

b) Zu den bedeutsamen Fragen der *Informationsorganisation* gehört auch, unter welchen Voraussetzungen Daten überhaupt automatisiert verarbeitet werden sollen. Daß nicht alle Aufgaben automatisierbar sind, wird inzwischen weithin anerkannt. Nach der ursprünglichen Computerbegeisterung ist auch die Verwaltung in eine Phase des Nachdenkens eingetreten, teilweise auch deshalb, weil man der Informationsflut nicht mehr Herr wurde und die Dateien „verschmutzten“. „Informationspolitik“ und „Informationsmanagement“, von Autoren wie Klaus Lenk<sup>34</sup> seit langem propagiert, werden zunehmend als notwendig empfunden<sup>35</sup>. Das unreflektierte Vertrauen in die Problemlösungskapazität von Informationstechnik weicht einer nüchternen Einschätzung von Chancen und Risiken. Auch hier wird aus Verwaltungspraxis und wirtschaftlichen Geboten allmählich neues Recht entstehen.

c) Eine Gestaltungsaufgabe von großen Ausmaßen ist ferner im Bereich der *Informationsversorgung* gestellt. Der schlichte Grundsatz, jedem möglichst viel Information zur Verfügung zu stellen, bedarf der Umsetzung, sobald die Informationen nicht für jedermann ohne Hilfsmittel frei rezipierbar sind. Dabei geht es z. T. um starke ökonomische Interessen. Wer in diesem Interessenkonflikt gegen die Seite Stellung bezieht, die sich für die Einführung bestimmter Techniken stark macht, sieht sich schnell dem Vorwurf ausgesetzt, technikfeindlich zu sein. Manche behaupten in solchen Auseinandersetzungen, die rechtlichen „Bedenkenträger“ verstünden einfach nichts von der Technik. Solche Vorwürfe müssen als ideologisch (also: als falsche Argumente im Dienste bestimmter Interessen) zurückgewiesen werden. Rechtlich befriedigende Lösungen werden sich erst jenseits dieser Argumentationsebene finden lassen<sup>36</sup>.

d) Die heftigsten Auseinandersetzungen aber dürften auch in Zukunft auf dem Gebiet stattfinden, das schon bisher Anlaß zu harten politischen Streitigkeiten war, nämlich dem der Informationsbeschaffung und -verarbeitung zu Zwecken der *öffentlichen Sicherheit*. Es liegt in der Natur der Sache, daß sich Polizeibehörden und Nachrichtendienste durch Regeln über angemessene Informationserhebung und -auswertung besonders beeinträchtigt fühlen. Aber um der Freiheitlichkeit des Gemeinwesens willen muß gerade diese Diskussion mit aller Sorgfalt und Entschiedenheit fortgesetzt werden. Hierbei sollten nicht nur die materiellen Regeln der Datennutzung weiter verfeinert werden, und die Aufgabe, einen Ausgleich zwischen Informationsanspruch und Informationsschutz zu schaffen, kann auch nicht allein mit den Mitteln des Gesetzes gelöst werden. Maßstäbe und Effektivität der *Kontrolle durch unabhängige Instanzen* werden hier vielmehr — wie bisher — eine zentrale Rolle für die Rechtsentwicklung spielen.

<sup>34</sup> Vgl. etwa: Anforderungen der Kommunikationsgrundrechte an die Fachinformationsversorgung. UFITA 96 (1983), S. 5-37; Voraussetzungen und Grenzen der Einführung DV-gestützter Verfahren im Bereich der öffentlichen Verwaltung, in: *Reinermann/Fiedler/Grimmer/Lenk* (Hrsg.), *Organisation informationstechnik-gestützter öffentlicher Verwaltungen*, Berlin u.a. 1981, S. 625-634; Versorgung mit Fachinformation als öffentliche Aufgabe, *Die Umschau* Nr. 7 v. 30. 3. 1984, S. 224ff.

<sup>35</sup> Vgl. etwa *H. Reinermann*, *Verwaltungsinnovation und Informationsmanagement*, Heidelberg 1986. Sehr beachtenswert auch *H. Bäumler*, *Datenverarbeitungstechnik und Datenschutzrecht*, OVD/Online 1985/4, S. 120-124.

<sup>36</sup> Vgl. auch *Greenleaf* S. 19: "Conflicting interests, more than ignorance, are what we should look for in analyses of legal regulation of communication".

## Rechtsschutz von Computerprogrammen

### Die Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland, Österreich und der Schweiz in den vergangenen Jahren\*

#### Teil 1: Patentrecht

Moritz Röttinger\*\*

#### I. Vorbemerkung

Am heftigsten diskutiert wurde bzw. wird die Anwendung des Patent- und Urheberrechts. Dementsprechend liegt das Hauptgewicht dieser Arbeit auf diesen

\* Anlaß dieser Arbeit war ein vom Verfasser am 28. Januar 1986 am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München, gehaltener Vortrag. Dieser Aufsatz wurde aktualisiert und auf den Stand vom 1. 7. 1986 gebracht.

\*\* Dr. jur., Wien, 1984-1986 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München.

beiden Rechtsgebieten. Die Ausführungen zum Wettbewerbs-, Warenzeichen-, Vertrags- und Strafrecht beschränken sich daher ebenso wie der Abschnitt über einen möglichen Sonderschutz auf das Wesentlichste.

#### II. Allgemeines

##### A. Technische Entwicklung

Urahn des Computers in grauer Vorzeit war der Abakus, der im Orient um etwa 3000 v. Cht. erstmals feststellbar ist und auch heute noch in Teilen des mittleren und fernen Ostens benutzt wird. Die ersten me-

chanischen Rechenmaschinen wurden im 17. Jahrhundert gebaut, 1623 die Zählradmaschine von **Schickard** und 1642 die Additionsmaschine von **Blaise Pascal**. Auf dieser Grundlage entwickelte **Gottfried Wilhelm Leibniz** 1671–1694 seine Rechenmaschine, auf der alle Grundrechnungsarten und das Quadratwurzelziehen durchgeführt werden konnten; richtungsweisend war vor allem die Einführung des Dualsystems. Den ersten Vorläufer der Lochkarte entwickelte **Joseph-Marie Jacquard** 1805 für eine Webstuhlsteuerung.

Ein Meilenstein in der Geschichte des Computers war **Charles Babbage's** „Analytical Engine“ 1833/35, die das erste Rechenautomaten-Konzept darstellte. Diese Maschine mit Lochstreifensteuerung verfügte bereits über einen Speicher und einen Drucker und konnte Quantitäten vergleichen. Auf theoretischem Gebiet hatte Mitte des 19. Jahrhunderts die Entwicklung der **Boole'schen Algebra**<sup>1</sup> Bedeutung. 1886 fertigte der amerikanische Statistiker **Hermann Hollerith** Lochkarten an und konnte so die Volkszählung 1890 dreimal schneller als ein Jahrzehnt davor auswerten. 1911 gründete er mit zwei Gesellschaftern die Computing Tabulating Recording Company, aus der später die International Business Machines Corporation (IBM) wurde.

