

Prof. Dr. Thomas Hoeren und Jan Spittka*

Patentschutz für Software - zum Streit über die Richtlinie über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen

A. Einleitung

Anfang 2002 hat die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen in das europäische Gesetzgebungsverfahren eingebracht. Seitdem ist dieser, auch als Softwarepatentrichtlinie bezeichneter Entwurf Gegenstand einer kontrovers geführten Debatte. Warum ist diese Richtlinie in Europa so umstritten? In den Vereinigten Staaten ist die Patentierbarkeit von Software spätestens seit der Entscheidung *State Street Bank v. Signature*¹ aus dem Jahr 1998 anerkannt und auch das Europäische Patentamt (EPA) hat seit 1978 ca. 20.000 bis 30.000 Softwarepatente vergeben.² Das Problem ist, dass sowohl auf europäischer, als auch auf deutscher Ebene ein Patentschutz für Computerprogramme durch Art. 52 II lit. c, III EPÜ und § 1 II Nr. 3, III PatG explizit ausgeschlossen ist. Bei der Untersuchung dieser Problematik muss zuerst auf die Frage eingegangen werden, worum es sich bei computerimplementierten Erfindungen eigentlich handelt. Des Weiteren wird die Entwicklung der Richtlinie im europäischen Gesetzgebungsverfahren betrachtet und abschließend auf die Argumente der Befürworter und Gegner von Softwarepatenten eingegangen.

B. Was sind computerimplementierte Erfindungen?

Bei einem Softwarepatent handelt es sich um ein Patent auf eine Methode zur Programmierung eines Computers, eine allgemein gültige Definition hat sich bis jetzt noch nicht durchgesetzt.³ Traditionell beziehen sich Patente auf technische Erfindungen, also auf Lösungen von Problemen, deren Gültigkeit anhand von Experimenten mit Naturkräften überprüfbar ist.⁴ Demgegenüber beziehen sich Softwarepatente auf Ideen, deren Wirksamkeit nur durch logische Schlussfolgerung bewiesen werden kann. Für die Abgrenzung zwischen Patent- und Urheberrecht gilt grundsätzlich, das Patentrecht schützt technische Erfindungen, das Urheberrecht gestalterische Schöpfung basierend auf Ideen, einschließlich Software, § 2 I Nr. 1 UrhG. In die Grauzone zwischen dem klassischen Patent und dem Softwarepatent fallen Abläufe bei denen die traditionelle mechanische, hydraulische, pneumatische oder elektronische Steuerung durch ein Computerprogramm ersetzt wird. Hierbei handelt es sich um sog. computerimplementierte Erfindungen.⁵ Beispielsweise kann man bei einer PKW-Motorsteuerung den optimalen Zündzeitpunkt mechanisch durch eine „Unterdruckdose“ festlegen, indem eine Membran

vom Unterdruck im Vergaser beeinflusst wird. Bei einer modernen elektronischen Zündung wird der Druck einfach gemessen und der Zündzeitpunkt von einem Computerprogramm berechnet und festgelegt.⁶

Das zentrale Prüfungselement bei der Frage ob eine computerimplementierte Erfindung vorliegt, ist die Technizität. Danach sind laut BGH, dem Patentschutz Lehren zum planmäßigen Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur Erreichung eines kausal übersehbaren Erfolgs zugänglich.⁷ Auf europäischer Ebene ist gem. dem EPÜ eine Patentierung lediglich in den Fällen zugelassen, in denen die Erfindung einen Beitrag zum Stand der Technik auf einem vom Patentschutz nicht ausgeschlossenen Gebiet erbringt.⁸ Das Problem ist, dass schon Software in Verbindung mit dem Computer auf dem sie läuft als technische Einheit gesehen werden kann. Demnach verbirgt sich hinter dem Begriff „computerimplementierte Erfindung“ je nach Auslegung entweder ein durch ein Computerprogramm gesteuerte Prozess, einer Maschine, der durch Naturkräfte überprüft werden kann, oder aber ein von einem Computer ausgeführtes Computerprogramm.

C. Entwicklung der Richtlinie im Gesetzgebungsverfahren

Obwohl sich die Softwarepatentrichtlinie noch im Gesetzgebungsverfahren befindet hat sie bereits eine bemerkenswerte Entstehungsgeschichte hinter sich. Begonnen hat die Entwicklung am 24. Juni 1997 mit einem sogenannten Grünbuch der Europäischen Kommission.⁹ Aufgrund steigenden Drucks seitens der Öffent-

* Prof. Dr. Thomas Hoeren ist Professor für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Zivilprozessrecht und Rechtsinformatik und geschäftsführender Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) - zivilrechtliche Abteilung an der WWU Münster und Richter am OLG Düsseldorf.

