

# TE OGH 1985/5/15 40b317/85 (40b318/85)

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.05.1985

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Präsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Wurzinger als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Prof. Dr.Friedl, Dr.Resch, Dr.Kuderna und Dr.Gamerith als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ing.Eduard A, Erfinder, Mariahilferstraße 19-21/1/2/12, 1060 Wien, vertreten durch Dr.Robert Sigmund, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei B C D E WIEN, Aktiengesellschaft, Wagramerstraße 23, 1220 Wien, vertreten durch Dr.Helmut Mühlgassner, Rechtsanwalt in Wien, und des auf Seiten der beklagten Partei beigetretenen Nebenintervenienten Dipl.Ing.Johann F, Architekt, Favoritenstraße 5- 7, 1040 Wien, vertreten durch Dr.Walter Schuppich, Dr.Werner Sporn, Dr.Michael Winischhofer und Dr.Martin Schuppich, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert S 10.000), infolge Rekurses der beklagten Partei und des Nebenintervenienten gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 22.November 1984, GZ.1 R 229/84-16, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 26.Juli 1984, GZ.19 Cg 10/84-10, zum Teil aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Beiden Rekursen wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Der Kläger ist Inhaber des österreichischen Patentes Nr.368.785. Die Bekanntmachung der am 25.7.1972 angemeldeten Erfindung im Patentblatt erfolgte am 15.8.1978. Die Erfindung betrifft ein Gebäude aus mehreren, in Abständen voneinander angeordneten Kerntürmen, welche in Abstand vom Boden durch horizontale Baukonstruktionen miteinander verbunden sind. Der einzige Patentanspruch lautet:

'Gebäude aus mehreren in Abständen voneinander angeordneten Kerntürmen, welche in Abstand vom Boden durch horizontale Baukonstruktionen miteinander verbunden sind, dadurch gekennzeichnet, daß die Kerntürme durch gegebenenfalls horizontal und vertikal unterteilte Hohlkastenträger, welche mindestens Raumhöhe aufweisen, miteinander in Verbindung stehen und daß die Kerntürme und Hohlkastenträger an allen oder einigen ihrer Seiten mit An- oder Umbauten versehen sind.' Die beklagte Aktiengesellschaft wurde auf Grund des Bundesgesetzes vom 27.4.1972, BGBl.1972/150, betreffend die Finanzierung des Internationalen Amtssitz- und Konferenzentrums Wien

(IAKW-Finanzierungsgesetz) errichtet. § 1 dieses Gesetzes bestimmt, daß der Bund die Planung, Errichtung, Erhaltung, Verwaltung und Finanzierung des als Bundesgebäude zu errichtenden Internationalen Amtssitz- und Konferenzentrums Wien einer Aktiengesellschaft zu übertragen hat.

Der Kläger begehrt mit der am 8.1.1979 eingebrachten, am 10.1.1979 zur Verbesserung zurückgestellten, am 14.2.1984 wieder vorgelegten und mit Schriftsatz vom 9.7.1984 geänderten Klage, die beklagte Partei schuldig zu erkennen, weitere Eingriffshandlungen zu unterlassen, nämlich unter das beschriebene Patent fallende Gebäude zu errichten, in Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen.

Der Kläger behauptet, die beklagte Partei habe als Bauherrin bei der Errichtung der UNO-City (des G) und zwar insbesondere der Bürogebäude A/B, D/E und F/G, nicht allerdings bei der Errichtung des Konferenzentrums und des Konferenzgebäudes in die geschützte Bauweise des Klägers eingegriffen. Im Zeitpunkte der Bekanntmachung der angemeldeten Erfindung im Patentblatt (§§ 22, 101 Abs.1 und 2 PatG) seien die Gebäude noch nicht fertiggestellt gewesen. Eine gutgläubige Vorbenützung der Erfindung liege nicht vor. Es sei zu besorgen, daß die beklagte Partei auch in Hinkunft derartige geschützte Gebäude herstellen, in Verkehr bringen, feilhalten oder gebrauchen werde.

