

**FAZ Beschäftigte nach Wirtschaftsabteilungen und -gruppen**

	30. Juni 1974 absolut in %	31. März 1984 absolut in %	30. Juni 1974 absolut in %	31. März 1984 absolut in %
Land-, Forstwirtschaft, Fischerei	202 534 100	213 048 100,7		
Energie, Bergbau	446 010 100	461 133 107,4		
Energiemwirtschaft	220 884 100	242 893 110,4		
Bergbau	227 426 100	238 140 104,7		
Verarbeitendes Gewerbe	9 818 402 100	7 857 648 85,3		
Chem. Industrie	851 249 100	591 838 69,5		
Kunststoffverarbeitung	351 508 100	330 508 94,0		
Steine, Erden				
Glas	440 553 100	320 237 72,7		
Eisen- und Stahlherzeugung	412 805 100	278 116 67,4		
Gießerei	142 244 100	104 591 73,5		
Zielerzeugung u. a.	274 458 100	257 052 93,7		
Stahl- und Leichtmetallbau	367 777 100	330 053 89,8		
Maschinenbau	1 109 059 100	940 236 84,8		
Fahrzeugbau	893 040 100	1 031 541 115,5		
EDV-Anlagen, Büromaschinen	94 423 100	72 287 76,6		
Elektrotechnik (ohne Z)	1 163 005 100	942 078 81,0		
Feinmechanik, Optik	205 281 100	195 890 95,4		
EMW-Waren, Spielwaren, Schmuck	507 713 100	403 737 79,5		
Säge- und Holzverarbeitung	443 184 100	402 824 90,9		
Papierherzeugung u. -verarbeitung	190 798 100	155 037 81,3		
Druckerei, Vertriebsmittel	233 280 100	208 455 89,4		
Leder, Schuhe	117 960 100	89 832 76,0		
Textilherzeugung	421 385 100	280 504 66,6		
Bekleidungs-gewerbe	382 780 100	245 144 64,1		
Nahrungs- und Genussmittel	745 378 100	689 825 92,6		
Baugewerbe	1 823 778 100	1 466 188 80,4		
Bauhauptgewerbe	1 285 182 100	1 028 001 79,4		
Ausbau- und Bauhilfs-gewerbe	458 894 100	437 185 95,3		
Handel	2 348 340 100	2 700 484 115,0		
Verkehr, Nachrichtenübermittlung	1 033 707 100	894 932 86,6		
Eisenbahnen	220 025 100	141 101 64,1		
Dt. Bundespost	229 040 100	313 028 136,7		
Straßenverkehr	239 151 100	249 077 104,1		
Schifffahrt, Spedition, Luftfahrt	348 484 100	349 818 100,3		
Kreditinstitute, Versicherungs-gewerbe	727 788 100	792 809 108,9		
Dienstleist., sowie anderw. n. gen.	2 901 488 100	3 719 488 128,2		
Gaststätten und Beherbergung	344 173 100	410 894 119,4		
Reinigung, Körperpflege	280 870 100	310 033 106,7		
Wissenschaft, Kunst				
Publizistik	684 746 100	604 821 88,4		
Gesundheits-, Veterinärwesen	784 140 100	1 091 435 139,2		
Rechts- und Wirtschaftsberatung	170 255 100	249 891 146,8		
Sonstige Dienstleistungen	647 467 100	843 834 129,0		
Organisationen o. Erwerbscharakt., priv. Haushalte	311 049 100	398 837 128,2		
Gebietskörperschaften, Sozialversicherung	1 390 089 100	1 357 893 105,0		
Gebietskörperschaften	1 138 679 100	1 189 605 104,5		
Sozialversicherung	151 380 100	188 058 124,3		
Ohne Angabe	15 838 X	3 212 X		
Zusammen	29 814 524 100	18 997 119 63,7		

Quelle: Bundesanstalt für Arbeit

durch die Sparte „EDV, Büromaschinen ...“ - und hier sind die ohnehin nur relativ wenigen Arbeitsplätze um fast ein Viertel zurückgegangen. Ein Bereich, der in den USA und in Ostasien um oft zweistellige Zuwachsraten pro Jahr wächst, schrumpft in unserem Lande. Bald werden wir 80 % der in der Bundesrepublik vertriebenen Geräte importieren - ohne daß Demonstrationen die Öffentlichkeit alarmieren. Für mich aber war es darum umso erfreulicher, auf dem Mannesmann Kienzle-Stand hier in Hannover die neuen Rechner, die Peripheriegeräte und die Software-Entwicklungen anschauen zu dürfen, vielen Dank!

Diese Daten sollen als Warnung verstanden sein. Ich möchte nicht polemisieren, wie wir in Europa zwischen den beiden interessanten Elementen Kohle und Silicium wählen, aber ich muß doch ein wenig der Anwalt sein einer Lobby, die es gar nicht gibt. Der Lobby der jungen Wissenschaftler, die auch ich auszubilden versuche in unserem Institut. Die vielen Doktoranden, Forscher und Lehrer, die auf diesem Gebiet der modernen Mikroelektronik ihre ersten Schritte gehen und für die eigentlich in unserem alten Europa eine motivierende, eine interessante und eine schöne Tätigkeit gefunden werden müßte. Wir hätten sehr wohl dazu alle Voraussetzungen. Wir sollten in dieser Wahl in der vierten Hauptgruppe wenigstens eine öffentliche Diskussion zustandebringen, auch wenn es politisch eine schwierige Frage ist. Vielleicht können Sie auch ein wenig dazu beitragen, daß diese öffentliche Diskussion zustandekommt, was wir möglicherweise verpassen, wenn wir nach wie vor den Kohlenstoff und nicht das Silicium wählen.