Jan Spittka ist studentische Hilfskraft am ITM.

1 GRUR int. 1999, 633 ff.

2 Vgl. <http://swpat.ffii.org/patente/zahlen/>.

3 *Busche*, Patentschutz für Computerimplementierte Erfindungen, 2 f.

4 <http://de.wikipedia.org/wiki/Softwarepatent>.

5 <http://de.wikipedia.org/wiki/Softwarepatent>.

6 Vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Softwarepatent>.

7 BGHZ 144, 282.

8 EPA in Abl. EPA 1990, 384; Abl. EPA 1995, 305; GRUR int. 199, 1053.

9 Europäische Kommission, Förderung der Innovation durch Patente – Grünbuch über das Gemeinschaftspatent und das Patentschutzsystem in Europa vom 24. Juni 1997. (URL: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/patent/patde.pdf).

lichkeit sah sich die Kommission veranlasst am 19. Oktober 2000, ein Sondierungspapier der Dienststellen der Direktion Binnenmarkt mit einem Aufruf zur Stellungnahme zu veröffentlichen.¹⁰ Infolge des Aufrufes gingen 1.447 Antworten ein,¹¹ woraufhin die Kommission das Privatunternehmen PbT Consultings mit der Auswertung der Stellungnahmen beauftragte. Am 24. Juli 2004 wurde der Kommission die Ausarbeitung übergeben.

I. Vorschlag der Europäischen Kommission

Nach dieser Vorbereitungsphase legte die Europäische Kommission am 20. Februar 2002 den „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen“¹² (RL-Kom.) vor. Der Entwurf wird im Verfahren der Mitentscheidung gem. Art. 251 EGV behandelt.

Das Ziel der Richtlinie war es, die bisherige Rechtsprechungspraxis des EPA festzuschreiben und die Rechts- und Verwaltungspraxis in den einzelnen Mitgliedsstaaten zu harmonisieren.¹³ Gem. Art. 2 lit. a RL-Kom. ist eine computerimplementierte Erfindung jede Erfindung, zu deren Ausführung ein Computer, ein Computernetz oder eine sonstige programmierbare Vorrichtung eingesetzt wird und auf den ersten Blick mindestens ein neuartiges Merkmal aufweist, das ganz oder teilweise mit einem oder mehreren Computerprogrammen realisiert wird. Der „technische Beitrag wird in Art. 2 lit. b RL-Kom. als ein Beitrag zum Stand der Technik auf einem Gebiet der Technik, der für eine fachkundige Person nicht naheliegend ist definiert.

Die Voraussetzungen der Patentierbarkeit werden in Art. 4 RL-Kom. festgelegt. Danach ist eine computerimplementierte Erfindung patentierbar, wenn sie *gewerblich anwendbar* und *neu* ist und *auf einer erfinderischen Tätigkeit beruht*, Art. 4 I RL-Kom. und *die Erfindung einen technischen Beitrag leistet*, Art. 4 II RL-Kom. Bei der Beurteilung des technischen Beitrags wird gem. Art. 4 III RL-Kom. darauf abgestellt, *inwieweit sich der Gegenstand des Patentanspruchs in seiner Gesamtheit, der sowohl technische als auch nichttechnische Merkmale umfassen kann, vom Stand der Technik abhebt*.

II. Vorschlag des Europäischen Parlaments

Nachdem die Europäische Kommission den Entwurf vorgelegt hat, hat sich das Europäische Parlament (EP) seit Anfang 2003 damit beschäftigt. Nachdem der Bericht in drei unterschiedlichen Ausschüssen behandelt worden war, wurde deren Stellungnahmen am 18. Juni 2003 in dem Bericht des Ausschusses für Recht und Binnenmarkt veröffentlicht.¹⁴

Am 24. September 2003 verabschiedete das EP den Kommissionsvorschlag, allerdings in einer stark abgeänderten Form (RL-EP).¹⁵ Im Rahmen der ersten Lesung wurden von 129 eingereichten Änderungsanträgen 64 angenommen.