In den Vierziger Jahren unseres Jahrhunderts vollzog sich der Schritt von der mechanischen über die elektro-mechanische Rechenmaschine zum elektronischen Gerät, dem Computer<sup>2</sup>. 1940 entstand in den USA die Relais-Rechenmaschine von **R. Stibitz** und ein Jahr später in Deutschland der „Z 3“ mit Dualzahlen und Gleitpunktrechnung von **K. Zuse**. Auf der Grundlage von Lochkarten entwickelte **Howard Aiken** den Automatic Sequence Controlled Calculator (ASCC), genannt „Harvard Mark I“, der 15 m lang und fast 2,5 m hoch war.

Der erste wirkliche Computer auf der Basis der Elektronik war der 1946 von **Presper Eckert** und **John W. Mauchly** konstruierte, mit elektrischen Röhren arbeitende ENIAC (Electronic Numerical Integrator and Calculator), der erste digitale Allzweck-Computer, dessen Arbeitsgeschwindigkeit ca. 1000mal größer als die der damals gängigen elektromechanischen Rechenmaschinen war. Auf der Grundlage dieses ENIAC entwickelte **John v. Neumann** 1946/47 den EDVAC (Electronic Discrete Variable Automatic Computer), bei dem erstmals die Programmierung im Gerät selbst erfolgte, das über neuartige Speichermöglichkeiten verfügte. **Eckert** und **Mauchly** konstruierten 1950 den Binac (Binary Automatic Computer), die erste Maschine, die über eine Selbstkontrolle ähnlich eines feedback verfügte. Der kurz danach von ihnen entwickelte Univac I war der erste Computer, der in gleicher Weise Zahlen und Buchstaben verarbeiten konnte. Heute ist die vierte Computergeneration im Einsatz.

## **B. Die ersten juristischen Gehversuche**

1953 erscheint der Begriff „Computer“ im „Großen Brockhaus“ (16. Aufl., 1953) noch nicht. Zwei Jahre

später wird **Steven Jobs** geboren, der Begründer von **Apple Computer**, ein Unternehmen, das später zahlreiche Gerichte beschäftigen sollte. 1958 ist die – soweit ersichtlich – weltweit erste Publikation<sup>3</sup> auf dem Gebiet des Rechtsschutzes von Computerprogrammen zu finden – bereits drei Jahre, bevor eine offizielle Stelle erstmals mit einem Computerprogramm befaßt war. Das erste Rechenprogramm wurde am 30. November 1961 in Form eines Magnetbandes von der North American Aviation Inc beim US Copyright Office zur Copyright-Eintragung angemeldet<sup>4</sup>. Als 1964 ein amerikanischer Jus-Student zwei Programme, eines in gedruckter Form und das andere als Magnetband, eingereicht hatte, sah sich im April 1964 das Copyright Office veranlaßt, in einer Bekanntmachung<sup>5</sup> zu erklären, „daß unter dem geltenden Recht die Copyright-Eintragung für Rechenprogramme (computer programs) möglich ist“. Die Eintragung für diese zwei Programme als „Buch“ in die Klasse A erfolgte im Mai 1964, die Eintragung für die Anmeldung von 1961 im Juni 1964. Das US Patent Office stellte in einer Mitteilung vom Mai 1964<sup>6</sup> fest, daß für Computerprogramme kein Patentschutz zur Verfügung stehe; zwei Jahre später hielt es Programme unter ganz eng begrenzten bestimmten Umständen für möglicherweise patentierbar<sup>7</sup>. Anfang/Mitte der 60er Jahre hatten sich die Gerichte mehrerer Länder – soweit feststellbar – erstmals mit dem für sie neuen Phänomen zu befassen: In einem Strafprozeß – **Hancock v. State**<sup>8</sup> – wurde in den USA ein Angestellter von Texas Instruments wegen Anbietens eines Quellenprogramms, das der Gesellschaft gehörte, zu fünf Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Die erste amerikanische patentrechtliche Entscheidung<sup>9</sup> stammt aus dem Jahr 1968 und gewährte Patentschutz; 1972 nahm der U.S. Supreme Court<sup>10</sup> als weltweit erstes Höchstgericht zur Frage der Patentierbarkeit von Computerprogrammen Stellung und entschied, daß sie nicht patentierbar seien.

Weltweit wurden die ersten patentrechtlichen Urteile 1961 in der Bundesrepublik, 1965 in Großbritannien

<sup>1</sup> **Georg Boole**, Treatise on Differential Equations (1859).

<sup>2</sup> Vgl. zur Definition The New Encyclopaedia Britannica, Macropaedia IV<sup>15</sup> (1974) 1045 unter dem Stichwort „Computer“: „An automatic electronic machine ...“

<sup>3</sup> **NN**, Copyright in Program Materials for Computing Machines, Computer Bulletin, August/September 1958, 23.

<sup>4</sup> **S Cary**, Copyright-Eintragung- und Rechenprogramme, GRUR Ausl 1964, 623.

<sup>5</sup> GRUR Ausl 1964, 635.

<sup>6</sup> Patent, Trademark & Copyright Weekly Reports Vol 141 N° 6 vom 11. 5. 1964, deutsch s GRUR Ausl 1964, 635.

<sup>7</sup> 150 USPQ 6 II; GRUR Int 1967, 24.

<sup>8</sup> 402 S W 2d. 905 (1966).

<sup>9</sup> **CCPA** 20. 11. 1968 – In re Prater – 159 USPQ 583.

<sup>10</sup> 20. 11. 1972 – **Gotschalk v Benson** – BCD-Umwandlung II – 409 US 63 = 93 S Ct 253 = 175 USPQ 673 = GRUR Int 1973, 75; s auch den ausführlichen Kommentar von **Lindgård**, Patentrecht und Computerprogramme, in: Gewerblicher Rechtsschutz – Urheberrecht – Wirtschaftsrecht, MitarbeiterFS Ulmer (1973) 147.

nien<sup>11</sup>, 1966 in Australien<sup>12</sup> und 1967 in Österreich<sup>13</sup> gefällt. Die ersten urheberrechtlichen Entscheidungen stammen vom Beginn der Siebziger Jahre aus Finnland<sup>14</sup>, das dem Urheberrechtsschutz eher ablehnend gegenüberstand, und Ungarn<sup>15</sup>. Das erste Höchstgericht, das über Urheber- und Wettbewerbsrecht im Zusammenhang mit Software urteilte, war das finnische Oberste Gericht<sup>16</sup> 1974.

**C. Ausländische Gesetzgebung**

Mitte/Ende der sechziger Jahre entstanden zuerst in den USA und bald auch in der Bundesrepublik unabhängige Software-Häuser, Unternehmen, die nur mehr die Programme, nicht aber die Hardware, die Geräte, herstellten. Ursprünglich arbeiteten sie im Auftrag der US-Regierung für militärische Zwecke und Aufgaben der Weltraumforschung, bald wurden sie aber auch von Hardware-Herstellern mit der Ausarbeitung von Programmen beauftragt<sup>17</sup>. Die Rechtsunsicherheit war groß, und so wurde vor allem von Seiten der Software-Hersteller der Ruf nach einem brauchbaren Rechtsschutz für ihre Programme vehement laut. Seit Anfang der Siebziger Jahre befassen sich auch die internationalen Organisationen, wie insbesondere die WIPO und die AIPPI mit dem Rechtsschutz von Computerprogrammen<sup>18</sup>.