Bild 14

Statistik der Bundesanstalt für Arbeit, wiedergegeben von der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 03. 12. 1985. Im Zehnjahreszeitraum stieg die Zahl der Arbeitsplätze im Bergbau, sank aber bei Computern!

Kohlepolitik und der Strategie der Gewerkschaften - zugunsten des Elements Kohlenstoff! Das Silicium wird vertreten

**Das Immaterialgüterrecht unter dem Schock der Informatik-Schöpfungen: Das französische Beispiel**

Michel Vivant

1. - Eine kürzlich in der französischen Presse veröffentlichte Karikatur beschrieb die fiktive Unterhaltung zweier Personen: „Haben sie das Außenhandelsdefizit erfunden?“ - „Ich habe sogar ein Patent angemeldet.“<sup>1</sup> Sind das Haushalts- oder das Handelsdefizit patentierbar? Oder die starke Mark oder der Franc oder die Ostpolitik? Man kann mit guten Gründen daran zweifeln.

Es sind heute Schöpfungen zu beurteilen, mindestens ebenso fremdartig wie die vielfältigen Entdeckungen der Mikrobiologie, die das traditionelle Gleichgewicht des geistigen Eigentums erschüttern. Dazu gehören die Erfindungen der Informatik, gleichgültig, ob man nun an Software denkt (die Frage ihres Schutzes ist schon ein klassisches Bravourstück des Rechts der Informatik) oder an die Datenbanken, oder zum Beispiel auch an die Expertensysteme oder die Topographien von Halbleitererzeugnissen.

2. - Diese Entwicklungen wurden, seitdem sie am Horizont des Juristen aufgetaucht sind, als unbekannte (Flug-) Objekte betrachtet, mehr noch, als Objekte, die mit keinem bestehenden Rechtsinstitut in Einklang zu bringen waren. Die ersten Studien, die in Frankreich über die Software durchgeführt

wurden, hatten zum Ziel, sie als nicht patentierbar zu erklären<sup>2</sup>, und ihr Schutz mit Hilfe des Urheberrechts wurde lange Zeit verworfen<sup>3</sup>. Die fehlende Angemessenheit des geltenden positiven Rechts wurde von allen Seiten bestätigt, angefangen von den problematischen Beziehungen zwischen Datenbanken und Urheberrecht<sup>4</sup> bis hin zu den Mikrochips (vor Verabschiedung des speziellen diesbezüglichen Gesetzes vom 4. Juli 1987). Die Reihe der Beispiele dafür, daß die Informatik-Schöpfungen wohl stets Gegenstand einer besonderen Bearbeitung zu sein scheinen, könnte beliebig fortgesetzt werden.

3. - All das spielt sich auf eine Art und Weise ab, die den Eindruck erweckt, als könne nach dem Eindringen dieser Erfindungen der Informatik in die Welt des geistigen Eigentums we-

1 Wolinski, Le Nouvel Observateur, 22/28 April 1988.

2 J.M. Mousseron, La protection juridique des programmes d'ordinateur, in: La protection des résultats de la recherche face à l'évolution des sciences et des techniques, Litec 1969.

3 Vgl. z.B. R.Plaisant, La protection du logiciel par le droit d'auteur, G.P. 1983, 2, doc. 348.

4 Vgl. „Le Monde gegen Microfor“ (Entscheidung der Cour de Cassation, Assemblée plénière, 30. Oktober 1987).

gen des damit verbundenen Schocks nichts an seinem bisherigen Platz bleiben. Wahrscheinlich wurden die Schwierigkeiten manchmal durch das außerordentliche Maß an Ungenauigkeiten und Widersprüchen gesteigert, die in manchen schriftlichen Äußerungen anzutreffen waren. Wenn man diese Randscheinungen aber einmal außer acht läßt, bleibt die Tatsache bestehen, daß das geistige Eigentum heute, mit der Anerkennung dieser Erfindungen, objektiv nicht mehr dasselbe ist und nicht mehr dasselbe sein kann wie früher. Die Schockwirkung hat sich zuerst durch eine Verstärkung des Phänomens der Aufspaltung des Begriffs des geistigen Eigentums (I) bemerkbar gemacht, die man seit dem Beginn seiner Existenz feststellen kann, d.h. für Frankreich seit dem Ende des 18. Jahrhunderts. Das Gesetz von 1987 ist nur das letzte Beispiel dafür. Die Schockwirkung hat sich, für den Nichtspezialisten nicht so offensichtlich, auch durch eine untergründige Destabilisierung (II) im Bereich der Begriffe und Konstruktionen bemerkbar gemacht. Beispielsweise hat die schließliche Anerkennung der Anwendung des Urheberrechts auf Software in Frankreich eine lebhaft diskutierte Originalität in Gang gesetzt, die zu bedeutsamen Veränderungen geführt hat.

