Dr. iur. Wolfgang Straub

Software im System des Immaterialgüterrechts

Zur Zeit zeichnet sich beim Schutz von Digitalprodukten weltweit ein Paradigmenwechsel ab. Softwarebezogene Erfindungen sollen sich patentieren lassen, der parallele Schutz von Computerprogrammen durch das Urheberrecht soll konsolidiert werden. Vor dem Hintergrund einer beabsichtigten Revision des Urheberrechtsgesetzes fragt sich allerdings grundsätzlich, inwieweit das traditionelle Urheberrecht auf den Schutz technischer Werke zugeschnitten ist.

Technologische Herausforderung des traditionellen Urheberrechts

[Rz 1] Das Urheberrecht ist primär auf den Schutz von sinnlich erfassbaren Werken der Literatur und Kunst ausgerichtet. Durch die technische Entwicklung, insbesondere die Digitalisierung, wurde das traditionelle Urheberrechtsverständnis vor neue Herausforderungen gestellt.

[Rz 2] Computerprogramme, Datenbanken und DVD-Videos weisen verschiedene Besonderheiten auf: Sie können nur mit Hilfe von Hard- und Softwarekomponenten sinnlich wahrgenommen werden und tragen das Potenzial zu verlust- und nahezu kostenfreier Vervielfältigung und weltweiter Verbreitung in sich. Die Digitaltechnik kennt zugleich spezifische technische Möglichkeiten, die Nutzung und Kopierfähigkeit zu blockieren.

[Rz 3] Digitale Produkte haben sozusagen einen hybriden Charakter, welcher technische und literarische bzw. künstlerische Aspekte umfassen kann. Reine Software ist wohl primär technischer Natur (die Frage der Technizität ist allerdings kontrovers). Hingegen ändert die Digitalisierung von Texten und audiovisuellen Werken nichts an ihrer Zugehörigkeit zur Literatur und Kunst. Dass diese Unterscheidung fliessend verläuft, wird etwa am Beispiel von interaktiven Multimedia-Anwendungen und Computerspielen klar.

Urheberrechtsschutz für Computerprogramme

[Rz 4] Sobald Computerprogramme kommerzielle Bedeutung erlangt hatten, begann die Diskussion über die Möglichkeiten ihres rechtlichen Schutzes. Ihr vorab technischer Charakter hätte eigentlich für eine Einordnung ins Patentrecht gesprochen. Weltweit hat jedoch eine primäre Unterstellung unter das bestehende Urheberrechtssystem stattgefunden. Das auch von der Schweiz ratifizierte *WTO-Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum (TRIPS)* sieht daher vor, dass Computerprogramme von den Mitgliedern als Werke der Literatur geschützt werden müssen [Fn 1]. Dieser Grundsatz wird im *WIPO Copyright Treaty (WCT)*, dessen Ratifizierung die Schweiz beabsichtigt, noch einmal festgehalten [Fn 2].

[Rz 5] Nach dem Wortlaut des geltenden schweizerischen Urheberrechtsgesetzes sind Computerprogramme den Werken der Literatur und Kunst *gleichgestellt* [Fn 3]. Inzwischen hat das Institut für geistiges Eigentum (IGE) einen *Vorentwurf zur Revision des Urheberrechts* ausgearbeitet, welcher eine Anpassung an das WIPO-Recht beabsichtigt. Der Entwurf schreibt daher fest, dass Computerprogramme als Sprachwerke geschützt sind [Fn 4].

[Rz 6] Haben Computerprogramme tatsächlich sprachlichen Charakter? Ihre Herstellung erfolgt in der Regel in der Form eines *Sourcecodes*, welcher aufgrund seiner sprachähnlichen Struktur für Informatiker lesbar ist. Ausgeliefert werden Programme allerdings meist in einer nur für Computer verständlichen Form. Zur Weiterentwicklung und Abänderung ist der Sourcecode in der Regel aber unverzichtbar. Da er viel Know-How enthält, hat der Hersteller ein Interesse an seiner Geheimhaltung.

Urheberrechtlicher Geheimnisschutz

[Rz 7] Bis zu einem gewissen Grad kann die Struktur von Computerprogrammen rekonstruiert werden. Technisch gesehen setzt ein *software reverse engineering* – ebenso wie bereits das Laden in den Arbeitsspeicher – einen Kopiervorgang voraus. Da die Rechte des Urhebers am Kopieren eines Werks anknüpfen, ist für jeden Kopiervorgang entweder die Zustimmung des Rechtsinhabers oder eine spezifische gesetzliche Erlaubnis notwendig.

