem für die Volkswirtschaft keinen Gewinn daraus erwachsen. Gerade in Softwarepatenten konzentriert sich nach Auffassung des MIT-Innovationsforschers James Bessen und seines Kollegen Robert Hunt von der *Federal Reserve Bank of Philadelphia* das wach-

sende Übel, dass die staatlich gewährten Monopole wettbewerbsfeindlich eingesetzt werden (Bessen und Hunt 2004). Patente auf Computerprogramme und internetbasierte Geschäftsmethoden wie das in den USA gewährte „1-Klick-Patent“ Amazon seien leicht zu erhalten, da sie ohne die Erstellung aufwändiger Prototypen auskämen. Zudem seien sie sehr weit angelegt, da sie keinen physikalischen Beschränkungen unterlägen und sich auf hunderte Passagen in Programmen beziehen könnten.

Nicht nur im Bereich Software, sondern etwa auch bei der Biotechnologie warnen Forscher verstärkt vor einer „Überhitzung“ des Patentsystems. Den Markt just durch immer mehr staatliche Schutzrechte dynamisieren zu wollen, sei ein logischer Fehler. Guter Wettbewerb funktioniere über Qualität und Preis, während die Schlacht zum Aufbau immer weiterer Patentportfolios die intellektuellen Ressourcen an die falschen Prioritäten fessele. So könnte sich mancher Befürworter von Softwarepatenten in der Industrie letztlich selbst Steine in den Weg legen. Aktuelles Beispiel ist die Internet-Telefonie, die die Größten im Markt als lukratives Geschäftsfeld mit dem Potenzial zu weiteren rasanten Kostensenkungen ausgemacht haben: Der innovativen Technik gibt Professor Henning Schulzrinne von der amerikanischen Columbia University in Märkten, in denen Softwarepatente eine gesetzliche Grundlage bekommen, keine Chance. Firmen, die auf einem solchen verminten Gelände tätig werden wollten, bliebe wenig anderes übrig, als zu warten, bis die Schutzrechte ausgelaufen seien. Auch der Fraunhofer-Forscher Knut Blind bestätigt, dass eine „zusätzliche Anreizfunktion“ für mehr Investitionen in die Bereiche Forschung und Entwicklung von Unternehmen durch Patente nicht nachweisbar sei (Krempel 2004b). Stattdessen würden Umfragen auf „steigende Rechtskosten, verunsicherte Innovatoren und Probleme für die formale Standardisierung“ hinweisen.

Die negativen Nebeneffekte des Patentregimes machen sich so zwar gerade im IT-Markt langsam bemerkbar. Microsoft etwa kämpft mit einem weit gestrickten Browserpatent des Start-ups Eolas, das sich auf die Einbindung von Helferapplikationen in den Internet Explorer (und in andere Internet-Navigationswerkzeuge) bezieht, und zahlte 2004 440 Millionen US-Dollar an die inzwischen zu Sony gehörende kalifornische Firma Intertrust, um eine Streitigkeit über ein Patent rund ums Digital Rights Management aus der Welt zu schaffen. Dennoch sehen sich die IT-Giganten mit ihren zigtausend Patenten am längeren Hebel. Mit dem System arrangiert haben sich zudem internationale Player aus Europa wie Nokia oder Siemens. Sie haben dem EU-Rat mit dem Hinweis auf ihre Milliardeninvestitionen in Forschung und Entwicklung klar gemacht, dass sie weiter an der Patentierungsschraube drehen möchten.

Bislang dürfte es in Europa nach dem allgemeinen Verständnis gar keine Softwarepatente geben. Computerprogramme „als solche“ sind gemäß des Europäischen Patentübereinkommens, das die Grundregeln für die Gewährung des 20 Jahre gültigen Monopolschutzes auf Erfindungen auf dem alten Kontinent festlegt, nicht patentierbar. Doch alles ist eine Frage der Definition, befindet das Europäische Patentamt in München seit 20 Jahren und hat so bereits zahlreiche Softwarepatente erteilt. Insgesamt 30 000, argwöhnen die FFII-Aktivisten, die entsprechende Beispiele in einem „Gruselkabinett“ im Web sammeln. Darunter ist auch das berühmt-berüchtigte Patent auf den „Fortschrittsbalken“, das dem Patentweltmeister IBM erteilt wurde. Damit ist

das gängige Verfahren geschützt, das einen Computernutzer etwa beim Installieren eines Programms über den Verlauf der Aktion aufklärt.