Die beklagte Partei beantragte Abweisung des Klagebegehrens und brachte vor, daß bei den von ihr errichteten und noch zu errichtenden Baulichkeiten das geschützte Verfahren des Klägers nicht verwendet worden sei. Das Bauvorhaben sei bereits vor der patentamtlichen Bekanntmachung der Erfindung des Klägers fertiggestellt gewesen, sodaß Verjährung eingewendet werde. Der auf Seiten der beklagten Partei beigetretene Nebenintervenient brachte vor, er wäre im Falle der - überdies bestrittenen - Benützung des Patents als berechtigter Vorbenützer im Sinne des § 23 PatG anzusehen. Die gesetzliche Aufgabe der beklagten Partei habe sich auf die Errichtung der bereits bestehenden Gebäude beschränkt, so daß die Beklagte nur mehr mit deren Verwaltung beauftragt sei. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ohne Aufnahme von Beweisen ab.

Es war der Ansicht, einziger Geschäftszweck der beklagten Partei sei die Planung, Errichtung, Erhaltung, Verwaltung und Finanzierung des Konferenzentrums. Abgesehen von dem derzeit noch in Bau befindlichen Konferenzzentrum, das aber nach dem eigenen Vorbringen des Klägers nicht in seine Patentrechte eingreife, werde die beklagte Partei keine anderen Gebäude mehr planen oder errichten. Die beklagte Partei habe sonst nur mehr bestehende Gebäude zu erhalten und zu verwalten. Sie übe damit keine der gemäß § 22 PatG verbotenen Tätigkeiten aus. Betriebmäßig im Sinne des § 22 PatG gebrauche wohl der Eigentümer ein Gebäude, das er entweder selbst nütze oder anderen zur Benützung überlasse, nicht aber jene Person, die der Eigentümer mit der Instandhaltung und Verwaltung des Gebäudes betraut habe. Es fehle daher an der Wiederholungsgefahr, die Voraussetzung des Unterlassungsanspruches nach § 147 PatG bilde. Das Berufungsgericht bestätigte das Ersturteil mit nicht mehr anfechtbarem Teilurteil, soweit der Kläger Unterlassung des 'In-Verkehr-bringens' und des 'Feilhaltens' des Patentgegenstandes begehrte, gab im übrigen der Berufung Folge, hob das angefochtene Urteil in seinem sonstigen Umfang unter Rechtskraftvorbehalt auf und verwies die Rechtssache insoweit zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es sprach aus, daß der von der Aufhebung betroffene Wert des Streitgegenstandes S 15.000, nicht aber S 300.000 übersteigt. Auch der Gesamtstreitwert übersteige S 300.000 nicht.

Das Berufungsgericht traf aus den Materialien zum G-Finanzierungsgesetz umfangreiche Feststellungen zur Entstehungsgeschichte des G. Es stellte insbesondere fest, daß das Gesamtprojekt in drei Baustufen gegliedert sei. Die Baustufe I habe die Amtssitze der H und der UNIDO, gemeinsame Einrichtungen beider Organisationen, Konferenzräume der Internationalen Organisationen und den ersten Abschnitt des Österreichischen Konferenzentrums betroffen. Die Baustufe II bilde der weitere Ausbau des Österreichischen Konferenzentrums samt Bürogebäuden und die Baustufe III Amtssitzgebäude für den Fall der Etablierung weiterer internationaler Organisationen in Wien und der weitere Ausbau des Österreichischen Konferenzentrums. Da schon ein einmaliger Gesetzesverstoß die widerlegbare Vermutung der Wiederholungsgefahr begründe, habe die beklagte Partei zu beweisen, daß keine Wiederholungsgefahr bestehe. Die beklagte Partei und ihr Nebenintervenient hätten den Wegfall der Wiederholungsgefahr nicht für sich in Anspruch genommen, sondern den Patenteingriff als solchen bestritten. Die Wiederholungsgefahr sei nicht weggefallen, weil nach Baustufe III ein weiteres Amtssitzgebäude für den Fall der Niederlassung weiterer internationaler Organisationen in Wien - jedenfalls nach dem Stande 1972 - geplant gewesen sei. Nach der Aktenlage könne nicht gesagt werden, daß dieses Projekt inzwischen gegenstandslos geworden sei.

Die in § 22 PatG normierten Wirkungen träten erst mit dem Tage der Ausgabe des Patentblattes ein, in dem die Patentanmeldung öffentlich bekanntgegeben werde. Erst von da an bestehe die Möglichkeit, Rechte aus dem angemeldeten Patent zu verletzen.