Die angedeutete Thematik läßt sich wegen ihrer Weite auf ein paar Seiten nicht erschöpfend behandeln. Deshalb soll sie anhand einiger Beispiele lediglich charakterisiert werden. Die Absicht ist dabei nicht, ein wie auch immer geartetes Werturteil zu treffen oder sich nostalgischen Erinnerungen an eine Zeit mit noch kohärentem Recht hinzugeben (falls es eine solche Zeit jemals gegeben haben sollte), Es geht lediglich, um eine - provisorische - Bestandsaufnahme.

## I - Die Erfindungen der Informatik und die Aufspaltung des Begriffs des geistigen Eigentums

4. - Gibt es ein Eigentum an Sachen? Es ist eine Tatsache, daß jede Kategorie von Sachen, die die Gesellschaft schützen wollte, eine spezielle Art von Eigentum hat entstehen lassen, seit die antiken Griechen ein Eigentum an Küchenrezepten erfunden haben<sup>5</sup>. Es liegt in der Natur des geistigen Eigentums, eine gewisse Vielfalt aufzuweisen: Die „créations saisonnières de la parure ou de l'habillement“, die vom französischen Recht berücksichtigt werden, oder die Verfahren zur Pflanzenzucht können in eine spezifische Kategorie eingeordnet werden, die Fragen des Patentrechts, des Warenzeichen- und des Urheberrechts berührt<sup>6</sup>.

Das Auftauchen der Erfindungen der Informatik hat das Phänomen nur noch akzentuiert. Gewiß kann ein Warenzeichen ein Videospiele, Software oder eine Datenbank zum Gegenstand haben und näher bestimmen . . . wie auch ein Parfum oder Bremsscheiben. Aber es ist klar, daß dieser Schutz „an der Peripherie“<sup>7</sup> bleibt und nicht die Informatik-Schöpfung als solche umfaßt. Wenn wirklich die Schöpfung Schutzobjekt sein soll, stellen sich die Dinge anders dar. Es hat sofort eine Diskussion begonnen zwischen den Vertretern eines Schutzes durch das allgemeine Zivilrecht und denen eines Schutzes *sui generis*. Letztere hatten in bezug auf die Software, die die Aufmerksamkeit zuerst anzog, keine Schwierigkeiten darzulegen, daß das Gesetz vom 2. Januar 1968 ihr die Zuerkennung eines Patents versagte und es andererseits einer Menge Vorstellungs-

kraft bedurfte, Software und ein Gedicht von Beaudelaire oder Heine miteinander gleichzusetzen. Das, was man nun als Triumph des Urheberrechts ansehen kann, kann allerdings auch dem Gedanken Vorschub leisten, daß schließlich dem allgemeinen Zivilrecht Vorrang eingeräumt wurde. Die Wirklichkeit ist jedoch ganz anders, gleichgültig, ob der Gesetzgeber nun seine Politik offengelegt hat (A) oder nicht (B).

### A. Eine offene Politik der Aufspaltung:

Das Gesetz vom 4. November 1987 über die Mikrochips

5. - Die Chips, die richtigerweise als Halbleiter zu bezeichnen sind, und ihre Topographie, waren gewiß nicht leicht auf bereits bekannte Erfindungen zurückzuführen, und man hat die Unangemessenheit des Schutzes durch Patent, Urheberrecht oder Warenzeichen deutlich unterstrichen<sup>8</sup>. Selbst wenn es wenig praktikabel sein sollte, derartige Erfindungen dem Urheberrecht zu unterstellen, war diese Lösung doch nicht von vornherein - und ist es immer noch nicht - abzulehnen, da der Chip, der Informationsverarbeitung sicherstellen soll, zumindest teilweise als Software besonderer Art betrachtet werden kann<sup>9</sup>. Die Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft vom 16. Dezember 1986 hat übrigens den Mitgliedsstaaten die Freiheit der Wahl eines solchen Schutzes gelassen, wenn auch die Verpflichtung, diesen Schutz auf zehn Jahre zu begrenzen, sie zwingt, insoweit die allgemeinen Regelungen zu ändern<sup>10</sup>.

6. - Frankreich hat radikal den Weg einer spezialgesetzlichen Regelung gewählt. Und wenn auch ihre Knappheit der Interpretation viel Raum läßt und die Frage aufwirft, ob einer Annäherung an (oder Inspiration durch) das Urheberrecht bzw. das Patentrecht der Vorzug gegeben wurde, versteht es sich doch von selbst, daß das Recht der Topographien (wie man es wohl nennen muß) weder auf das eine noch das andere dieser Rechtsgebiete rückführbar ist. Damit ist in der Rechtsordnung ein „neues Eigentum“<sup>11</sup> entstanden. Und es kommt wenig darauf an, daß die Voraussetzungen des Topographien schutzes (Ergebnis einer intellektuellen Leistung und nicht geläufig zu sein<sup>12</sup>) obwohl von der Richtlinie von 1986 aufgenommen, stark dem Erfordernis der Originalität angenähert werden können, das (wie im folgenden zu zeigen sein wird) Voraussetzung des urheberrechtlichen Schutzes von Software ist<sup>13</sup>.