Aber beispielsweise auch zahlreiche Standardkomponenten von Webshops sind bereits mit zweifelhaften Patentansprüchen in Europa belegt. Etwa der elektronische Einkaufswagen: Die Rechte an dem simplen Verfahren, im Web zu erstehende Gegenstände zunächst in einer Liste zu sammeln und erst nach dem Rundgang im virtuellen Laden zu bezahlen, hat sich Sun Microsystems gesichert. Sollte ein Webhändler auf die nahe liegende, triviale Idee gekommen sein, gekaufte Waren auch als Geschenke an Dritte zu liefern, befindet er sich prinzipiell mit dem amerikanischen Netzgroßhändler Amazon im Clinch. Dem gehört seit 2003 ein europäisches Patent auf diese Methode. 18 weitere fragliche Schutzansprüche hat FFII in einem gängigen Webshop ausgemacht. Sie reichen vom Link auf ein größeres Produktfoto bis zum Verkauf von Gegenständen über ein Netzwerk an sich. „Problematisch an Softwarepatenten ist die vielfach geringe Erfindungshöhe“, erläutert Joachim Henkel vom Institut für Innovationsforschung der Ludwig-Maximilian-Universität München. Durch die Vielzahl zum Teil offensichtlicher Patente entsteht außerdem eine hohe Unsicherheit. Es wird schwieriger festzustellen, ob ein Computerprogramm irgendein bestehendes (oder gar ein angemeldetes und noch nicht erteiltes) Patent verletzt. Umgekehrt schütze ein kleines Unternehmen ein eigenes Patent nur begrenzt vor Verletzungen desselben durch größere Wettbewerber, da diese im Zweifel bessere Anwälte und stärkeren finanziellen Rückhalt hätten.

Angesichts des zähen Ringens um die Richtlinie und der so gut wie nicht vorhandenen „Kompromissbereitschaft“ zwischen den großen Lagern stellt sich letztlich die Frage, ob Europa ein übergreifendes Softwarepatentgesetz aus Brüssel überhaupt benötigt. Karl-Friedrich Lenz, Europarechtler an der University Aoyama Gakuin in Tokyo, warf der EU-Kommission bereits 2002 angesichts der Vorlage ihres Richtlinienvorschlages vor, einen Kropf erzeugt zu haben. Seine Argumentation: Wenn der „einheitliche Text“ des Patentübereinkommens nicht verändert und an den grundsätzlichen Patentierungsregeln nichts verändert werden solle, wie von der Kommission behauptet, würde jede „Harmonisierung“ in den Mitgliedsstaaten, die sich eh dem Europäischen Patentübereinkommen angeschlossen haben, nur „weitere Verwirrung stiften“. Sollte das Richtlinienprojekt scheitern, würden in Deutschland weiter letztlich das Bundespatentgericht und der Bundesgerichtshof die Grenzen der Patentierbarkeit von Software festsetzen. Softwarepatentgegner hätten zwar prinzipiell eine klärende Richtlinie entlang der Vorgaben des Europaparlaments lieber, sehen diese Alternative aber auch nicht als die schlechteste an: Zumindest ist die Rechtsprechung noch nicht gefestigt und es könnten sich weitere Möglichkeiten ergeben, auf diesem Weg über die Gerichte das Problem der ungewollten Trivialpatente in den Griff zu kriegen.

Literaturverzeichnis

- Bessen, J. und Hunt, R. M. (2004), 'An empirical look at software patents', <http://www.researchoninnovation.org/> . <http://www.researchoninnovation.org/swpat.pdf> [17.12.2004].
- Blasum, H. (2004), 'Patentrecherche Linux-Basisclient München', *Foundation for a Free Information Infrastructure* . <http://www.ffii.org/~blasum/basisclient/swpatmuc.pdf> [17.12.2004].
- Evers, M. und Traufetter, G. (2004), 'Lauf übers Mienenfeld', *Der Spiegel* **33**.
- Heck, H.-J. (2004), '“Software“patente? – Eine Analyse', *Freie Software und Bildung e.V.* . <http://fsub.schule.de/freie/3freie-index-swp.htm> [17.12.2004].
- Horns, A. H. (2004), 'BLOG@IP::JUR', *ipjur.com* . http://www.ipjur.com/2003_09_01_archive.php3 [17.12.2004].
- Krempf, S. (2004a), 'Gefahr für den Mittelstand', *c't magazin für computertechnik* **12**, S. 60 ff.
- Krempf, S. (2004b), 'Open Source wird sterben, wenn Softwarepatente kommen', *heise newsticker* . <http://www.heise.de/newsticker/meldung/51217> [17.12.2004].
- Osterloh, M., Rotha, S. und Kuster, B. (2004), 'Open-Source-Softwareproduktion: Ein neues Innovationsmodell?', in R. Gehring und B. Lutterbeck (Hrsg.), 'Open Source Jahrbuch 2004', Lehmann, Berlin, S. 277 ff.
- Ravicher, D. (2004), 'OSRM POSITION PAPER: Mitigating Linux Patent Risk', *Open Source Risk Management* . http://www.osriskmanagement.com/pdf_articles/linuxpatentpaper.pdf [17.12.2004].
- Sedlmaier, R. und Gegerich, J. (2004), 'Rechtliche Bedingungen und Risiken der Landeshauptstadt München für den Einsatz von Open-Source Software', <http://www.ris-muenchen.de/RII/index.jsp> . <http://www.ris-muenchen.de/RII/RII/DOK/SITZUNGSVORLAGE/517379.pdf> [17.12.2004].
- Ude, C. (2004), 'Open Source – München fordert Klarheit', *www.muenchen.de* . http://www.muenchen.de/vip8/prod2/mde/_de/rubriken/Rathaus/40_dir/presse/2004/pressemitteilungen/linux_pressepapier.pdf [17.12.2004].
- Wiebe, A. (2004), 'Patentschutz und Softwareentwicklung - ein unüberbrückbarer Gegensatz?', in R. Gehring und B. Lutterbeck (Hrsg.), 'Open Source Jahrbuch 2004', Lehmann, Berlin, S. 121 ff.