Benützung der Erfindung, die vor diesem Zeitpunkt stattgefunden hätten und bereits abgeschlossen seien, könnten keine Patentverletzungen bilden. Ob danach die beklagte Partei durch die Errichtung der erwähnten Gebäude - wenn überhaupt - in die Patentrechte des Klägers eingegriffen habe, stehe ebensowenig fest, wie die Frage, ob diese Gebäude schon vor der Patentanmeldung fertiggestellt worden seien und damit die Voraussetzungen für ein Vorbenutzungsrecht der beklagten Partei in Betracht kämen. Es könne auch noch nicht abschließend beurteilt werden, ob die Erhaltung, Verwaltung und Finanzierung des G als betriebsmäßiger Gebrauch der Erfindung im Sinne des § 22 PatG anzusehen sei, weil die von der beklagten Partei hiebei vorzunehmenden Tätigkeiten noch nicht im einzelnen festgestellt worden seien. Erst nach einer diesbezüglichen Verfahrensergänzung werde zu beurteilen sein, ob der beklagten Partei für die allenfalls patentfreie errichteten Gebäude ein Weiterbenutzungsrecht zum Gebrauch zuzubilligen sein. Der Patentinhaber sei allein befugt, den Gegenstand der Erfindung betriebsmäßig zu benutzen. Die Benützung erfolge betriebsmäßig, wenn sie auf einer nach einem einheitlichen Plan eingerichteten, wiederholungsfähigen, wirtschaftlichen Tätigkeit von gewisser Dauer beruhe, die, ohne notwendig auf Erwerb gerichtet zu sein, nicht bloß zur Befriedigung persönlicher Bedürfnisse diene. Ein Erwerbsmoment sei nicht vorausgesetzt. Eine solche betriebsmäßige Benützung könne auch durch die Beklagte erfolgen.

Die beklagte Partei und der Nebenintervenient erheben Rekurs (von der beklagten Partei unrichtig als 'Revision' bezeichnet) mit dem Antrag, den Beschluß des Berufungsgerichtes aufzuheben und das Klagebegehren abzuweisen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Rekurse der beklagten Partei und des Nebenintervenienten sind zulässig. Beide Rechtsmittel befassen sich vor allem mit der Frage, ob das Berufungsgericht die Meinung des Erstgerichtes, die beklagte Partei habe die ihr gesetzlich zugewiesenen Aufgaben weitgehend erfüllt und werde keine weiteren Gebäude mehr errichten oder planen, sodaß das Klagebegehren schon mangels Wiederholungsgefahr abzuweisen sei, aus zutreffenden Gründen ablehnte. Die Frage, ob Umstände hervorgekommen sind, die die Wiederholung einer (allfälligen) gesetzwidrigen Handlung der beklagten Partei als ausgeschlossen oder doch zumindest äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen, hier also, ob eine neuerliche Verwendung der angeblich patentverletzenden Konstruktion durch die beklagte Partei im Bereich realer Möglichkeit liegt, ist keine über den Einzelfall hinausgehende erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs.4 Z 1 ZPO (4 Ob 352/84; 4 Ob 1304/84). Da diese Frage auch keine sich aus anderen erheblichen Rechtsfragen ergebende Folgefrage ist, hat sie der erkennende Senat nicht zu prüfen, sondern mit der zweiten Instanz davon auszugehen, daß die Klage nicht schon mangels Wiederholungsgefahr abzuweisen sei.

Die Rechtssache ist somit nicht spruchreif im Sinne der von den Rekurswerbern angestrebten Wiederherstellung des abweisenden Ersturteils. Die Berechtigung des Klagebegehrens hängt außer von der Frage der Wiederholungsgefahr, insbesondere davon ab, ob die beklagte Partei durch eine betriebsmäßige Herstellung und einen Gebrauch des Gebäudes in die Patentrechte des Klägers eingegriffen hat, ob und inwieweit die Benützung der Erfindung schon vor dem Beginn der Patentwirkungen (§ 101 PatG: 15.8.1978) erfolgte oder ob die beklagte Partei oder der Nebenintervenient Vorbenützer der am 25.7.1972 angemeldeten Erfindung im Sinne des § 23 PatG sind. Diesen, in den Rechtsmitteln zumindest teilweise angesprochenen Fragen kommt, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannte, die in § 502 Abs.4 Z 1 ZPO definierte Erheblichkeit zu.

Die Rekurse sind nicht berechtigt.