5 Vgl. M.F., Una legge sulle invenzioni del' 500 a.c., Rivista di diritto industriale 1965, 155.

6 Vgl. in diesem Sinne J.M. Mousseron und M. Vivant, Les mécanismes de réservation et leur dialectique: le „terrain“ occupé par le droit, Cahiers de droit de l'entreprise 1988, 1, S.2.

7 Nach der im „Lamy Droit de l'Informatique“ verwandten Formel (M. Vivant, C. le Stanc, L. Rapp und M. Guibal, 1. Aufl. 1986, 3. Aufl. 1988, 1501 Seiten und Formularteil).

8 In diesem Sinne vor allem A. Lucas, Le droit de l'informatique, PUF, 1987, no. 230 ff.

9 Vgl. in diesem Sinne z.B. M. Vivant, C. le Stanc et al., Lamy Droit de l'informatique (a.a.O., Fn. 7, no. 1164 ff.)

10 Worauf M. Lucas zu Recht hinweist (a.a.O., Fn. 8, no. 231).

11 Um eine vom Verfasser bei einem Vortrag an der Faculté de Sceaux gewählte Formulierung aufzugreifen: „Logiciels, circuits imprimés et oeuvres informatiques: nouveaux biens, nouvelles propriétés?“ (25. April 1988).

12 Art. 1 des Gesetzes.

13 Für eine solche Annäherung vgl. Lamy Droit de l'Informatique (a.a.O., Fn. 7), no. 1178.

## B. Eine verdeckte Politik der Aufspaltung:

### Das Gesetz vom 3. Juli 1985 über Software

7. - Das eben angesprochene Beispiel der Software führt, trotz ihres Schutzes mit Mittel des Urheberrechts, zu den gleichen Schlüssen. Zwar hat der französische Gesetzgeber den Weg des Schutzes durch das Urheberrecht einem Schutz *sui generis* vorgezogen, um die Behandlung der Software den großen internationalen Abkommen zum Urheberrecht anzunähern, d.h. um sie schließlich allgemein geltendem internationalem Recht zu unterstellen. Doch kann man nicht außer acht lassen, daß die Software lediglich nach Maßgabe des Gesetzes von 1985 durch das Urheberrecht geschützt ist, also nach dispositivem Recht. Das soll hier nicht vertieft werden<sup>14</sup>. Es soll nur noch einmal in Erinnerung gerufen werden, daß nach allgemeinem Zivilrecht das Werk dem Schöpfer gehört. Im Falle der Entwicklung von Software durch einen Angestellten gehört diese jedoch dem Unternehmen, das Vermögensrechte und, nach teilweise vertretener Auffassung, auch Immaterialgüterrechte daran besitzt. Nach französischem Recht ist die Befugnis anerkannt, private Duplikate anzufertigen. Von der Software darf jedoch nur noch eine Sicherheitskopie angefertigt werden. Und von den vier immateriellen Vorrechten, die in Frankreich mit dem Urheberrecht verbunden sind, bleiben für die Software bestenfalls zwei. Man hat von einem „entstellten“ Urheberrecht<sup>15</sup> oder auch von einem „neuen Urheberrecht“<sup>16</sup> gesprochen. Hier hat man also im Bereich der Informatik eine neue Form geistigen Eigentums geschaffen, selbst wenn sie sich nicht als solche zu erkennen gibt.

8. - Es ist hinzuzufügen, daß es sich nicht um einen neutralen Umstand handelt und daß es nicht nur darum geht, das Auftauchen dieser neuen rechtlichen Gegebenheiten zur Kenntnis zu nehmen. Wenn oben gesagt wurde, daß man es durchaus vertreten könnte, Topographien von Halbleitern und Software einander gleichzustellen (s.o. 5.), sind daraus wohl kaum konkrete Konsequenzen zu ziehen, eben weil es ein Spezialgesetz gibt, das diese Fragen regelt. Wenn man aber nicht genau weiß, was Software ist, ist die Frage, ob ein Expertensystem oder ein rechnergestütztes Lernprogramm als Software angesehen werden kann, recht bedeutsam. Nach der gängigen Qualifikation beginnt der Geltungsbereich des allgemeinen Zivilrechts dort, wo der des Gesetzes von 1985 endet; die Rechte stehen also dem einen oder dem anderen „Inhaber“ zu und haben auch nicht denselben Inhalt. Das durch die Erfindungen der Informatik hervorgebrachte Recht ist also (bis zu einer künftigen Klärung) von Unsicherheit gekennzeichnet. Die Schockwirkung der Erfindungen der Informatik hat ein von Grund auf aus den Fugen geratenes Recht hinterlassen.