[Rz 8] Nach heftigem politischen Ringen wurden technische Massnahmen zur Softwareanalyse 1991 in der EU weitgehend verboten, jedoch eine Ausnahme für die Schaffung von Schnittstellen zu interoperablen Programmen vorgesehen. Der Wortlaut der EU-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen regelt hingegen die Frage der Zulässigkeit von Analysen zur Sicherheitsüberprüfung, für Programmmodifikationen etc. nicht explizit.

[Rz 9] Die Regelung der EU wurde im Sinne eines autonomen Nachvollzugs von Gemeinschaftsrecht analog ins schweizerische Urheberrecht übernommen. Im Rahmen der geplanten Revision des Urheberrechtsgesetzes sollen die Formulierungen weiter an die EU-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen angeglichen werden [Fn 5]. Auch im Vorentwurf des IGE findet sich allerdings keine explizite Regelung der Zulässigkeit des *reverse engineering* zu Sicherheitskontrollen und Programmänderungen.

[Rz 10] Da TRIPS und WCT zu einer völligen Gleichstellung von Computerprogrammen und sonstigen literarischen Werken verpflichten, soll auch die derzeitige Schutzdauer für Software von 50 Jahren auf 70 Jahre nach dem Tod der Urheber erhöht werden [Fn 6]. Angesichts der Schnelllebigkeit von IT-Produkten erscheint eine so lange Schutzzeit allerdings etwas absurd.

Schwächen des Urheberrechts

[Rz 11] Um Urheberrechte zu erlangen, ist in den Mitgliedstaaten der *Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (RBÜ)* – wozu auch die Schweiz zählt – keine Hinterlegung notwendig [Fn 7]. Im völligen Fehlen von Formalitäten liegt allerdings zugleich ein praktischer Nachteil des Urheberrechts: Schwierigkeiten kann bereits der Beweis bereiten, von wem ein Werk geschaffen wurde. Eine mögliche Abhilfestrategie liegt hier in der Hinterlegung bei einem Dritten (Escrow).

[Rz 12] In der Praxis bleibt oft schwierig zu beurteilen, ob einzelne Programmsequenzen die Anforderungen des urheberrechtlichen Schutzes erfüllen, d.h. individuellen Charakter haben. Obwohl auch die Unangreifbarkeit eines Patentes erst nach einem überstandenen gerichtlichen Anfechtungsverfahren feststeht, bietet bereits das formalisierte Eintragungsverfahren erhöhte Rechtssicherheit. Ein Patent ist für Unternehmen und Investoren daher meist mehr wert als der etwas vage Hinweis auf urheberrechtlichen Schutz.

Softwarepatente

[Rz 13] Mit der Unterstellung der Computerprogramme unter das Urheberrecht schien die Frage ihres Schutzes zunächst gelöst. Dementsprechend wurden für Softwareentwicklungen Patente mit der Begründung verweigert, sie hätten keinen technischen Charakter.

[Rz 14] Das *Europäische Patentübereinkommen (EPÜ)* schliesst die Patentierung ganzer Programme für Datenverarbeitungsanlagen zwar grundsätzlich aus [Fn 8], softwarebezogene *technische Erfindungen* können indessen patentiert werden. 1998 wurde die bisherige Praxis erheblich liberalisiert [Fn 9], wohl nicht zuletzt unter dem Einfluss des US-amerikanischen Rechts. Ein erster Versuch, den Wortlaut des EPÜ an die neue Eintragungspraxis anzupassen, ist gescheitert. Für Herbst 2002 ist das Thema jedoch erneut traktandiert.

[Rz 15] Die EU-Kommission hat am 20.2.2002 einen Richtlinienentwurf zur Patentierung von Computerprogrammen vorgelegt, welcher die Behandlung von Softwareerfindungen in den Mitgliedstaaten vereinheitlichen soll [Fn 10]. Dieser ist auf kontroverse Reaktionen gestossen.

[Rz 16] Das schweizerische Patentgesetz behandelt die Frage der Schützbarkeit von Computerprogrammen nicht explizit, doch scheint sich die schweizerische Praxis primär an derjenigen des EPÜ zu orientieren. Im Vorentwurf des IGE für eine Revision des Patentgesetzes findet sich kein Vorschlag zur Regelung dieser Thematik. Man will sich wohl angesichts der noch in Gang befindlichen Entwicklung auf europäischer Ebene keine Wege verbauen.

Verknüpfung von rechtlichen und technischen Schutzmassnahmen

[Rz 17] Rechtlicher Schutz ist mit zahlreichen praktischen Schwierigkeiten verbunden: Piraten sind oft schwer auffindbar und illiquide, bereits in Umlauf geratene Kopien nicht mehr lokalisierbar. Die Hersteller von Digitalprodukten haben daher von Anfang an technische Strategien zur Verhinderung unautorisierter Nutzung und Vervielfältigung entwickelt. Wie etwa das Beispiel des DVD-Kopierschutzes zeigt, können derartige Schutzmassnahmen jedoch früher oder später umgangen werden.