Der Ansicht der beklagten Partei, die behaupteten Patentverletzungen seien ihr schon deshalb nicht zuzurechnen, weil der Bund Grundeigentümer sei und sei nur (mehr) jene Tätigkeiten zu verrichten habe, wie sie üblicherweise im Rahmen einer Gebäudeverwaltung anfielen, kann nicht gefolgt werden: Gemäß § 1 G-Finanzierungsgesetz hat der Bund die Planung, Errichtung, Erhaltung, Verwaltung und Finanzierung des als Bundesgebäude zu errichtenden Internationalen Amtssitz- und Konferenzentrums Wien einer Aktiengesellschaft übertragen. In Vollziehung dieses Gesetzesbefehls wurde die beklagte Partei errichtet. Es wurde damit im Rahmen der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand eine eigene juristische Person geschaffen und als sogenannter 'ausgegliederter Rechtsträger' (Adamovich-Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht 197; vgl. auch 211) mit bestimmten Aufgaben betraut. Da der beklagten Partei unmittelbar durch das Gesetz bestimmte Aufgaben zugewiesen wurden, ist sie bei deren

Wahrnehmung nicht 'Vertreterin' des Bundes (als Eigentümer der errichteten Bundesgebäude). Sie wird vielmehr kraft eigenen Rechts tätig. Dem Bund steht ein Einfluß auf die Tätigkeit dieser juristischen Personen nicht als Auftraggeber oder als Machthaber, sondern als Mehrheitsaktionär (§ 3 lit.b leg.cit.) nach Maßgabe der Bestimmungen des Aktienrechtes sowie auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschriften (zB § 3 lit.d:

Auskunftspflicht der beklagten Partei gegenüber dem Bunde; § 3 lit.e leg.cit.: Finanzierungsmaßnahme der beklagten Partei nur mit Zustimmung des Bundesministeriums für Finanzen) zu. Die beklagte Partei kann damit der auf behauptete Patentverletzungen und damit auf ein absolutes Recht gestützten Klage nicht erfolgreich entgegenhalten, sie habe die ihr als Patentverletzung vorgeworfenen Handlungen im fremden Namen ('als Gebäudeverwalterin') vorgenommen (§§ 22 bis 25 ZPO; § 375, dazu Spielbüchler in Rummel, ABGB, Rdz 1 bis 3 zu § 375 ABGB).

Die beklagte Partei und der auf ihrer Seite beigetretene Nebenintervenient behaupten, in das Patent des Klägers bei der Bauführung nicht eingegriffen zu haben, jedenfalls aber Vorbenützer der Erfindung zu sein, da das Bauvorhaben bereits vor der Patentanmeldung fertiggestellt und die Planung öffentlich einsehbar gewesen sei.

Da das Berufungsgericht aus den herangezogenen Materialien zum G-Gesetz (194 BlgNR 13.GP 3) festgestellt hat, daß für das Projekt ein öffentlicher Ideenwettbewerb durchgeführt wurde und unter Berücksichtigung der Ergebnisse desselben ein Ministerkomitee gemeinsam mit den Vertretern der Stadt Wien am 18.12.1970 nach Herstellung eines Einverständnisses mit den beiden internationalen Organisationen beschlossen hat, das Projekt des Nebenintervenienten zu verwirklichen, wird das Erstgericht zweckmäßigerweise zunächst die Frage einer allfälligen Vorbenützung des Patentbesitzes zu klären haben.