## II - Die Schöpfungen der Informatik und die Destabilisierung der Arten des geistigen Eigentums

9. - Das Wort „Destabilisierung“ mag übertrieben erscheinen. Das Recht des geistigen Eigentums wird nicht deswegen in seiner Bedeutung herabgemindert, weil es in Zukunft dazu berufen ist, diese neuen Erfindungen zu schützen. Aber dieses Rechtsgebiet befindet sich, was man nicht außer Acht lassen darf, in einem aufgewühlten Zustand des Neu-Durchdachtwerdens. Das bestätigt sich, wenn man im Recht des geistigen Eigentums die eine oder andere Erscheinungsform und ihren Inhalt näher betrachtet (A) oder die Gesamtheit und deren inneres Gleichgewicht (B).

## A. Der Inhalt der Arten des geistigen Eigentums

10. - Wenden wir uns zunächst dem Beispiel des Urheberrechts und seiner Grundbedingung nach französischem Recht zu, d.h. der Voraussetzung der Originalität. Ein Werk muß, um in den Genuß des Schutzes zu gelangen, eine originelle Leistung darstellen, gleichgültig, ob es sich dabei um Literatur oder Informatik, Datenbanken, Bildschirmseiten auf einem Terminal oder um Software handelt; letztere ist in diesem Punkt dem allgemeinen Zivilrecht unterstellt. Wenn man aber weiß, daß Originalität nach herrschender Meinung<sup>17</sup> das Gepräge der Persönlichkeit des Urhebers erfordert, drängt sich die Frage auf, wie man das gleiche Kriterium auf Erfindungen anwenden kann, die weitgehend von ihrer Funktionalität bestimmt sind. Unter diesen Prämissen haben einige die Auffassung vertreten, daß das nicht möglich sei und daß diese Erfindungen folglich nicht vom Urheberrecht geschützt seien<sup>18</sup>. Andere wiederum haben vorgeschlagen, den Begriff der Originalität neu zu überdenken<sup>19</sup>. Das hat dann auch die Cour de cassation in einem Urteil vom 7. März 1986 getan, in dem sie die Originalität im Zeichen des intellektuellen Beitrags des Urhebers gesehen hat<sup>20</sup>. Die Reichweite dieser Formulierung ist gewiß schwierig zu umschreiben, doch zeigt sie zweifellos den Willen zur Objektivierung des Kriteriums der Originalität, bricht dadurch indessen mit der französischen Tradition<sup>21</sup>. Aber es gilt: Man muß sich entscheiden. Entweder betraf das Urteil nur Software und der Begriff der Originalität bestimmt sich je nach der betroffenen Wertart unterschiedlich in einer Art variabler Geometrie. So sah das der Berichtersteller. Oder aber das Urteil stellte ein Kriterium allgemeiner Geltung auf. Dann werden die literarischen oder musikalischen Schöpfungen künftig nicht mehr den Einfluß der Persönlichkeit ihres Erschaffers nachweisen müssen. Tertium non datur. Die höchste Instanz ist wohl der richtige Ort, das gelehrte Recht, wie es von ihr verkündet wird, mit dem „gelebten“ Recht, wie es von den Untergerichten praktiziert wird, in Einklang zu bringen. Aber die beschriebene Umwälzung, mag sie auch formell sein, ist der Erwähnung wert.

14 Für eine Untersuchung der speziellen Bestimmungen kann man sich hauptsächlich auf Lamy Droit de l'Informatique (a.a.O., Fn. 7), vor allem no. 1012 ff. beziehen, sowie auf die Untersuchung von Lucas (a.a.O., Fn. 8), vor allem no. 227 ff. Zu dem Gesetz und dem rechtlichen Status der Software seien aus der Fülle der Literatur zitiert: Ph. Gaudrat, La protection des logiciels, R.I.D.A. 1986, no. 128, S. 181; J. Huët, Les logiciels sont protégés par le droit d'auteur, D. 1985, ehr. 261; C. le Stanc, Protection juridique du logiciel, JCl. Commercial, Annexes Brevets d'invention, Fasc. 151 (1986); A. Lucas, Oeuvres protégées: logiciel, JCl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 303-1 (1986); M. Vivant, Le logiciel au Pays des Merveilles, J.C.P. 1985, I, 3208. 15 F. Toubol, Le logiciel, Analyse juridique, Feduci et L.G.D.J., 1986.

16 Vgl. Journée Lamy vom 29. Oktober 1985 über „Die Einführung eines 'neuen' Urheberrechts“ (aus Anlaß des neuen Gesetzes).

17 H. Desbois, Le droit d'auteur en France, Dalloz, 1976, no. 3 ff.; C. Colombet, Propriété littéraire et artistique, Dalloz, 1986, no. 31 ff.

18 In diesem Sinne R. Plaisant (a.a.O., Fn. 3).

19 So C. le Stanc, La protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur dans les pays d'Europe continentale, Dossiers Brevets 1979, IV; M. Vivant, Brèves réflexions sur le droit d'auteur suscitées par le problème de la protection des logiciels, Informatica e diritto 1984, S. 73.

20 Cass. Ass. plén., 7. März 1986 (Société Babolat gegen Pachot, J.C.P. 1986, II, 20631 m. Anm. v. Mousseron, Teyssié und Vivant, J.C.P. Ausg. E. 1986, I, 15791, Chronique Droit de l'Informatique), no. 1, Anm. Vivant und Lucas, D. 1986, S. 405, Votum Cabannes und Anmerkung Edelmarm, Droit de l'informatique 1986, no. 82, S. 53, Anm. Briat, Exp. 1986, no. 82, S. 58, Dossiers Brevets 1986, I, 3, R.D.P.I. 1986, 3, 203, mit Bericht Jonquères.