Zunächst waren Computerprogramme in keinem Gesetz erwähnt. 1968 schloß Frankreich in Art 7 Z 3 PatG<sup>19</sup> die Patentierbarkeit von Computerprogrammen per se aus, 1972 Polen in Art 2 Z 5 PatG<sup>20</sup> für Digitalrechner. Das erste Land, das Computerprogramme als schützbar in ein Gesetz aufnahm, waren 1972 die Philippinen<sup>21</sup>, die ausdrücklich Urheberrechtsschutz gewähren, obwohl es weder davor noch danach einen Fall in der Rechtsprechung gab oder zumindest keiner bekam wurde. 1973 wurde die EPÜ<sup>22</sup> geschlossen, in dessen § 52 Abs 2 lit c „Programme für Datenverarbeitungsanlagen“ vom Patentschutz ausgeschlossen wurden. (Im ersten Vorentwurf war dieser Passus noch nicht enthalten, er taucht 1972 im zweiten Vorentwurf mit der Bemerkung auf, daß diese Stelle noch geprüft werden müsse<sup>23</sup>. Entgegen der Ständigen Konferenz der Industrie- und Handelskammern der EG und des Committee of National Institutes of Patent Agents sprach sich das Comité pour la Protection de la Propriété Industrielle de la Communauté Economiques Européenne für den Ausschluß der Software aus dem Patentrecht aus<sup>24</sup>.) In den folgenden Jahren wurde diese Bestimmung von vielen Ländern<sup>25</sup> z. T. wörtlich in die nationalen Patentgesetze übernommen, so auch 1976/78/80 von der Bundesrepublik und 1984 von Österreich.

1979 schaffte Bulgarien<sup>26</sup> als erstes und bislang auch einziges Land ausdrücklich einen wirklichen Sonder-schutz sui generis für Software. Seither haben folgende Länder Regelungen für einen ausdrücklichen Urheber- oder darauf beruhenden Schutz eingeführt: 1980 die USA<sup>27</sup>, 1983 Ungarn<sup>28</sup>, 1984 Australien<sup>29</sup> und Indien<sup>30</sup> und schließlich 1985 die Bundesrepublik<sup>31</sup>, Japan<sup>32</sup>, Großbritannien<sup>33</sup>, Taiwan<sup>34</sup> und Frankreich<sup>35</sup>, das de facto einen Sonderschutz unter dem Mantel des

Urheberrechts vorsieht; etwas unklar ist die Situation in China<sup>36</sup>. Überlegungen, einen gesetzlichen Software-

<sup>11</sup> S Controller General 25. 11. 1965 „Glee & Harris’s Application“ 1966 R P C 194 = 1966 FSR 61 = GRUR Ausl 1967, 276: Ein Verfahren zur Steuerung eines Computers mittels eines Programms sei nicht patentierbar, „da geistige Information als Ergebnis der Computertätigkeit kein „gewerblich verwertbares Erzeugnis“ darstelle; ein zur Ausführung dieses Verfahrens entsprechend programmierter Computer sei dagegen als eine in besonderer Art und Weise gestaltete Maschine dem Patentschutz grundsätzlich zugänglich.

<sup>12</sup> „N.V. Philipps’ Gloeilampenfabrieken“ 36 AOJP 2392 und „IBM“ 36 AOJP 2395.

<sup>13</sup> BA 12. 12. 1967 — Zinszahlen-Rechenprogramm — PBl 1968, 39 = GRUR Int 1968, 211.

<sup>14</sup> OLG Helsinki 9. 12. 1971, s Portin, Zum Schutz von Computerprogrammen in Finnland, GRUR Int 1975, 19.

<sup>15</sup> Hauptstadtgericht Budapest 25 P 27 228/1972 zit in Ficsor, Lettre de Hongrie, DdA 1978, 479.

<sup>16</sup> 15. 1. 1974, a va Portin aaO (FN 14) und Borking, Copyright Protection of Software in Continental Europe, Computer Law & Practice Nov. 1984, 45.

<sup>17</sup> Vgl Kargl, Aspekte eines geplanten Rechtsschutzes für Computerprogramme, DB 1969, 159.

<sup>18</sup> Aus Platzgründen muß auf die Darstellung der Arbeiten dieser Organisationen verzichtet werden.

<sup>19</sup> Gesetz vom 2. 1. 1968, JO 1968, 13 = GRUR Int 1968, 195.

<sup>20</sup> Gesetz vom 19. 10. 1972 über das Erfindungswesen, Dz U 1972 413.

<sup>21</sup> Verordnung des Präsidenten Nr 49 vom 6. 12. 1972 (UrhG 1972).

<sup>22</sup> In Kraft seit 7. 10. 1977.

<sup>23</sup> „Les dispositions ... doivent faire objet d’un examen plus approfondi.“

<sup>24</sup> S Hodik, Der Schutz von Software im österreichischen Recht (1984) 17f.

<sup>25</sup> ZB Großbritannien (Patents Act 1977) und Südafrika (South African Patents Act of 1978).

<sup>26</sup> Verordnung Nr 6 des Staatskomitees für Wissenschaft und technischen Fortschritt und des Komitees des Einheitssystems vom Sozialinformation betreffend die Softwarenutzung, französische Fassung in Propriété Industrielle Nov. 1981 Lois et traités Bulgarie Texte 1-001 S 001; s auch Eskenazi, La législation bulgare en matière de protection juridique du logiciel, Propriété Industrielle 1981, 318 = Bulgarian Legislation for the Legal Protection of Computer Software, Industrial Property 1981, 288.

<sup>27</sup> Computer Software Copyright Act 1980.

<sup>28</sup> Änderungsverordnung 1983 des Kulturministers zur Durchführungsverordnung zum UrhG, s GRUR Int 1984, 477.

<sup>29</sup> Copyright Amendment Act 1964, s GRUR Int 1984, 717.

<sup>30</sup> UrhGNov 1985, s Copyright 1985, 61.

<sup>31</sup> UrhGNov 1985, dBGBI 1985 I 1137; s Bauer, Rechtsschutz von Computerprogrammen in der Bundesrepublik Deutschland — eine Bestandsaufnahme nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Mai 1985, CuR (Computer und Recht) 1985, 5 und Röttinger, Abkehr vom Urheberrechtsschutz für Computerprogramme?, IuR (Informatik und Recht) 1986/1.

<sup>32</sup> UrhGNov 1985, s GRUR Int 1985, 497; 8 EIPR 1985 D 146; japanisches AIPPI Journal, March 1985, 45.

<sup>33</sup> Copyright (Computer Software) Amendment Act 1985.

<sup>34</sup> UrhGNov 1985.

<sup>35</sup> UrhGNov 1985, s ausführlich Röttinger, Zur Neuregelung des Softwareschutzes in Frankreich, GRUR Int 1985, 808.