Die RL-EP stimmt mit der RL-Kom. insofern überein, dass eine computerimplementierte Erfindung *gewerblich*

anwendbar und *neu* sein muss und *auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen muss*. Die RL-EP unterscheidet sich jedoch von der RL-Kom. bei der Methode zur Bestimmung des technischen Beitrags (Art. 4 III RL-EP) und bezüglich des Ausschlusses bestimmter technischer Effekte (Art. 5 RL-EP).

1. Methode zur Bestimmung des technischen Beitrags

Gem. Art. 4 III RL-EP muss bei der Ermittlung des *signifikanten Ausmaßes* des technischen Beitrags beurteilt werden, inwieweit sich *alle technischen Merkmale, die der Gegenstand des Patentanspruchs in seiner Gesamtheit aufweist*, vom Stand der Technik *abheben, unabhängig davon, ob neben diesen Merkmalen nicht-technische Merkmale gegeben sind*.

Laut Art. 4 IV RL-EP soll bei der Prüfung, ob eine gegebene computerimplementierte Erfindung einen technischen Beitrag leistet festgestellt werden, *ob sie eine neue Lehre über die Beziehung zwischen Ursache und Wirkung in der Nutzung kontrollierbarer Kräfte der Natur darstellt und ob sie sowohl im Hinblick auf die Methode, als auch auf das Ergebnis eine industrielle Anwendung im engeren Sinne dieses Ausdrucks hat*. Industrie im engeren Sinne bedeutet gem. Art. 2 lit. d „die automatisierte Herstellung von Güter(n)“

Des Weiteren wird in Art. 4 III RL-EP festgelegt, dass bei der Ermittlung des technischen Beitrags nur die technischen Merkmale des Patentanspruchs einzubeziehen sind.

2. Ausschluss von der Patentierbarkeit

Neben den Spezifikationen zur Feststellung des technischen Beitrags legt Art. 5 RL-EP fest, dass bei compute-

10 Europäische Kommission, Die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen - Sondierungspapier der Dienststellen der Generaldirektion Binnenmarkt vom 19. Oktober 2000 (URL: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/comp/softde.pdf).

11 Europäische Kommission, Antworten auf das Sondierungspapier betreffend die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen. (URL: http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/indprop/comp/softreplies.htm).

12 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen vom 20. Februar 2002 – Richtlinienvorschlag der Kommission (RLVK). (URL: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/comp/com02-92de.pdf).

13 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen vom 20. Februar 2002, 2 f.

14 Bericht vom 18. Juni 2003 (KOM(2002)92- C5-0082-2002/0047 (COD)- A5-0238/2003).

15 Europäisches Parlament, Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung am 24. September 2003 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen – Richtlinienvorschlag des Parlaments (RLVP). (URL: [http://www.fjii.org.pl/zasoby/P5 TA\(2003\)0402.pdf](http://www.fjii.org.pl/zasoby/P5 TA(2003)0402.pdf)).

rimplementierten Erfindungen wird nicht schon deshalb von einem technischen Beitrag ausgegangen, weil zu ihrer Ausführung ein Computer, ein Computernetz oder eine sonstige programmierbare Vorrichtung eingesetzt wird. Folglich sind Erfindungen, zu deren Ausführung ein Computerprogramm eingesetzt wird und durch die Geschäftsmethoden, mathematische oder andere Methoden angewendet werden, nicht patentfähig, wenn sie über die normalen physikalischen Interaktionen zwischen einem Programm und dem Computer, Computernetzwerk oder einer sonstigen programmierbaren Vorrichtung, in der es abgespielt wird, keine technischen Wirkungen erzeugen.

Letztlich besagt Art. 6 RL-EP, dass *computerimplementierte Lösungen technischer Probleme nicht allein deshalb als patentfähige Erfindungen angesehen werden, weil sie Einsparungen von Ressourcen innerhalb des Datenverarbeitungssystems ermöglichen.*

3. Auswirkungen der Parlamentsrichtlinie

Die RL-EP stellt gegenüber der RL-Kom. eine deutliche Einschränkung der Patentierbarkeit von computerimplementierten Erfindungen dar. Laut RL-EP muss der technische Beitrag der Erfindung neu und erfinderisch sein, die Patentierbarkeit von Computerprogrammen wird auf die automatisierte Produktion materieller Güter beschränkt, wodurch ein großer Teil der Datenverarbeitung für den Patentschutz gesperrt werden würde. Außerdem gibt es weitreichende Ausschlussklauseln.