21 Für das weitere vgl. Mousseron, Teyssié und Vivant (a.a.O., Fn. 20).

Und wenn man schon mit „variabler Geometrie“ beginnt: Man könnte mit dem Urheberrecht auch den größten Teil der Formschöpfungen beseitigen, wie man dies da und dort in Europa befürwortet. Es wird recht schwierig sein, die Dinge nicht noch radikaler neu zu überdenken, wenn das zu schützende Werk eine Datenbank ist, insbesondere, wenn diese nur aus einer systematischen Sammlung frei erhältlicher banaler Daten besteht<sup>22</sup>. Was bleibt oder kann von der Originalität bleiben bei einer Sammlung und Auswahl von Daten, die in fast mechanischer Weise durch die Bedürfnisse des Benutzers diktiert wird? Wo findet man ein so entstelltes Urheberrecht wieder?

11. - Bemerkenswerter noch als die Entstellung oder, um ein Wort zu verwenden, das kein Werturteil enthält, die Umformung des Urheberrechts, ist die Beobachtung, daß die Auseinandersetzung über alle diese Fragen in eine Schiefelage geraten ist. Man spricht vom Schutz der Software (oder irgendeiner anderen Schöpfung der Informatik) durch das Urheberrecht. Aber das ist falsch. Wenn man den Grundsätzen des Urheberrechts folgt, so erfaßt dieses allein die Form eines Werkes. Es ist also die Form (Schrift, aber auch Struktur und Anordnung), die dem Rechtsinhaber vorbehalten bleibt. Es bedarf jedoch keiner Erwähnung, daß sich niemand für diese Form interessiert, wenn sie nicht für den Zugriff auf die gesuchte Funktion unabdingbar ist. Die wirtschaftliche und kaufmännische Diskussion dreht sich also um die Beherrschung der *Funktion*, die juristische Auseinandersetzung aber um die Beherrschung der *Form*<sup>23</sup>. Diese verquere Situation kann man aber auch in der Rechtspraxis beobachten, wenn die Prozeßparteien die Originalität einer Software über die Berücksichtigung ihrer Funktionen oder ihre Nachahmung über den Vergleich der Funktionen der betreffenden Software darlegen. Und manchmal folgen ihnen die Richter auf dieses Gebiet<sup>24</sup>, das nicht mehr das der Form ist. Auch die Kommerzialisierung der Software-Entwicklungen und anderer Produkte („*péri-logiciels*“, wie zum Beispiel der Expertensysteme oder der Videospiele) zeigt deutlich, wie sehr der Rückgriff auf das Urheberrecht daneben greift und wie sehr das Urheberrecht bei der Anwendung auf derartige Objekte seine Gestalt verändert. Dies ist in der Tat der einzige Fall, daß ein vom Urheberrecht geschütztes Werk der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden kann mit dem gleichzeitigen Verbot, sich den Zutritt zu seinem Inneren zu verschaffen. Dem Benutzer ist es also untersagt, die Software zu „entriegeln“. Kann man sich vorstellen, daß ein Buch verkauft wird und dem Kunden verboten wird, es zu öffnen? Die Software arbeitet aber auch „verriegelt“ so, wie man es von ihr erwartet, d.h. mit bestimmten funktionalen Charakteristika<sup>25</sup>.

Man befindet sich hier in dem Bereich einer instrumentalistischen Logik, die eher nach einem Patent verlangt als nach einem Urheberrecht.

## B. - Das Gleichgewicht der Arten geistigen Eigentums

12. - Urheberrecht oder Patent - durch das Auftauchen der Erfindungen der Informatik wird das Gleichgewicht der Arten des geistigen Eigentums selbst in Frage gestellt. Oben sind bereits Ungenauigkeiten und Überschneidungen angesprochen worden (s.o. insbesondere 5. und 8. ), die nicht geeignet sind, das Thema zu klären und seine Beherrschung zu erleichtern. Eine präzisere Darstellung der Frage könnte zweifelsohne bestimmte Unklarheiten vermeiden, so etwa dort, wo man von

den Schutzmöglichkeiten für Software spricht. Wie bereits an anderer Stelle dargelegt, gibt es mittels Patent-, Urheber-, Warenzeichen-, Wettbewerbs- und Strafrecht vier oder fünf unterschiedliche Schutzobjekte. Das sind für *ein* wirtschaftliches Objekt *fünf* intellektuelle und damit fünf juristische Objekte, die zur Debatte stehen<sup>26</sup>.