<sup>36</sup> Das UrhG 1985 schützt zwar in Art 25 „Regeln und Methoden geistiger Tätigkeit“, doch gibt es Vorbehalte, darunter auch Computerprogramme zu subsumieren; s auch Sidel, The Legal Protection of Copyright and the Rights of Au-

schutz einzuführen, gibt es derzeit in Brasilien<sup>37</sup>, Dänemark<sup>38</sup>, Kanada<sup>39</sup>, Neuseeland<sup>40</sup>, den Niederlanden<sup>41</sup>, Schweden<sup>42</sup>, Singapur<sup>43</sup>, der Sowjetunion und Spanien<sup>44</sup>.

Um der neuesten technischen Entwicklung gerecht zu werden, führten die USA<sup>45</sup> 1984 und Japan<sup>46</sup> 1985 einen Sonderschutz für Halbleiterchips bzw. integrierte Schaltkreise ein und schufen damit ein neues Immaterialgüterrecht.

#### D. Die Anfänge in Deutschland

In der literarischen Diskussion war von Anfang an klar, daß Gebrauchs- und Geschmacksmusterrecht nicht anwendbar sind, Warenzeichenrecht für den Schutz der Programme als solche ebenfalls ungeeignet ist, Wettbewerbsrecht nur am Rande — insbesondere beim Schutz des Betriebsgeheimnisses und vor sittenwidriger unmittelbarer Leistungsübernahme — ein Schutzinstrument darstellt, im wesentlichen aber eher eine „Lückenbüßerfunktion“ hat. So konzentrierten sich die Überlegungen auf das Patent- und Urheberrecht. Die Literatur in dieser Anfangszeit ist durch grundsätzliche Ausführungen gekennzeichnet, auf Detailprobleme wird noch kaum eingegangen.

„Sollen und können Rechenprogramme geschützt werden?“ fragt 1965 **Öhlschlegel**<sup>47</sup>, doch war ziemlich rasch klar, daß ein Schutz erforderlich ist<sup>48</sup>. Der hohe Kostenaufwand bei der Erstellung von Programmen durch hochqualifizierte Fachleute, die fortschreitende Entwicklung und der Wettbewerb auf gewerblichem Gebiet sind Gründe, um alle rechtlichen Schutzmöglichkeiten auszuschöpfen<sup>49</sup>. Aber nicht nur um eine gewerbliche Verwertung zu ermöglichen, sondern auch die geistige Leistung des Autors bzw. des Erfinders zu belohnen<sup>50</sup>, ist ein Schutz nötig. Das Interesse an einem Schutz eines Rechenprogramms könnte — so **Öhlschlegel**<sup>51</sup> — weniger der Schöpfer als eher derjenige, der das Kapitel zur Herstellung zur Verfügung stellt, haben. Aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung sieht **Kolle** ein „prima facie-Schutzbedürfnis“<sup>52</sup>.

### III. Patentrecht

#### A. BRD

##### 1. Literatur und Gesetzgebung

**Huber**<sup>53</sup> und **Skaupy**<sup>54</sup> treten für die Erteilung eines Verfahrenspatents für Kombinationen von durch Programme gesteuerten Datenverarbeitungsanlagen mit anderen technischen Geräten ein; dieser Ansicht folgt auch B. A. **Pagenberg**<sup>55</sup>. Lehren als solche, die sich ausschließlich auf die Schaffung von Computerprogrammen beziehen, hält **Huber**<sup>56</sup> aber nicht für patentierbar. Die Meinung **Öhlschlegels** ist ambivalent: Einerseits hält er einen Patentschutz für ungün-

thors in the Peoples Republic of China, 1949—1984: Prelude to the Chinese Copyright Law, Columbia Journal of Art and the Law 9 (1985) 477 (500 ff).

<sup>37</sup> S PIBD 1985 II 138; **Leravy**, Latin Software Licensing, Les Nouvelles 1984, 160; Bericht der brasilianischen Landes-

gruppe der AIPPI beim Präsidentenrat 1983 in Athen, AIPPI Annuaire 1984/III 174.

<sup>38</sup> CEDIDAC Bulletin d'information 1985/1.

<sup>39</sup> From Gutenberg to Telidon — A White Paper on Copyright, Department of consumer and Corporats Affairs (1984); **Wiggs**, Canadian Copyright Protection for Computer Software — Recent Developments, Software Protection III (1985) 12 S 8.

<sup>40</sup> Vgl den Bericht der neuseeländischen Landesgruppe der AIPPI beim Präsidentenrat in Athen 1983, AIPPI Annuaire 1984/III 213.

<sup>41</sup> CEDIDAC Bulletin d'information 1985/1.

<sup>42</sup> SOU 1985/51; vgl. auch den Bericht der schwedischen Landesgruppe der AIPPI beim Präsidentenrat in Athen 1983, AIPPI Annuaire 1984/III 217.

<sup>43</sup> PIBD 1985 IV 158.

<sup>44</sup> Vgl. den Bericht der spanischen Landesgruppe der AIPPI beim Präsidentenrat in Athen 1983, AIPPI Annuaire 1984/III 182.

<sup>45</sup> Semiconductor Chip Protection Act 1984; s ua **Arckens/Keustermans**, Der US-amerikanische Semiconductor Chip Protection Act of 1984, RIW 1985, 280; **Chesser**, Semiconductor Chip Protection: Changing Roles for Copyright and Competition, Virginia Law Rev 21, 249; **Greguras/Siegel/Williams**, The Semiconductor Chip Protection Act of 1984, RIDA 124 (1985) 57; **Hein**, Der U.S. Semiconductor Chip Protection Act von 1984, GRUR Int 1985, 81; **Hering**, Der Schutz von Halbleiterchips in den Vereinigten Staaten, Medien und Recht 1985/3 S 10; **Wilson/LaBarre**, The Semiconductor Chip Protection Act of 1984: A Preliminary Analysis, 62 JPTO (1985) 57.

<sup>46</sup> Semiconductor Chip Act 1985; s 30 PTCJ (1985) 158.

<sup>47</sup> GRUR 1965, 465.

<sup>48</sup> Vgl statt vieler **Kolle**, Computer Software Protection — Present Situation and Future Respects, Copyright 1977, 70 = DdA 1977, 69; **Haberstumpf**, Zur urheberrechtlichen Beurteilung von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen, GRUR 1982, 142 (143); **Bardehle**, Die praktische Bedeutung der Patentfähigkeit von Rechnerprogrammen, Mitt 1973, 141 (144).

<sup>49</sup> **Moser**, Vergleichende Literaturuntersuchung hinsichtlich der Schutzfähigkeit von Rechnerprogrammen für Datenverarbeitungsanlagen, GRUR 1967, 639; **Pakuscher**, Rechtsschutz der Computerprogramme, UFITA 80 (1977) 35.

<sup>50</sup> **Öhlschlegel**, aaO (FN 47) 465.

<sup>51</sup> Zur Schutzfähigkeit von Rechenprogrammen für Datenverarbeitungsanlagen, GRUR 1968, 679 (682).

<sup>52</sup> Der Rechtsschutz von Computerprogrammen aus nationaler und internationaler Sicht, GRUR 1973, 611 und GRUR 1974, 7.