III. Richtlinienvorschlag des EU-Rates

Am 24. Mai 2004 hat der Rat der Europäischen Union (Wettbewerbsfähigkeitsrat) sich erneut mit dem Richtlinienvorschlag befasst und einen neuen Vorschlag beschlossen (RL-Rat).¹⁶ Der Richtlinienentwurf wurde nach den Änderungen durch das EP wieder weitestgehend auf die Fassung der Kommission zurückgeführt.

Gem. Art. 4 RL-Rat müssen computerimplementierte Erfindungen neu sein, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sein. Um das Kriterium der erfinderischen Tätigkeit zu erfüllen, müssen computerimplementierte Erfindungen einen technischen Beitrag leisten.

Bei der Bestimmung des technischen Beitrags wird gem. Art. 2 lit. b RL-Rat wiederum darauf abgestellt, dass er neu und für eine fachkundige Person nicht naheliegend ist. Des Weiteren ist zu beurteilen, inwieweit sich der Gegenstand des Patentanspruchs in seiner Gesamtheit, der technischen Merkmale umfassen muss, die ihrerseits mit nichttechnischen Merkmalen versehen sein können, vom Stand der Technik abhebt.

Art. 4 a RL-Rat enthält Ausschlüsse, inwiefern Computerprogramme keinen Patentschutz erlangen können. Gem. Art. 4 a I RL-Rat kann ein *Computerprogramm als solches* grds. keine patentierbare Erfindung darstellen. In Art. 4 a II wird dies noch spezifiziert. Demnach darf nicht schon von einem technischen Beitrag ausgegangen werden, nur zur Ausführung des Programms

ein Computer, ein Computernetz oder eine sonstige programmierbare Vorrichtung eingesetzt wird. Folglich sind Erfindungen, zu deren Ausführung ein Computerprogramm, sei es als Quellcode, als Objektcode oder in anderer Form ausgedrückt, eingesetzt wird und durch die Geschäftsmethoden, mathematische oder anderer Methoden angewendet werden, nicht patentfähig, wenn sie über die normalen physikalischen Interaktion zwischen einem Programm und dem Computer, Computernetzwerk oder einer sonstigen programmierbaren Vorrichtung, in der es abgespielt wird, keine technischen Wirkungen zeigt.

Durch die Definition des technischen Beitrags soll sichergestellt werden, dass der Zugang zum Patentschutz von der planmäßigen Benutzung von außerhalb der menschlichen Geistestätigkeit liegender Naturkräfte liegt.

IV. Weitere Entwicklung

Nach den Änderungen durch den Europäischen Rat wurde die Verabschiedung des Entwurfs zunächst auf den 24. September 2004 festgesetzt, dann jedoch auf den November verschoben. Auch dieser Termin wurde nicht eingehalten, erst am 7. März 2005 hat der Rat den Richtlinienentwurf, ohne weitere Diskussion verabschiedet.

Nun muss der Entwurf vom EP in zweiter Lesung bearbeitet werden, wobei es einer qualifizierten Mehrheit, also die Mehrheit aller Parlamentsmitglieder, bedarf um erneut Änderungen durchzusetzen.

D. Parteien und Argumente

Wie schon die Kontroversen im europäischen Gesetzgebungsverfahren gezeigt haben handelt es sich bei dem Thema Softwarepatente um eine äußerst umstrittene Materie. Aus diesem Grund muss man sich anschauen, wer die Befürworter und Gegner von Softwarepatenten sind und welche Argumente sie ins Feld führen.

I. Befürworter

Zu den Befürwortern von Softwarepatenten zählen zunächst große Softwareunternehmen wie IBM, Unisys oder Microsoft. Daneben wird eine entsprechende Richtlinie von Patentanwälten und den Patentämter begrüßt und gefördert.¹⁷

Von den Befürwortern wird aufgeführt, dass auch Erfindungen auf dem Gebiet der Softwareindustrie For-

16 Rat der Europäischen Union, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen, Politische Einigung über den gemeinsamen Standpunkt des Rats vom 24. Mai 2004 - Richtlinienvorschlag des Rats.