13. - Eine verbesserte abstrakte Analyse löst jedoch nicht unbedingt alle Schwierigkeiten. Nehmen wir als Beispiel dafür zwei Entscheidungen des Europäischen Patentamtes vom 15. Juli 1986 und vom 27. Mai 1987<sup>27</sup>, die eine Bresche in den verbotenen Bereich geschlagen haben, ohne jedoch ein (durch die Münchner Konvention von 1973 über das europäische Patent klar ausgeschlossenes) „Software-Patent“ anzuerkennen. Es wurde in den Entscheidungen nicht gesagt, daß ein bestimmtes Vorgehen, das zur Anwendung eines Programms führt, patentierbar sein könnte, da ja nur dem „Programm als solchem“ das Patent versagt ist<sup>28</sup>. Es wurde aber (um nur die am weitesten gehende Entscheidung von 1987 aufzugreifen), festgehalten, daß die Kombination eines universellen, allgemein bekannten Rechners mit einem Computerprogramm, das den Rechner auf eine neue Art und Weise betreibt, patentierbar ist<sup>29</sup>. Wenn nun der Rechner bekannt ist, soll man dann nicht zugeben, daß allein das Programm die Erfindung darstellt und die Entscheidung nur einen Kunstgriff zur Umgehung des Textes der Konvention darstellt? Vielleicht. Unter dieser Annahme aber (und unter der weiteren, daß die nationalen Gerichte sich anschließen) wird man beobachten können, daß die Zuerkennung von Rechten den Vorschriften des Patentrechts folgen wird - und die stehen im Gegensatz zu den Bestimmungen des oben angesprochenen Gesetzes von 1985. Dieser Widerspruch muß beseitigt werden. Im Fall des französischen Rechts könnte das Problem paradoxerweise auf die radikalste Weise behoben werden: das Gesetz vom 2. Juli 1909 über die Geschmacks- und Gebrauchsmuster untersagt, eine Erfindung mit dem Urheberrecht zu schützen, wenn ein Patent dafür vergeben werden kann! Man müßte also nur einen Blick in das Gesetz von 1909 werfen ...

Falls man jedoch die Entscheidung wörtlich nehmen und zu der Auffassung gelangen sollte, daß hier tataächlich die Kombination Rechner/Programm patentiert wurde, bleibt ein vielleicht noch größeres Problem bestehen. Muß man nicht jede neue Software ab dem Moment, da die Nachahmung durch ein

22 Vgl. zu dieser Frage Lamy Droit de l'Informatique (a.a.O., Fn. 7), no. 1603.

23 Vgl. in diesem Sinne J.M. Mousseron et M. Vivant, Les mécanismes de réservation ... (a.a.O., Fn. 6), besonders S. 4.

24 So T.G.I. Paris, Urteil vom 27.6.1984, Dossiers Brevets 1985, III, 1, P.I.B.D. 1985, 360, III, 15. Dort war es der Fall, daß ein zeitlich später erstelltes Programm „dieselben Funktionen“ wie ein vorhergehendes zeigte.

25 Man findet diese Idee in näherer Ausarbeitung bei J.M. Mousseron und M. Vivant, Les mécanismes de réservation ... (a.a.O., Fn. 6), S. 2 und 3.

26 a.a.O., S. 4.

27 O.E.B., ch. des recours techniques, 15. Juli 1986, Entscheidung 3.5.1., Az. T. 208/84, J.C.P. 1987 Ausg. E., I, 16607, Chronique Droit de l'Informatique, no. 1, Anm. Vivant und Lucas, Dossiers Brevets 1986, VI, Lamy Droit de l'Informatique 1987, Lieferung A, S. 3. - O.E.B., ch. des recours techniques, 27. Mai 1987, Entscheidung 3.4.1, Az. T. 26/86, im Erscheinen bei Dossiers Brevets.

28 C.B.E. art. 52 (3).

29 Punkt 3.3 der Entscheidungsgründe.

Äquivalent erlaubt ist oder da es möglich ist, zu diesem anderen Ergebnis, von dem die Entscheidung spricht, über eine andere und anders geschriebene Software zu gelangen, als zur Nachahmung geeignet betrachten und ihren Urheber als Nachahmer durch Bereitstellung der Mittel? Man kann sich ohne Mühe die außerordentliche Behinderung vorstellen, die das für die Softwareindustrie bedeuten würde. Man müßte also das Patentrecht „neu“ lesen?

14. - In Wirklichkeit zeigt die letztere Beobachtung ebenso wie die vorhergehenden, daß die scheinbar natürliche Aufnahme der Erfindungen der Informatik in das Recht des geistigen Eigentums mit der Begründung, daß es sich um „geistige Werke“ handelt, nicht nur den Effekt hat, diesem Rechtsgebiet eine neue Dimension zu geben, sondern auch dazu führt, es von innen heraus zu verändern. Es geht um eine variable Transformation, die man diskutieren kann: aber das muß mit Gründen geschehen, soweit es sich darum handelt, einen alten Begriff wie

den der Originalität neu zu durchdenken. Im Falle der Entscheidungen des Europäischen Patentamtes scheint diese Transformation jedoch eher unkontrolliert zu verlaufen.

Der Sicherheit im EDV-Bereich erfordert eine perfekte Kontrolle der Systeme. Die Rechtssicherheit im Bereich der Informatik beziehungsweise des geistigen Eigentums setzt eine perfekte Kontrolle bei der Normgestaltung voraus. Dazu sollte hier ein kleiner Beitrag geleistet werden<sup>30</sup>.