<sup>53</sup> **Huber**, Patentrechtliche Probleme auf dem Gebiet der elektronischen Datenverarbeitung, Mitt 1965, 21. Dies dürfte die erste Veröffentlichung zur Frage des Rechtsschutzes von Computerprogrammen in Deutschland sein; der Aufsatz von **Krawinkel**, Die schutzwürdigen Interessen der Benutzer datenverarbeitender Anlagen, DB 1960, 645, befaßt sich nur mit Vertragsbedingungen.

<sup>54</sup> Möglichkeiten des Urheber-, Patent- und Wettbewerbs-schutzes von elektronischen Rechenprogrammen, Mitt 1967, 121.

<sup>55</sup> Patentability of Computer Programs on the National and International Level, 5 IIC 1 (29) (1974).

<sup>56</sup> Computer-Programme und Software-Engineering in patent-rechtlicher Sicht, Mitt 1975, 101.

<sup>57</sup> **Huber**, aaO (FN 53) 23 und sinngemäß ders, Patentschutz auf dem Gebiet der datenverarbeitenden Anlagen, Mitt 1969, 23.

<sup>58</sup> **Huber**, Zur patentrechtlichen Wertung der Programme für Datenverarbeitungsanlagen, GRUR 1969, 642 (643).

stig, weil dadurch der Fortschritt gehemmt würde<sup>59</sup>, andererseits stellt er fest: „Rechenverfahren sind patentierbar. Auch Rechenprogramme könnten patentiert werden, doch müsse dann mit einer Flut von Anmeldungen ... gerechnet werden.“<sup>60</sup>

Anders fällt die Antwort aus, ob ein Programm eine Erfindung iSd PatG ist<sup>61</sup>. Nicht unter diesen Begriff fällt bloß „die Angabe eines neuartigen mathematischen Lösungsverfahrens — auch in Form eines Programms“<sup>62</sup>. Als Erfindung hingegen anzusehen seien „Überlegungen, die zur Aufstellung und Durchführung eines Programms dienen, mit denen eine neuartige, fortschrittliche und überraschende technische Wirkung erzielt wird“<sup>63</sup>. Diese Ansicht lehnt **Möhring**<sup>64</sup> ab, der eine scharfe Trennung zwischen Geistestätigkeit und Technik vermisst. Für ihn erschöpft sich die Programmierung selbst „in einer Denktätigkeit, die technische Größen lediglich in Rechnung stellt, sie aber nicht verändert. Das Programmieren ähnelt insofern wohl am stärksten der Aufstellung eines Fahrplans, der gleichfalls als nichtpatentfähig anzusehen ist, weil es sich um eine Anweisung an den menschlichen Geist handelt.“<sup>65</sup>

**Zipse**<sup>66</sup> sieht im Computerprogramm keine Anweisungen an den menschlichen Geist, sondern eher an die Maschine: „In dem Moment aber, wo das Programm festliegt und nach ihm in gespeicherter oder nicht gespeicherter Form Schaltungsanordnungen in der Maschine hergestellt werden, kann von einer Anweisung an den menschlichen Geist nicht mehr gesprochen werden, denn die Anweisung wendet sich nicht an den Gedächtnisinhalt des Gehirns, sondern an den Speicher bzw. das Rechenwerk der Rechenanlage. In diesen Elementen werden aber physikalische Zustände erzeugt, also es wird mit Hilfe des Programms auf Kräfte der Natur eingewirkt.“<sup>67</sup> **Zipse** vergleicht den elektronischen Computer mit elektrischen Bauteilen mit einem „biologischen Computer“, der aus lebenden Zellen aufgebaut ist, und sieht Ähnlichkeiten darin, daß bei beiden „planmäßig Naturkräfte eingesetzt und bei beiden ... kausal übersehbare Erfolge erzielt“ werden<sup>68</sup>.

Steuerkriterien für eine Folge von Arbeitsschritten — und daher auch Computerprogramme — hält **Lauschke**<sup>69</sup> für technisch, da sie zu physikalisch nachweisbaren Einstellungen und Funktionsabläufen in der Anlage führten; sie seien daher dem Patentschutz zugänglich.

Nur restriktiv will **Rau**<sup>70</sup> Patentschutz gewähren.

**Kienzle**<sup>71</sup> sieht in einem Computerprogramm ein Zwitter-Ding und spricht von einem Dualismus von geistigen und technischen Anweisungen. Das eigentlich Schöpferische liege in der Rechenvorschrift; weder die Entwicklung oder Durchführung der Rechenvorschrift noch das Programm sei eine patentierbare Leistung. Davon unabhängig zu beurteilen und patentierbar sei die Entwicklung einer Schaltung aus dem Algorithmus.

**Rosner**<sup>72</sup> sieht in einem Rechenprogramm keine technische Erfindung, sondern eine Schöpfung auf dem Gebiet des Denkens. Vor allem aus praktischen

Erwägungen hält **Braun**<sup>73</sup> einen Patentschutz idR insbesondere ohne flankierende Kontrollrechte für wirtschaftlich nicht sinnvoll. Er bezweifelt, ob der Programmhersteller überhaupt selbst an einem Patentschutz interessiert sei, da dieser eine Offenlegung des Programms in der Patentschrift voraussetze. So mißt er dem Patentrecht in diesem Zusammenhang keine große Bedeutung bei und hält es im allgemeinen für nicht anwendbar, wobei er aber einräumt, daß das PatG<sup>74</sup> eine Auslegung hinsichtlich der Schützbarkeit erlaube. Auch für **Beier**<sup>75</sup> liegt das Wesen eines Computerprogramms „in der rein gedanklichen Anweisung, wie ein bestimmtes Problem mathematisch zu lösen ist. Maßgeblich ist der mathematische Lösungsansatz, der Algorithmus. Solche rein geistigen Operationen fallen nicht unter den traditionellen Begriff der technischen Erfindung...“ Er stellt aber zur Überlegung, de lege ferenda einen Erfindungsbegriff zu schaffen, der auch gedankliche Problemlösungen umfaßt.

**Kolmsee**<sup>76</sup> betrachtet Computerprogramme als einen Grenzfaii zwischen technischer Erfindung und Anweisung an den menschlichen Geist. Ausschlaggebend sei, daß bei Programmen meistens die Erfindungshöhe fehle.

<sup>59</sup> AaO (FN 47) 466.

<sup>60</sup> AaO (FN 47) 468.

<sup>61</sup> Ausführlich zur Rechtslage nach BGH 27. 3. 1969 — Rote Taube — GRUR 1969, 672; Engel, Zum Begriff der technischen Erfindung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, GRUR 1978, 201.

<sup>62</sup> Huber, aaO (FN 53).

<sup>63</sup> Huber, aaO (FN 53) 22 f.; allgemein zum Erfindungsbegriff s ua Kumm, Die objektive Beurteilung der erfinderischen Leistung, GRUR 1964, 236 und ders, Systematische Kennzeichnung der schutzfähigen und der nicht schutzfähigen Erfindungen, GRUR 1967, 621.

<sup>64</sup> Die Schutzfähigkeit von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen, GRUR 1967, 269.

<sup>65</sup> Möhring, aaO (FN 64) 272.

<sup>66</sup> Sind Computerprogramme Anweisungen an den menschlichen Geist?, GRUR 1973, 123.

<sup>67</sup> Zipse (FN 66) 130.