17 Uli Sommer, Einführung zum Thema Softwarepatente (<http://www.ulissommer.de/computer/swp-begriffe.htm>).

schung und dementsprechend Investitionen erfordern.¹⁸ Nach dem Weltbankbericht „Knowledge of Development“ aus dem Jahr 1999 ist geistiges Eigentum inzwischen zum wichtigsten Produktionsfaktor aller großen Wirtschaftsnationen geworden. Auf dieser Grundlage wird argumentiert, dass der „Erfinder“ durch ein Patent ein Monopol auf Zeit haben sollte um seine Erfindung auch zu Verwerten.¹⁹ Ein befristetes Ausschließlichkeitsrecht bietet dem Entwickler die Möglichkeit Einkommen zu erzielen und stellt somit wiederum einen Anreiz für Investitionen in Forschung und Entwicklung dar. Des Weiteren können diese Patente auch als Sicherheiten für Darlehen oder als Verhandlungsmasse beim Erwerb von Technologielizenzen Dritter dienen.²⁰ Als Beispiel für die Notwendigkeit von Patenten auf computerimplementierte Erfindungen wird die Firma Xerox angeführt, welche die graphische Oberfläche entwickelt hat, jedoch diese „Erfindung“ nicht effektiv finanziell verwerten konnte, da die Idee sofort von anderen Herstellern aufgegriffen wurde und diese dann damit Gewinn machten.²¹ Weiterhin wird auf den über 100-jährigen Erfolg der Industriepatente verwiesen. Kleine und mittelständische Unternehmen können durch einen Patentschutz ihrer Produkte immer wieder verhindern, dass finanzstarke Konkurrenten eine Kopie der Produkte solange zu niedrigen Preisen auf den Markt bringen, bis das Unternehmen des Erfinders dem Verdrängungswettbewerb finanziell nicht mehr standhalten kann.²² Gerade von der Kommission wird aufgeführt, dass europäische Unternehmen starke Nachteile im internationalen Wettbewerb gegenüber Firmen aus den USA und Japan erleiden, da sich diese schon einen Großteil von den 20.000 – 30.000 Softwarepatenten in Europa gesichert haben,²³ es aber für europäische Firmen ungleich schwerer sei, in anderen Ländern Patentschutz zu erlangen.²⁴

Außerdem hält die Bundesjustizministerin Brigitte Zypis (SPD) die Gefahr für kleine und mittelständische Unternehmen durch zufällige Patentverletzungen in Patentprozesse verwickelt zu werden für sehr gering: „Grundsätzlich gilt mal: Wenn er [der Programmierer] nicht abschreibt, ist die Gefahr sehr gering, dass er fremde Rechte verletzt. Um sicherzugehen, gibt's übrigens die kostenlose Möglichkeit, in den Datenbanken des Patentamtes nach dem Stand der Technik zu recherchieren.“²⁵

Außerdem wird weiter argumentiert, dass gerade das Erfordernis des technischen Beitrags in der RL-Rat einen Missbrauch von Patenten auf computerimplementierte Erfindungen verhindere. Durch die gesetzliche Festschreibung, dass jede computerimplementierte Erfindung einen technischen Beitrag leisten muss, um dem Patentschutz zugänglich zu sein, wird erreicht, dass Patentschutz technischen Erfindungen vorbehalten bleibt, da gerade das Kriterium des Technischen von der planmäßigen Benutzung von außerhalb der menschlichen Verstandestätigkeit liegenden Naturkräften abhängig ist.²⁶

Letztlich soll auch die Öffentlichkeit von dem Patentschutz profitieren. Zur Erlangung eines Patentbesitzes ist es notwendig, dass möglichst viel von der Funktionsweise

einer Erfindung beim Patentamt offengelegt wird. Daher dienen Softwarepatente auch der Informationsgewinnung und als Anregung für eigene, neue Entwicklungen.²⁷