Gemäß § 23 Abs.1 PatG tritt die Wirkung des Patentbesitzes gegen denjenigen nicht ein, der bereits zur Zeit der Anmeldung im guten Glauben die Erfindung im Inland in Benützung genommen oder die zu solcher Benützung erforderlichen Veranstaltungen getroffen hat. Die Benützung muß - im Sinne des § 22 PatG - betriebsmäßig (zu diesem Merkmal siehe unten) vor sich gegangen sein (SZ 18/28 = PBl.1936, 76; Friebel-Pulitzer 229). Diese Voraussetzung träfe auf den Nebenintervenienten, hätte er von der Erfindung im Rahmen seiner Architektentätigkeit vor der Patentanmeldung Gebrauch gemacht, zu. Gutgläubigkeit vorausgesetzt, wäre es ihm dann als Hersteller der Erfindung gestattet, diese für die Bedürfnisse des eigenen Betriebes - in allen Benützungsorten des § 22 PatG (SZ 20/267; vgl. auch Friebel-Pulitzer aaO 230 ff und Benkard, PatG 7 393 f) - zu benützen. Ebenso ist jeder Erwerber der im Rahmen der Vorbenützung der Erfindung hergestellten Erzeugnisse zur Benützung des erworbenen Gegenstandes befugt (Friebel-Pulitzer aaO 232). Gegen die beklagte Partei würden daher, wenn sie sich auf die Vorbenützung der Erfindung durch den Nebenintervenienten berufen könnte, die Ausschließlichkeitswirkungen des Patentbesitzes (§ 22 PatG) in Bezug auf den (betriebsmäßigen) Gebrauch der Erfindung nicht eintreten. Da es für die Vorbenützung genügt, daß die zu Benützung der Erfindung erforderlichen Veranstaltungen getroffen werden, kommt es auf eine (körperliche) Fertigstellung des Erfindungsgegenstandes im Zeitpunkt der Anmeldung der Erfindung nicht an. Sollen Veranstaltungen zur Benützung der Erfindung das Vorbenützerrecht begründen, müssen sie den ernststen Willen erkennen lassen, die Erfindung alsbald auszuführen (Friebel-Pulitzer aaO 229; SZ 28/142 = PBl.1955, 109). Sie müssen derart sein, daß auf den vollständigen Erfindungsbesitz geschlossen werden kann; daß die Benützung auch tatsächlich vor dem Anmeldetag stattgefunden hat, ist nicht nötig (Friebel-Pulitzer aaO; ähnlich auch Benkard aaO 388 f). Der Erfindungsgedanke muß soweit verwirklicht sein, daß daraus der Sachverständige alle wesentlichen Merkmale entnehmen kann (JBl.1934, 215 = PBl.1933, 93). Ein der Öffentlichkeit - insbesondere unter Vorstellung von Modellen - vorgelegtes Bauprojekt, das alle wesentlichen Merkmale der Erfindung zeigt, könnte dazu ausreichen.

Sollte eine gutgläubige Vorbenützung der Erfindung im Sinne des § 23 Abs.1 PatG nicht erfolgt sein, aber die Benützung des Erfindungsgegenstandes in die Zeit zwischen der Anmeldung des Patentbesitzes (25.7.1972) und der Bekanntmachung der angemeldeten Erfindung (15.8.1978) fallen - im Sinne der deutschen Terminologie wird dieser Sachverhalt (der aber mit der anders gelagerten Zwischenbenützung im Sinne des § 136 PatG nicht zu verwechseln ist!) im folgenden als 'Zwischenbenützung' bezeichnet - ergibt sich folgende Rechtslage:

Erst mit dem Tage der Ausgabe des Patentblattes, mit dem die Patentanmeldung öffentlich bekanntgemacht wurde, treten für den Gegenstand der Anmeldung zu Gunsten des Anmelders einstweilen die gesetzlichen Wirkungen ein (§§ 22, 101 Abs.1 und 2 PatG). Erst von diesem Tage an besteht die Möglichkeit, Rechte aus der angemeldeten Erfindung zu verletzen. Der Patentschutz wirkt somit nicht auf den Zeitpunkt der Anmeldung des Patentbesitzes zurück (ÖBl.1977, 11; 1984, 115; Benkard PatG 7 355, 542), mag auch der Anspruch auf Erteilung des Patentbesitzes an den Urheber der Erfindung

schon mit der ersten Anmeldung entstehen (§ 4 Abs.1 PatG). Benützung der Erfindung, die vor der öffentlichen Bekanntmachung der Patentanmeldung stattfand und bereits abgeschlossen waren, bilden jedenfalls keine Patentverletzung (ÖBl.1984, 115 m.w.N.; zur Frage der zumindest durch entsprechende Veranstaltungen im Sinne des § 23 Abs.1 PatG vor der öffentlichen Bekanntmachung der Patentanmeldung begonnenen Herstellung der Erfindung und zur Frage des betriebsmäßigen Gebrauches patentfrei hergestellter Erfindungsgegenstände wird später Stellung genommen). Selbst wissentliche Benützung der Erfindung (in Kenntnis der Anmeldung) macht vor dem einstweiligen Beginn des Patentschutzes nur bei sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung oder wegen Verstoßes gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften verantwortlich, weil eben erst vom einstweiligen Eintritt der gesetzlichen Wirkungen des Patentbesitzes an in Rechte aus dem angemeldeten Patent eingegriffen werden kann.