<sup>68</sup> Technische Verfahrensschritte und Anweisungen an den menschlichen Geist unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung und neurophysiologischer Erkenntnisse, Mitt 1974, 246 (250).

<sup>69</sup> Über die Patentierbarkeit einer Folge von Steuerkriterien und anderer Merkmale datenverarbeitender Anlagen, GRUR 1973, 341.

<sup>70</sup> Die Patentfähigkeit von Programmen für elektronische Datenverarbeitungsanlagen (1967).

<sup>71</sup> Die Patentierbarkeit von Computerprogrammen (1975).

<sup>72</sup> Rechtsschutz für Rechnerprogramme, Vortrag gehalten am 23. 1. 1970 vor der Bezirksgruppe Berlin der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Bericht s GRUR 1970, 407 (408).

<sup>73</sup> Rechtsschutz für Rechenprogramme, BB 1971, 1343 (1345 f.).

<sup>74</sup> in dem zu dieser Zeit Computerprogramme noch nicht erwähnt waren.

<sup>75</sup> Zukunftsprobleme des Patentrechts, GRUR 1972, 214 (219) = 3 IIC 423 (1972).

<sup>76</sup> Der wettbewerbsrechtliche Schutz von Computerprogrammen (1975) 42 ff.

**Kolle** stellt folgende Regel auf<sup>77</sup>: „Ist ein Verfahren nach Aufgabenstellung und Lösungsweg technisch, so ist es immer patentfähig, ohne Rücksicht darauf, ob es mittels eines Computers, durch sonstige Vorrichtungen oder durch den Menschen selber ausgeführt wird. Liegt dagegen ein Verfahren nach Aufgabe und Lösung nicht auf technischem Gebiet, so wird es nicht dadurch zu einem technischen und patentfähigen Verfahren, daß ein Computer oder sonstiges Hilfsmittel zu seiner Ausführung benutzt wird.“ In diesem Sinn könnte ein Programm als Anweisung an den menschlichen Geist qualifiziert werden, da die Aufstellung der konkreten Befehlsfolge des Programms nicht unmittelbar zu einer technischen Wirkung führe; das sei erst beim Einsatz des Programms im Gerät der Fall. Aufgrund der Zweckbestimmung von Computerprogrammen seien diese aber mit dem Einsatz, d. h. mit dem Lauflassen in der Maschine, eng gekoppelt, so daß so gesehen die Kriterien einer technischen Erfindung erfüllt würden. Letztlich neigt **Kolle** aber doch der Ablehnung des Patentschutzes für Software aus systematischen und patenttheoretischen Gründen zu.

Eine Anwendung des Patentrechts auf Software halten ferner **Möhring**<sup>78</sup>, **Moser**<sup>79</sup>, **Kumm**<sup>80</sup>, **Schwai-ger/Kockler**<sup>81</sup>, **Klauer/Möhring**<sup>82</sup> und **Rosener**<sup>83</sup> für nicht möglich bzw. nicht sinnvoll (**Baltzer**<sup>84</sup>).

Mit den ersten den Patentschutz ablehnenden Entscheidungen in der Mitte der Siebziger Jahre und mit dem IntPatÜG 1976<sup>85</sup> im Anschluß an die EPÜ und die PatGNov 1980<sup>86</sup>, wodurch Computerprogramme als solche in § 1 Abs 2 Z 3 PatG vom Patentschutz ausgeschlossen wurden, hört die Diskussion über den Patentschutz in der deutschen Literatur fast schlagartig auf.

Mit **Kolle**<sup>87</sup> kann gesagt werden, daß Programme seither nur dann patentfähig sind, „wenn sie entweder einen neuen und erfinderischen Aufbau einer Datenverarbeitungseinrichtung erfordern und lehren oder wenn sie die Lehre vermitteln, eine solche Einrichtung auf neue, bisher nicht übliche und auch nicht naheliegende Art und Weise zu benutzen“<sup>88</sup>. Nach den Richtlinien idF von 1979 für die Prüfung in EPA ist ein Gegenstand nicht patentierbar, „wenn der Beitrag zum bisherigen Stand der Technik lediglich in einem Programm für eine Datenverarbeitungsanlage besteht“. Auch nach den neuen Richtlinien des EPA über computerbezogene Erfindungen vom 6. März 1985<sup>89</sup> ist ein Computerprogramm — allein oder auf einen Datenträger aufgeeignet — nicht patentierbar. Andererseits schließt die Verwendung eines Programms bei der Verwirklichung des beanspruchten Gegenstandes diesen nicht vom Patentschutz aus. Als patentierbar angesehen werden können Gegenstände, die einen technischen Beitrag zum Stand der Technik leisten oder — wenn nur die interne Arbeitsweise eines bekannten Computers betroffen ist — die einen technischen Effekt bewirken. Diese Richtlinien sind vorläufig nur eine Richtschnur für potentielle Anmelder, da die Beschwerdekammer des EPA bisher noch nicht nach den neuen Richtlinien zu entscheiden hatte.

## 2. Judikatur

Die erste Entscheidung stammt vom BPatG vom 12. September 1961<sup>90</sup>, das einer Lehre zur Programmierung eines Digitalrechners entsprechend einer bestimmten Formel prinzipiell technischen Charakter zuerkannt hat. Im selben Sinn entschied das BPatG am 20. Juni 1969<sup>91</sup> über ein Verfahren zur Ermittlung von Veränderungen einer Vielzahl von Größen mit Hilfe einer EDV-Anlage und am 14. Mai 1970<sup>92</sup> über ein Verfahren zum automatischen Umrechnen einer Wert-einheit in eine andere.

In der Entscheidung „Benson — BDC-Umwandlung“ hat das BPatG am 28. Mai 1973<sup>93</sup> einem Verfahren zum Umsetzen von zweistelligen binärcodierten Dezimalzahlen in reine Binärzahlen Patentschutz zugesprochen, wobei ihm das ablehnende Urteil in der gleichen Sache des US Supreme Court<sup>94</sup> bekannt war. Bezugnehmend auf seine „Rote-Taube“-Entscheidung<sup>95</sup> traf der BGH die für spätere Software-Entscheidungen richtungweisende Feststellung, daß nur „eine Lehre zum planmäßigen Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur Erreichung eines kausal übersehbaren Erfolges dem Patentschutz zugänglich ist“. Technik im patentrechtlichen Sinn wird der Einsatz technischer Mittel zu einem technischen Zweck definiert.

1974 änderte das BPatG seine Haltung und entschied in drei Verfahren<sup>96</sup>, daß die Patentierung von

<sup>77</sup> AaO (FN 52) 16.

<sup>78</sup> AaO (FN 64).

<sup>79</sup> AaO (FN 49) 641.

<sup>80</sup> Zur patentrechtlichen Systematik und Wertung der Programme für Datenverarbeitungsanlagen, GRUR 1969, 315: **Kumm** führt ua technisch-erkenntnistheoretische Gründe an; **ders.**, Zu einigen Scheinproblemen aus der Datenverarbeitungstechnik, GRUR 1970, 73.

<sup>81</sup> Zum Rechtsschutz und zur Verkehrsfähigkeit von Rechenprogrammen, WiR 1973, 353 (359).