II. Gegner

Zu den Gegnern der Softwarepatentrichtlinie gehören vor allem die Entwickler von freier Software, die sog. Open-Source Community, zu deren wohl bekanntesten Mitgliedern wiederum die Entwickler des Betriebssystems Linux gehören. Sie befürchten starke Einschränkungen ihrer Entwicklungstätigkeit durch die Richtlinie. Ebenso haben kleiner und mittlere Softwareunternehmen Angst davor, dass sie durch die Softwarepatentrichtlinie einen Wettbewerbsnachteil gegenüber ihrer Konkurrenz, den großen Softwarekonzernen, erleiden.²⁸ Die Gegner der Softwarepatentrichtlinie führen ins Feld, dass Software im Gegensatz zu industriellen Erfindungen keinen technischen Charakter hat sondern ein reines geistiges Werk ist, reine Logik, welche nur durch das Urheberrecht geschützt werden könne, zumal die Voraussetzungen der Technizität bei Software nur sehr schwer nachzuvollziehen seien.²⁹ Eine Ausweitung der Patentierbarkeit auf den Bereich von Software ohne die Einschränkungen des Urheberrechts wird für äußerst problematisch gehalten. Ohne Softwarepatente hat der Urheber Rechtssicherheit, dass er mit der von ihm geschriebenen Software machen kann, was er will, zB veröffentlichen, lizenzieren usw. Mit Softwarepatenten wird befürchtet, dass sich nun eine Rechtsunsicherheit ergeben könnte, weil Software aus vielen Teil-Algorithmen bestehe und aufgrund dieser Komplexität die Gefahr groß wäre, beim schreiben der Software ein fremdes Patent zu verletzen. Daher werde der ganze Urheberrechtsschutz, den Software genießt nicht verstärkt, sondern auf eine unsichere Grundlage gestellt.³⁰

Eine weitere Befürchtung der Richtliniengegner ist, dass sich Monopolisten eine überlegene Marktpositi-

18 RL-Kom., 2.

19 http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/indprop/comp/02-32.htm.

20 http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/indprop/comp/02-32.htm.

21 <http://de.wikipedia.org/wiki/Softwarepatent>.

22 <http://de.wikipedia.org/wiki/Softwarepatent>.

23 Siehe <http://swpat.ffii.org/patente/zahlen/invland.png>.

24 RL-Kom., 5f.

25 Brigitte Zypis bei [heise.de](http://www.heise.de/chat/archiv/04/05/28/archiv.shtml) am 28.05.2004 (<http://www.heise.de/chat/archiv/04/05/28/archiv.shtml>).

26 *Sendlemaier/Gingerich*, Rechtliche Bedingungen und Risiken der Landeshauptstadt München für den Einsatz von Open-Source Software (<http://www.ris-muenchen.de/RII/RII/DOK/SITZUNGSVORLAGE/517379.pdf>).

27 *Fuchs*, Ansätze für einen Interessenausgleich im Softwarepatentrecht (<http://tfuchs.lexetius.com/2004-06-10.pdf>).

28 *Uli Sommer*, Einführung zum Thema Softwarepatente (<http://www.ulisommer.de/computer/swp-begriffe.htm>).

29 *Uli Sommer*, Einführung zum Thema Softwarepatente (<http://www.ulisommer.de/computer/swp-begriffe.htm>).

30 <http://de.wikipedia.org/wiki/Softwarepatent>.

on durch Kreuzlizenzierung verschaffen und Patente kleinerer Firmen einfach ignorieren und verletzen, bis diese die Kosten für die gerichtliche Durchsetzung ihrer Rechte nicht mehr tragen können.³¹ Patentprozesse sind in der Regel sehr kostenintensiv, da auf jeder Seite mindestens ein Rechtsanwalt und ein Patentanwalt beteiligt sind, die meist nach Stunden, mindestens aber nach den gesetzlichen Gebühren abrechnen.³² Zum einen sei die Vermeidung von Patentverletzung durch Patentrecherche zeitaufwendig und teuer und somit von in der Praxis für kleinere Unternehmen und Freiberufler so gut wie unmöglich, zum anderen würde für kleine und mittlere Unternehmen ohne starken finanziellen Background die wirtschaftliche Betätigung erheblich erschwert.³³ Da mit Patenten auch Exklusivrechte einhergehen, könnte sich allein schon der Zugang zu notwendigen Lizenzen für diese Unternehmen als Hindernis darstellen.

Die Programmierer von Open-Source Software würden auf mehrere Art und Weisen Wettbewerbsnachteile erleiden. Sie würden Gefahr laufen bei der Programmierung ihrer Software Patente zu verletzen und in Prozesse verwickelt zu werden. Die Entwicklung könnte andererseits auch das Zahlen von hohen Lizenzgebühren an Patentinhaber zur Folge haben. Letztendlich wür-

den Softwarepatente im Widerspruch zur Idee freier Software stehen, da die typische frühzeitige Veröffentlichung einer „Erfindung“ sie als Stand der Technik ausschließt den Entwicklern auf diese Weise den Patentsanspruch nimmt und sie somit anderen Inhabern von Lizenzen ohne Tauschware gegenüberstehen würden.³⁴ Die Weiterentwicklung von Open-Source-Software wie dem Betriebssystem Linux sei daher stark gefährdet. Eine solche Verzerrung der Wettbewerbsposition zu Ungunsten der Open-Source Entwickler solle die EU eigentlich verhindern.