[Rz 18] Zur Zeit wird daher versucht, technische Schutzmechanismen wie Kopiersperren weltweit rechtlich zu schützen und ihre Umgehung strafrechtlich zu ächten: Der im Rahmen der WIPO ausgehandelte *Copyright Treaty* und der *Performances and Phonograms Treaty* [Fn 11] verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Schaffung von entsprechenden Strafbestimmungen. Der Vorentwurf des IGE für die Revision des Urheberrechtsgesetzes versucht diese Vorgaben ins schweizerische Recht umzusetzen. Ähnliche Bestimmungen gibt es übrigens im Recht der Länder, welche die WIPO-Verträge bereits ratifiziert haben sowie in der *EU-Richtlinie über die Harmonisierung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft* , welche bis Ende 2002 von den Mitgliedstaaten ins nationale Recht umgesetzt werden muss.

Komplexes Zusammenspiel verschiedener Schutzebenen

[Rz 19] Um dem hybriden Charakter und der besonderen Verletzlichkeit von digitalisierten Immaterialgütern zu begegnen, bietet das schweizerische Recht somit eine Palette von allerdings recht verschiedenartigen Schutzmöglichkeiten:

- Das Urheberrecht schützt ihre Ausdrucksform, mithin auch einzelne Sequenzen, soweit diese individuellen Charakter haben. Dieser Schutz wird durch das Verbot des *software reverse engineerin*g und künftig wohl auch durch strafrechtliche Sanktionen zugunsten von Kopierschutzsperren ergänzt.
- Nicht naheliegende technische Lösungsprinzipien können als Patente hinterlegt werden.
- Soweit Software in Computerchips verkörpert ist, kann ihr Aufbau auch via Topografiegesetz gesichert werden.
- Die grafische Oberfläche von digitalen Produkten ist dem Musterschutz bzw. demnächst einem Designschutz zugänglich.
- Schliesslich wird das direkte Kopieren ganzer Produkte durch das Lauterkeitsrecht untersagt.

Softwareschutz contra Innovationsförderung?

[Rz 20] Angesichts der alternativen Schutzmöglichkeiten fragt sich, ob die Unterstellung von Software unter das Urheberrecht noch zeitgemäss ist. Immaterialgüterrechte für technische Güter sollen vor allem die Entwicklung fördern, indem die Publikation innovativen Wissens durch die Gewährung von Schutzrechten während einer beschränkten Zeitspanne belohnt wird. Ein zeitlich beschränkter Patentschutz trägt diesem Prinzip besser Rechnung als ein praktisch illimitierter Urheberrechtsschutz.

[Rz 21] Aufgrund der staatsvertraglichen Bindungen kommt eine Loslösung des Softwareschutzes aus dem System des Urheberrechts auf rein nationaler Ebene nicht in Frage. Eine Revision des Urheberrechtsgesetzes könnte immerhin Anlass dazu sein, die Grenzen des Geheimnisschutzes informatiktechnischen Know-Hows zu überdenken. Dabei ist aber insbesondere zu beachten, dass die RBÜ den Mitgliedstaaten Ausnahmen vom Vervielfältigungsverbot nur erlaubt, wenn diese

weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen noch die Interessen des Urhebers unzumutbar verletzen [Fn 12].

Dr. Wolfgang Straub LL.M. ist Rechtsanwalt in Bern

Eine Kurzfassung dieses Beitrages ist in der Neuen Zürcher Zeitung vom 5. April 2002 erschienen.

[Fn 1] Art. 10 TRIPS
[Fn 2] Art. 4 WCT
[Fn 3] Art. 2 Abs. 3 URG
[Fn 4] Art. 2 Abs. 3 VE URG
[Fn 5] Vgl. Art. 13a des VE URG.
[Fn 6] Art. 29 Abs. 2 und 3 VE URG
[Fn 7] Art. 3 und 5 Abs. 1 RBÜ
[Fn 8] Art. 52 Abs. 2 lit. c EPÜ
[Fn 9] Entscheid der Beschwerdekammer vom 1.7.1998, T-1173/97 (IBM Programmprodukt)
[Fn 10] Vorschlag für eine Richtlinie über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen, KOM (2002) 92
[Fn 11] Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT
[Fn 12] Art. 9 Abs. 2 RBÜ

Rechtsgebiet	Immaterialgüterrecht
Erschienen in	Jusletter 15. April 2002
Zitiervorschlag	Wolfgang Straub, Software im System des Immaterialgüterrechts, in: Jusletter 15. April 2002 [Rz]
Internetadresse	http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=1635