<sup>82</sup> Patentrechtskommentar I<sup>3</sup> (1971) 66f.: Die Programmierung liege auf rein geistigem Gebiet.

<sup>83</sup> AaO (FN 72).

<sup>84</sup> Grenzen der Patentfähigkeit zwischen technischen und geistigen Anweisungen, Mitt 1966, 170 (173).

<sup>85</sup> dBGBI 1976 II 649; ab 1978 wirksam.

<sup>86</sup> dBGBI 1981 I 1.

<sup>87</sup> Beantwortung der Fragen zum Schutz von Computerprogrammen (Frage 57) im Namen der Deutschen Landesgruppe der AIPPI für die Tagung des Präsidentenrates der AIPPI 1983 in Athen, AIPPI Annuaire 1984/III 160.

<sup>88</sup> Hervorhebungen im Original.

<sup>89</sup> Amtsbl EPA 1985, 173; vgl dazu **Gall**, Computerprogramme und Patentschutz, Mitt 1985, 181; v. **Hellfeld**, Der Schutz von Computerprogrammen enthaltenden Erfindungen durch das Europäische und das Deutsche Patentamt — eine Konfrontation, GRUR 1985, 1025, der für eine möglichst enge Auslegung der die Patentierbarkeit von Software ausschließenden patentrechtlichen Bestimmungen plädiert.

<sup>90</sup> 17 W 1/61.

<sup>91</sup> 17 W (pat) 9/65.

<sup>92</sup> 17 W (pat) 6/68.

<sup>93</sup> 5 IIC 211 (1974) (Anm **Kolle**) = auszugsweise Mitt 1973, 171; zust **Bardehle** (FN 48).

<sup>94</sup> AaO (FN 10).

<sup>95</sup> BGH 27. 3. 1969 GRUR 1969, 672 = BGHZ 52, 74.

<sup>96</sup> 23. 7. 1974 — Dispositionsprogramm — 17 W (pat) 11/72;

Lösungsmaßnahmen ausgeschlossen ist, wenn das Wesentliche „eine aus dem sich vom Problem her sich ergebende Algorithmus ableitbare Folge von Teiloperationen (ist), mit der lediglich die Bearbeitungsmöglichkeiten einer dem Stand der Technik entsprechenden Datenverarbeitungsanlage genutzt werden“. Gegen diese BPatG-Beschlüsse wurde Rechtsbeschwerde zugelassen und auch eingelegt.

So fällt der BGH am 22. Juni 1976 seine richtungsweisende Dispositionsprogramm-Entscheidung<sup>97</sup>, der bis 1980 noch weitere sechs Urteile folgten, die alle darauf aufbauend sich an die Grenzen des Patentschutzes für Software herantasteten: „Kennungsscheibe“<sup>98</sup>, „Straken“<sup>99</sup>, „Prüfverfahren“<sup>100</sup>, „Fehlerortung“<sup>101</sup>, „Antiblockiersystem“<sup>102</sup> und „Walzstabelle“<sup>103</sup>.

Am 21. Jänner 1982 stellt das BPatG<sup>104</sup> fest, daß ein Datenfluß- oder Programmablaufplan dann keine ausreichende Lehre zum technischen Handeln darstellt, wenn sich daraus nicht zwangsläufig auch ein bestimmter hardware-mäßiger schaltungstechnischer Aufbau einer Anordnung ergebe.

### 3. Patentrechtliche Bilanz

Nach diesen Entscheidungen ergibt sich eine klare und brauchbare Linie, die durch folgende Grundsätze gekennzeichnet werden kann<sup>105</sup>:

(1) Einem Verfahren, das großteils ein reiner Organisationsplan ist, kommt als bloßer Anweisung an den menschlichen Geist ebenso wie der Organisations- und Rechenregel, dem Algorithmus, kein technischer Charakter zu, was sich auch dann nicht ändert, wenn bei der Anwendung einer solchen Regel technische Mittel benutzt werden. Die Anleitung zum zweckmäßigen Gebrauch eines technischen Geräts kann aber technischer Natur sein; auch steht die Angabe einer mathematischen Formel bloß zur Kennzeichnung des Erfindungsgegenstandes einer Patentierung nicht entgegen, sie selbst ist davon aber ausgeschlossen.

(2) Die Lehre, eine Datenverarbeitungsanlage nach einem bestimmten Programm zu betreiben, kann patentierbar sein, wenn das Programm einen neuen erfinderischen Aufbau einer solchen Anlage erfordert und lehrt oder wenn durch das Programm die Anlage auf eine neue, bisher weder übliche, noch naheliegende Art zu benutzen ist. Ein Programm ist aber jedenfalls von der Patentierung ausgeschlossen, wenn dadurch bloß eine in Aufbau und Konstruktion bekannte Datenverarbeitungsanlage bestimmungsgemäß verwendet wird.

(3) Eine Patentierung ist nur möglich, wenn sich die erfinderische Neuheit auf technische Merkmale bezieht, hingegen nicht, wenn sich die Erfindung nur auf den Algorithmus beschränkt.

(4) Das PatG ist nicht als Auffangbecken für sonst ungeschützte geistige Leistungen extensiv zu interpretieren.

(5) Eine Regel zum technischen Handeln muß eine Lehre enthalten, mit bestimmten technischen Mitteln zur Lösung einer technischen Aufgabe ein technisches Ergebnis zu erzielen, das — als kausal übersehbarer Er-

folg — unmittelbar aus dem Einsatz beherrschbarer Naturkräfte resultieren muß, wobei zu diesen Naturkräften nur solche zu zählen sind, die außerhalb der menschlichen Verstandestätigkeit liegen, jedoch damit vom Menschen beherrscht werden.

(6) Eine Lehre, die sich im wesentlichen in einer Regel zur Auswahl, Gliederung und Zuordnung bestimmter Bedeutungsinhalte erschöpft, ist auch dann nicht technischer Art, wenn die Anwendung dieser Regel zweckmäßig oder auch ausschließend unter Zuhilfenahme technischer Geräte erfolgt und wenn sich die Anwendung der Regel in Ergebnissen niederschlägt, die auf technischem Gebiet verwendbar sind.

(7) Ein seiner Natur nach untechnischer Erfindungsgegenstand wird nicht durch den technischen Charakter oder die technische Verwertbarkeit seiner Anwendungsergebnisse zu einem technischen Gegenstand, weil diese Anwendungsergebnisse selbst nicht Bestandteil der erfinderischen Problemlösung sind.

(8) Wesentlich für die Patentierbarkeit einer Lehre ist der technische Charakter, nicht aber deren sprachliche Einkleidung.

(9) Der nicht-technische Teil einer Lehre, d.h. insbesondere der Algorithmus, leistet keinen Beitrag zu ihrer Neuheit und zum erfinderischen Gehalt.

Mit **Kolle**<sup>106</sup> kann gesagt werden: „Versuche, Patentschutz für Software-Schöpfungen zu erhalten, haben keine Zukunft mehr. Der Weg zum Patentschutz über eine lediglich meschinelle Anwendung oder Ausführung datenverarbeitungsgerechter Rechenvorschriften ist endgültig blockiert.“

## B. Österreich

### 1. Literatur und Gesetzgebung

Österreichische Literatur zu patentrechtlichen Fragen von Computerprogrammen gibt es nicht. Durch

23. 7. 1974 — Straken — 17 W (pat) 58/72; 6. 8. 1974 — Prüfverfahren — 17 W (pat) 53/73; die Leitsätze sind in BIPMZ 1975, 202 abgedruckt.