(übersetzt von J. Müller)

30 Für eine Vertiefung vgl. M. Vivant, *The Challenge of Computer Law*, im Erscheinen bei Kluwer, oder auf Französisch „Le 'défi' du droit de l'informatique“, im Erscheinen bei „Editions de l'Université Autonome de Mexico“.

## Zur Terminologie im Bereich softwaretechnischer Dysfunktionen

Michael Schneider\*

Fragen der Datensicherheit erlangen zunehmende Relevanz für den juristischen Bereich. Aufgrund dieser Tatsache wird es auch für Juristen erforderlich, sich mit Phänomenen auseinanderzusetzen, die diese Sicherheit gefährden. Dabei treten allerdings beträchtliche terminologische Probleme auf, von denen nachfolgend einige aufgezeigt werden sollen.

### I. Datensicherheit im Recht

Noch vor wenigen Jahren standen datenschutzrechtliche Fragen im Mittelpunkt der juristischen Auseinandersetzungen mit Informationstechnik. Inzwischen greift die Erkenntnisraum, daß der Datensicherheit als technischem Datenschutz kein geringerer Stellenwert beizumessen ist. Die Sicherheit eines Systems ist eine der Grundvoraussetzungen für die Durchsetzung von Regeln über die Verarbeitung personenbezogener Daten mittels automatisierter Verfahren.

Die Palette sicherheitsrelevanter Probleme beschränkt sich jedoch keineswegs auf den Datenschutz. Je komplexer und offener installierte Systeme werden, desto höher ist auch die Gefahr unerlaubter Eingriffe. Gleichzeitig wächst die Abhängigkeit von der Funktionsfähigkeit der einmal aufgebauten Datenverarbeitungs-Infrastruktur - in vielen Lebensbereichen ist die Informationstechnik unverzichtbar geworden; Fehlfunktionen oder Systemausfälle können unübersehbare Schäden verursachen. Spektakuläre Fälle von Computerspionage und -sabotage der letzten Zeit vermitteln einen Eindruck davon, wie empfindlich sich Schadensereignisse für die Betroffenen auswirken können und welcher Stellenwert daher künftig allein Phänomenen aus dem Bereich der Computerkriminalität zukommen wird.

Doch auch in der Rechtspraxis ergeben sich immer häufiger Probleme, deren Lösung nur unter Berücksichtigung sicherheitstechnischer Aspekte möglich ist. Das Spektrum der rechtsrelevanten Fragestellungen erstreckt sich von der Konzeption vertrauenswürdiger Telematik-Dienste und der hierfür notwendigen rechtlichen Rahmenbedingungen über Fragen,

die sich bei der Nutzung neuer Kommunikationssysteme ergeben<sup>1</sup>, bis hin zu einer Vielzahl von Praxisproblemen, deren Bezug zur Datensicherheit erst auf den zweiten Blick offenkundig wird<sup>2</sup>.

Desweiteren werden Juristen durch den praktischen Einsatz der Informationstechnik, und sei es nur durch die Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten wie Online-Datenbanken oder Mailbox-Systemen, mit denselben Problemen konfrontiert, wie Angehörige anderer Berufsgruppen. Mit der Installation von Computern am Arbeitsplatz wird der einzelne außerdem - je nach seinem Kenntnisstand - Anwender, Programmierer, Daten-Archivar oder gar System-Manager in einer Person. Dementsprechend haben sich auch Juristen dem Risikopotential zu stellen, das mit dem Einsatz der von ihnen verwendeten Datenverarbeitungsanlagen verbunden ist. Potentielle Schadensereignisse müssen abgeschätzt, Defizite lokalisiert und gegen erkannte, nicht akzeptable Risiken geeignete Gegenmaßnahmen ergriffen werden.

\* Michael Schneider ist Mitarbeiter der Gesellschaft für Mathematik und Datenverarbeitung (GMD), Arbeitsgruppe Rechtsinformatik, Bonn

1 Bei allen geplanten Diensten und Netzen - derzeit insbesondere dem ISDN - ist die Frage zu stellen, wie gut ihre Nutzer vor Schaden geschützt sein werden. Ein Teilnehmer kann beispielsweise geschädigt werden, indem eine Dienstleistung für ihn mit Verzögerung oder überhaupt nicht erbracht, ihr Ergebnis verfälscht, oder ihm eine Kommunikationsbeziehung zugerechnet wird, die ohne sein Wissen oder seine Billigung aufgebaut wurde. Vgl dazu: JA. Pfitzmann / B. Pfitzmann / M. Waidner; *Datenschutz garantierende offene Kommunikationsnetze*, Informatik-Spektrum 1988, S. 118

2 Als Beispiel sei an dieser Stelle nur die Frage genannt, ob die Hinterlegung von Software unter Insolvenzgesichtspunkten überhaupt zweckmäßig erscheint, wenn man berücksichtigt, daß ein Softwareproduzent sowohl Motive wie auch Möglichkeiten hat, derartige Maßnahmen zu unterminieren. Vgl. dazu auch: F. Hoffmeister / M. Schneider; *Technische Möglichkeiten zur Sabotage im Rahmen der Softwarehinterlegung*. In: *Software in der Insolvenz*; D.J. Hildebrand / Th. Hoene (Hrsg.), Stuttgart 1989, S. 52