Des Weiteren fehle immer noch der Nachweis für die Notwendigkeit oder positive Wirkung von Softwarepatenten auf die Volkswirtschaft, gerade die Softwarebranche habe sich in den letzten Jahrzehnten auch ohne Patente hervorragend entwickelt.³⁵

31 Uli Sommer, Einführung zum Thema Softwarepatente (<http://www.ulisommer.de/computer/swp-begriffe.htm>).

32 Sendlemaier/Gingerich, Rechtliche Bedingungen und Risiken der Landeshauptstadt München für den Einsatz von Open-Source Software, 36 (<http://www.ris-muenchen.de/RII/RII-DOK/SITZUNGSVORLAGE/517379.pdf>).

33 <http://de.wikipedia.org/wiki/Softwarepatent>.

34 <http://de.wikipedia.org/wiki/Softwarepatent>.

35 <http://de.wikipedia.org/wiki/Softwarepatent>.

Christian Steinweg*

Des Kaisers neue Kleider

A. Bindung der Staatsanwaltschaft an Präjudizien

Die Pflicht der Staatsanwaltschaft zur Erhebung der öffentlichen Klage gemäß § 170 I StPO setzt voraus, dass eine bestimmte Verhaltensweise, sollte sie sich beweisen lassen, eine verfolgbare strafbare Handlung beinhaltet. Die Ungewissheit, die dem genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage nach § 170 I StPO ebenso wie dem hinreichenden Tatverdacht nach § 202 StPO innewohnt, bezieht sich ausschließlich auf die Tatfrage, ob der Beschuldigte in bestimmter Weise gehandelt hat, nicht auch auf die Rechtsfrage, ob ein etwaiges Verhalten strafbar ist.¹ Die Strafbarkeit muss die Staatsanwaltschaft mithin nicht nur summarisch, sondern zur Gewissheit durchprüfen.

In der Strafrechtslehre lebhaft umstritten ist, ob die Staatsanwaltschaft in Beantwortung dieser Rechtsfrage an Präjudizien gebunden ist. Für eine solche Bindung werden gewichtige Argumente vorgetragen, etwa aus dem Legalitätsprinzip nach § 152 II StPO², aus der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung³ und aus der rechtsstaatliche Grundsatz der Gewaltenteilung gemäß Art. 20 II, 28 I 1 GG.⁴ Gegen eine Bindung soll beispielsweise die institutionelle Selbständigkeit der Staatsanwaltschaft gegenüber dem Gericht nach § 150 GVG⁵

sprechen, für die zT auch wieder das Rechtsstaatsprinzip herhalten muss.⁶

Ein Punkt, der entscheidende Punkt, wird in der Diskussion indessen vernachlässigt. Bevor untersucht werden kann, ob die Voraussetzungen einer Bindung der Staatsanwaltschaft an Präjudizien gegeben sind, sind die Folgen zu ermitteln, die eine solche Bindung nach sich zöge. Das in der Strafrechtslehre praktizierte Vorgehen lässt offen, welche Bedeutung einer etwaigen Bindung der Staatsanwaltschaft an Präjudizien zukommt, mithin den Gegenstand dessen, worum gestritten wird.

* Der Autor ist Rechtsreferendar in Kiel.

1 Die Unterscheidung zwischen Tatfragen und Rechtsfragen ist für die gesamte Rechtsordnung fundamental und äußert sich im Strafrecht beispielsweise in der Unanwendbarkeit der Unschuldsumutung (§ 261 StPO, Art. 6 II EMRK) auf Auslegungsfragen.

2 So wohl BGHSt. 15, 155 (158 f.). Deziert *Dünnebieber*, JZ 1961, 312 (313 f.), mit der waghalsigen These, die Geltung eines Rechtssatzes hänge von der Anerkennung durch die Rechtsprechung ab.

3 BGHSt. 15, 155 (158 f.); *Lüttger*, GA 57, 193 (211 f.). Im Ergebnis auch *Meyer-Gofner*, StPO, 46. Aufl., Vor § 141 GVG Rn. 11.

4 *Krey/Pohl*, JA 1985, 60 (65).

5 So insbesondere *Roxin*, DRiZ 1969, 385 (387); 1997, 109.

6 *Schmidt*, MDR 1961, 269 (271).