<sup>97</sup> GRUR 1977, 96 = BGHZ 67, 22; zust **Kolle**, Technik, Datenverarbeitung und Patentrecht — Bemerkungen zur Dispositionsprogramm-Entscheidung des Bundesgerichtshofs, GRUR 1977, 58; zur Frage der Schützbarkeit von Mikroprozessor-Erfindungen nach dieser Entscheidung s **Witte**, Mikroprozessoren und Patentschutz, GRUR 1978, 511.

<sup>98</sup> 1. 7. 1976 GRUR 1977, 152.

<sup>99</sup> 21. 4. 1977 GRUR 1977, 657 (zust **Kolle**).

<sup>100</sup> 7. 7. 1977 GRUR 1978, 102 (zust **Kolle**).

<sup>101</sup> 14. 2. 1978 GRUR 1978, 420 (zust **Storch**).

<sup>102</sup> 13. 5. 1980 GRUR 1980, 849 (zust **Eisenführ**); zur Entscheidung des BPatG 12. 6. 1978, GRUR 1979, 111, als Vorinstanz vgl **Reichel**, Neue Grenzen des Patentschutzes im Bereich der mechanischen Technologie beim Einsatz von Rechenregeln vollziehenden Bauteilen?, GRUR 1979, 355.

<sup>103</sup> 16. 9. 1980 GRUR 1981, 39 (zust **Pietzcker**).

<sup>104</sup> BIPMZ 182, 214.

<sup>105</sup> Vgl die ausführliche Übersicht und systematische Einordnung und Wertung von **Kindermann**, Zur Lehre von der technischen Erfindung, GRUR 1979, 443 und 1979, 501 sowie **Benkard**, Patentgesetz<sup>7</sup> (1981) § 1 PatG RZ 104.

<sup>106</sup> AaO (FN 97) 74.

die Patentrechts-Novelle 1984<sup>107</sup> wurden „Programme für Datenverarbeitungsanlagen“ in § 1 Abs 2 Z 3 PatG ausdrücklich vom Patentschutz ausgenommen. Die patentrechtliche Situation in Österreich stellt sich in diesem Zusammenhang daher ähnlich wie in der Bundesrepublik dar.

## 2. Judikatur

Am 12. Dezember 1967 hatte die Beschwerdeabteilung des Österreichischen Patentamts im Fall „Zinszahlen-Rechenprogramm“<sup>108</sup> über die Patentierbarkeit eines Rechenprogramms zu entscheiden. Voraussetzung für die Patentierbarkeit sei eine Erfindung, d.h. die schöpferische Verwertung von Naturkräften. Die Steuerung einer datenverarbeitenden Maschine erfolge durch das Programm unter Zuhilfenahme von Naturkräften, die Erstellung des Programmes selbst müsse aber als rein geistige Leistung angesehen werden, „die notgedrungenweise von der Maschine zu erbringen ist“. Ein Computerprogramm stelle daher keine patentierbare Erfindung dar.

Ebenfalls ablehnend entschied die Nichtigkeitsabteilung des Patentamts am 28. März 1968 — lineare Programmierungseinrichtung III<sup>109</sup> — und erklärte ein bestehendes englisches Patent für nichtig: „Ein Rechenverfahren gehört vielmehr ausschließlich dem Gebiet des Geistes an und entbehrt daher des technischen Charakters. Ein Rechenverfahren kann daher nicht ein Gegenstand einer Erfindung iSd PatG und damit auch nicht Gegenstand des Patentschutzes bilden. Das Umsetzen eines Rechenverfahrens in ein Programm zur Steuerung einer Datenverarbeitungsanlage gehört zum verpflichtenden Können eines Programmierers und stellt keine Probleme, deren Bewältigung einer erfindischen Leistung bedürften... Wenn mehrere Lösungen bekannt sind, wird die Auswahl der jeweils günstigsten Lösung auf allen technischen Gebieten stets als im Bereich des durchschnittlichen Könnens eines Fachmanns gelegen bewertet.“ Es fehle daher an der erforderlichen Erfindungshöhe.

In einer weiteren Entscheidung der Beschwerdeabteilung des Patentamts vom 29. Oktober 1970 — Algorithmus<sup>110</sup> — wird klargestellt, daß Rechenregeln als wissenschaftliche Lehr- und Grundsätze nicht dem Patentschutz zugänglich seien. Auch Rechenprogramme

seien nicht patentierbar, da die bei der Ausarbeitung eines Programms einschließlich der zugrundeliegenden Rechenverfahren (Algorithmus) erforderliche schöpferische Leistung nur auf mathematischem, also geistigem Gebiet, nicht aber auf technischem Gebiet liege; die Übertragung einer Rechenvorschrift in ein entsprechendes Rechenprogramm gehöre zu den Routineaufgaben eines Programmierers und erfordere keinerlei erfinderische Geistestätigkeit.

## C. Schweiz

### 1. Literatur

Wittmer<sup>111</sup> hält — wenn überhaupt — nur einen mittelbaren patentrechtlichen Schutz für möglich und sieht aber eine grundsätzliche Unzuständigkeit des Patentrechts<sup>112</sup>.

### 2. Judikatur

Das Bundesamt für geistiges Eigentum meinte am 3. September 1968<sup>113</sup>, ein Programm für eine Rechenmaschine stelle „keine Schöpfung dar, die mit den Mitteln der Naturkräfte arbeitet oder auf sie einwirkt, um einen technischen Erfolg zu erzielen, sondern ist als rein geistige Leistung anzusehen, welche dem Patentschutz nicht zugänglich ist“. Bei der Erstellung eines solchen Programms handle es sich „lediglich um eine zweckmäßige Aufteilung eines Rechenvorganges, um ihn für die Maschine verständlich zu machen“. Im gleichen Sinn hat das Bundesgericht am 12. Dezember 1970<sup>114</sup> und am 12. Dezember 1972<sup>115</sup> entschieden.

(wird fortgesetzt)

<sup>107</sup> ÖBGBI 1984/234.

<sup>108</sup> PBI 1968, 39 = GRUR Int 1968, 211.

<sup>109</sup> PBI 1968, 187 = GRUR Int 1968, 381.

<sup>110</sup> PBI 1971, 15 = GRUR Int 1971, 337 = 2 IIC 206 (1971).

<sup>111</sup> Der Schutz von Computersoftware — Urheberrecht oder Sonderrecht? (1981) 78 ff.

<sup>112</sup> S auch Voyame, L'évolution récente du droit des brevets, ZSR 98 (1979) I 337 (348).

<sup>113</sup> „Bewehrung-Rechenprogramm“, SchwPMMBI 1968, 53 = GRUR Int 1969, 142 = 1 IIC 148 (1970).

<sup>114</sup> „Canguilhem I“ BGE (1972) 1b 396.

<sup>115</sup> „Canguilhem II“ SchwPMMBI 1973 I 26.