

Besprechung / Compte rendu

Softwareschutz

FELIX H. THOMANN / GEORG RAUBER (Hg.)

Stämpfli Verlag, Bern 1998, 258 Seiten, Fr. 98.– / DEM 126.–, ISBN 3-7272-9770-0
mit Beiträgen von Kurt U. Blickenstorfer, Urs D. Blum, Alexandra Frei, Georg Rauber,
Felix H. Thomann, Nicolas von Werdt

Als man den berühmten französischen Koch Auguste Escoffier (1846–1935) einmal fragte, was denn das Geheimnis seiner Küche und des Wohlgeschmacks seiner Rezepte sei, soll er geantwortet haben, «Donnez-moi de la beurre, de la beurre, de la beurre». Hätte man vor zwanzig Jahren ein Softwarehaus gefragt, was es denn am liebsten für seine «Kochrezepte» (Softwareprogramme) hätte: es hätte geantwortet, «Donnez-moi de la protection, de la protection, de la protection». Und heute?

Schutz der Software ist das Thema einer handlichen Sammlung von sechs Beiträgen aus der Feder von sechs Autoren, zu denen auch die beiden Herausgeber FELIX H. THOMANN und GEORG RAUBER gehören.

Die Erscheinung von Büchern mehrerer Autoren ist ein Zeichen der Zeit. Man kennt das seit längerer Zeit in Form von leicht überarbeiteten und mit wissenschaftlichem Apparat versehenen Tagungsberichten, und das heute verbreitetste Beispiel ist zweifellos der sog. Basler Kommentar. Die Vorgehensweise hat offensichtliche Vorteile: sie öffnet den Weg zur Bearbeitung von Einzelthemen durch Spezialisten, und man spart Zeit, weil die Bearbeitung parallel erfolgt. Nachteile gibt es auch: die Einheitlichkeit der Bearbeitung und unité de doctrine gerät leicht in Gefahr, und leicht überschneiden sich die Einzelarbeiten – mit allenfalls etwas divergierenden Meinungen –, oder lassen Lücken offen.

Der rezensierte Band enthält Beiträge – in der Reihenfolge, wie sie darin erscheinen – von FELIX H. THOMANN (Softwareschutz durch das Urheberrecht), GEORG RAUBER (Lauterkeitsrechtlicher Softwareschutz; konzentriert auf Art. 5 lit. c UWG), von ALEXANDRA FREI (Softwareschutz durch das Patentrecht), URS D. BLUM (Softwareschutz durch das Markenrecht), NICOLAS VON WERDT (Kopierschutz für Computerchips; insbesondere nach ToG) und KURT U. BLICKENSTORFER (Der Sourcecode-Escrow). Der Fachmann unter den Lesern erkennt sofort, dass sich drei Beiträge tatsächlich mit dem Schutz der Software befassen (nach URG, UWG und ToG), zu welchen sich ein weiterer über Möglichkeiten eines indirekten Schutzes (Markenrecht) sowie einer über einen sehr speziellen Vertrag (sog. Hinterlegung; es hat sich dafür das englische Wort Escrow eingebürgert) gesellen.

Die Publikationen deutscher Zunge über den Schutz von Software sind Legion. Das Literaturverzeichnis am Anfang des Bandes umfasst denn auch acht Seiten, und in den einzelnen Beiträgen wird zusätzliche Spezialliteratur aufgeführt. Warum also diese Neuerscheinung? Ihr grösster Wert liegt zweifelsohne in Kompilierung und Aktualisierung dessen, was über den Schutz der Software bereits geschrieben wurde. Zutreffend erwähnt das Vorwort der Herausgeber, dass eine den heutigen Stand wiedergebende themenübergreifende Gesamtdarstellung bisher fehlte. Der mit den Einzelheiten nicht speziell vertraute Praktiker findet in handlicher Form – die Beiträge umfassen im Durchschnitt so etwa 50 Seiten – den Stand von Lehre und Gerichtspraxis. Der wissenschaftliche Apparat ist zwar teilweise etwas knapp und variiert erheblich zwischen den Beiträgen, aber insbesondere die in der Schweiz spärliche Gerichtspraxis und richtungsweise ausländische Entscheidungen wurden sehr sorgfältig zusammengetragen. So greift auch der Spezialist gewiss gerne hie und da zum rezensierten Band, kann er doch dies und jenes schnell nachschlagen, und findet viele Belegstellen in handlicher Form vereint. Das gilt namentlich für die Beiträge zum Urheberrecht und zum Wettbewerbsrecht. THOMANN gibt den gewohnt breiten und vollständigen Überblick über das URG; RAUBER geht die Möglichkeiten des UWG umfassend an, und vertritt richtige – in Anbetracht der Gerichtspraxis allerdings

mutige – Standpunkte zum leidigen Art. 5 lit. c UWG. Besondere Erwähnung verdient der Beitrag von ALEXANDRA FREI, die dem Softwareschutz durch Patentrecht insbesondere auf europäischer Ebene vertieft nachgegangen ist und so die mittlerweile auch schon zehnjährige Darstellung des Rezensenten aus schweizerischer Sicht wertvoll ergänzt und vertieft.

Der Beitrag zum Markenrecht von BLUM geht zutreffend davon aus, dass die Funktionen einer Marke in der Kennzeichnung der betrieblichen Herkunft (von Software), der Qualitätsgarantie, der Unterscheidung von Konkurrenten oder Konkurrenzprodukten und in ihrer heute sehr geschätzten Eignung als Werbemittel liegen. Der Schutz von Software erfolgt also höchstens indirekt. Darauf aufbauend gibt der Beitrag wohl vor allem für den nicht täglich mit Markenrecht befassten Praktiker wertvolle Hinweise für die Abfassung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses, und bietet zu verschiedenen Themen wie z.B. zu Gebrauch, zu Verwechselbarkeit und zu Rechtsbehelfen praxisbezogene, leicht verständliche Übersichten. Der Beitrag vermittelt quasi Kompaktwissen zum Markenrecht für Softwarehäuser.

VON WERDT kämpft elegant und aufschlussreich mit dem Problem, dass der Schutz von Topographien zumindest in der Schweiz offenbar kein Thema ist, ob sich nun auf den Computerchips Softwareprogramme befinden oder nicht. Was in Fachkreisen einfach schlicht als Faktum gilt, wird dadurch belegt, dass offenbar bis Ende 1996 gerade 6 (!) Topographien registriert wurden. Der Beitrag gibt einen nützlichen Überblick über das ToG und seine Hintergründe, die in den USA zu suchen sind. Es wird insbesondere deutlich, dass es aus der Sicht des ToG von Abgrenzungsproblemen zum URG und PatG, aber auch MMG und UWG nur so wimmelt, und dass Lösungen nicht in Sicht sind. Es ist deswegen dem Thema und der speziellen Problematik zuzuschreiben, dass an diesem Beitrag die obenerwähnten Gefahren von Multi-Autor-Werken am deutlichsten zutage treten.

BLICKENSTORFER gibt einen interessanten Überblick über die wirtschaftlichen Interessen bei der sog. Hinterlegung (Escrow) von Software und macht deutlich, dass kein Hinterlegungsvertrag i.S.v. Art. 472 ff. OR vorliegt, sondern ein Vertrag sui generis, der aus dem angelsächsischen Raum stammt und sich hier zwar in seiner Grundidee zu einem verkehrstypischen Innominatkontrakt verdichtet hat, nicht aber in seinen Einzelheiten. Kern und Crux des Escrow-Vertrages sind die Herausgabefälle (wann darf und wann muss der Escrow-Agent die Software herausgeben). Die Ausführungen des Autors zeigen und belegen sehr anschaulich und fundiert, dass schwierigste Probleme zu lösen sind.

Der rezensierte Band bestätigt einmal mehr überzeugend, dass Software geschützt ist – vielleicht besser als manches andere Wirtschaftsgut der heutigen Zeit. «... du beurre, de la protection»: von beidem gibt es zur Genüge.

Aber so wie es beim Kochen mit der Butter alleine nicht getan ist, ist es bei der Software mit dem Schutz nicht getan. Viele Probleme, über die der Rezensent seinerzeit schon mit der Expertenkommission URG/ ToG diskutierte, sind bis heute ungelöst. Ungelöst ist bis heute, um Beispiele zu nennen, welchen Grad an Individualität (URG) oder Nicht-Alltäglichkeit ein Computerprogramm bzw. eine Topographie aufweisen muss, oder wann der Moment kommt, wo Teile von Computerprogrammen/Topographien nicht mehr geschützt sind, weil sie als solche längst bekannt sind (Modul- und Bausteintechnik, Verwendung von standardisierten und käuflich erhältlichen Abläufen usw.). Ungelöst sind Fragen der Erschöpfung, namentlich bei überschneidenden Schutzinstrumentarien oder im Verhältnis zur EU. Ungelöst sind namentlich alle Fragen, die sich um die Bearbeitung von Software durch Dritte ranken, und wie weit der Schutz der «Idee hinter dem Programm» geht. Und die liberale Erteilungspraxis des Europäischen Patentamtes für Softwarepatente könnte, wie die Ausführungen von EPA-Direktor GERT KOLLE an einer kürzlichen Tagung (vgl. dazu in diesem Heft den Bericht von EMANUEL MEYER) zeigten, in mancher Hinsicht vielleicht eher das Problem als die Lösung darstellen. So sieht sich der Praktiker, der mit dem (vermeintlichen?) Schutzrechtsinhaber gegen den (vermeintlichen?) Verletzer vorgehen will – oder der umgekehrt die freie wirtschaftliche Betätigung des angeblichen Verletzers durchsetzen will –, in aller Regel nicht mit der Frage befasst, ob und wie Software geschützt sei. Das Problem ist vielmehr meistens, wie weit in concreto der Schutz gehe, was dann eben unter anderem davon abhängt, wie es mit Individualität, Bekanntheit der Lösung oder Lösungswege, Bearbeitungsrechten bzw. Rechten an Bearbeitungen, Übernahme von Ideen, und so weiter, stehe. Wenn man bedenkt, mit welch feinen Abgrenzungen und Differenzierungen im Patentrecht und im Markenrecht Verletzungen beurteilt werden, kann man nur staunen, wie sehr man in der Praxis schon Schwierigkeiten hat, das Recht in den seltenen klaren Fällen durchzusetzen. Für den Rezensenten ist es ein Wermutstropfen, dass hier offenbar keine Gelegenheit bestand, diesen und

ähnlichen Fragen entweder in den einzelnen Beiträgen oder durch einen gesonderten Beitrag vertieft nachzugehen. Der schönste Schutz – Computerprogramme haben ihn gleich dreifach – nützt nichts, wenn die Probleme bei der Durchsetzung liegen.

Dr. Robert G. Briner, Zürich