Feststellungen über den Zeitpunkt der Beendigung der Herstellung des Gegenstandes der Erfindung wurden nicht getroffen. Der Umstand, daß die Gebäude den internationalen Organisationen am 1.9.1979 und am 1.10.1979 (siehe BGBl.1979/463-465) übergeben wurden legt zwar nahe, daß sie am 15. August 1978 soweit fertiggestellt waren, daß danach ein Patenteingriff (durch Herstellung) nicht mehr in Betracht kam. Da der Oberste Gerichtshof aber nicht Tatsacheninstanz ist, ist es ihm verwehrt, derartige rein tatsächliche Schlußfolgerungen zu ziehen, sodaß Feststellungen über die Beendigung der Herstellung zu treffen sein werden. Entgegen der Ansicht des Klägers kommt es hierbei auf den Zeitpunkt der vollständigen Fertigstellung der Gebäude nicht an. Maßgebend ist vielmehr der Zeitpunkt, in dem die durch den Patentanspruch geschützte Konstruktion fertiggestellt war. Was am Gebäude sonst herzustellen war, fällt unter die 'freien' Elemente, die nicht im kennzeichnenden Teil des Patentanspruches, sondern nur in dessen 'Oberbegriff' aufscheinen (vgl. Friebe-Pulitzer aaO 215).

Zu untersuchen ist aber auch, ob die beklagte Partei oder der Nebenintervenient in das Patent des Klägers eingegriffen hätten, wenn die geschützte Konstruktion im Sinne der obigen Ausführungen am 15. August 1978 noch nicht fertiggestellt, sondern noch im Bau gewesen wäre oder wenn zu dieser Zeit überhaupt erst - insbesondere durch Anfertigung der Baupläne und Erwirkung der Baubewilligungen etc. - die zu solcher Benützung erforderlichen Veranstaltungen getroffen worden wären und wie es sich mit dem Rechte der Weiterbenützung eines patentfrei hergestellten Gebäudes durch dessen betriebsmäßigen Gebrauch verhält. Es erscheint zweckmäßig, zunächst die - zeitlich später liegende - Frage der Zulässigkeit der Weiterbenützung patentfrei hergestellter Gegenstände durch betriebsmäßigen Gebrauch zu behandeln.

Zur Frage der Betriebsmäßigkeit des Gebrauches wurde schon in den EB zur RVzPatG 1897 (bei Friedl-SchönherrThaler aaO 30 FN 3) ausgeführt, daß dieses Merkmal auf die im § 22 PatG aufgezählten Benützungsarten zutrifft, wenn sie auf einer nach einem einheitlichen Plan eingerichteten, wiederholungsfähigen wirtschaftlichen Tätigkeit von gewisser Dauer beruhen, welche, ohne notwendig auf Erwerb gerichtet zu sein, nicht bloß zur Befriedigung persönlicher Bedürfnisse dient (PBl.1907, 997; SZ 46/53; Friebe-Pulitzer aaO 213). Der Gesetzgeber ist damit bewußt von dem engeren Begriff einer 'gewerbemäßigen Tätigkeit' abgerückt, weil er auch die Ausnützung von Erfindungen, etwa im Bereich von Kranken- und Wohltätigkeitsanstalten, sowie in kommunalen Versorgungsbetrieben und dergleichen treffen wollte (vgl. EB 1897 bei Friedl-Schönherr-Thaler aaO 30 FN 4; Friebe-Pulitzer aaO 213 f.; SZ 46/53). Nach § 1 G-Finanzierungsgesetz wurde die Erhaltung, Verwaltung und Finanzierung des Amtssitz- und Konferenzentrums Wien der beklagten Partei übertragen. Die Gebäude wurden den internationalen Organisationen gegen einen jährlichen Anerkennungsbeitrag zur Benützung überlassen. Die internationalen Organisationen haben für die Betriebskosten und die laufenden Kosten der Instandhaltung aufzukommen. Da die beklagte Partei - wie oben ausgeführt - kraft eigenen Rechts tätig wird, hat sie eine einem Vermieter von Bürogebäuden vergleichbare Stellung. Eine Abstellung allfälliger weiterer Patenteingriffe ist von ihr und nicht von den 'Mietern' zu erwarten, die darauf, ob bei der Schaffung des später überlassenen Gebäudes in eine patentrechtlich geschützte Konstruktionsweise eingegriffen wurde, in aller Regel keinen Einfluß haben (vgl. OGH 17.2.1914, PBl.1914, 229). Da es sich bei der Erhaltung, Verwaltung und Finanzierung der Gebäude und ihrer Zurverfügungstellung an die in Wien etablierten internationalen Organisationen um eine wiederholungsfähige wirtschaftliche Tätigkeit von langer Dauer handelt, benützt die beklagte Partei die Gebäude wie ein Vermieter betriebsmäßig im Sinne des § 22 PatG. Ein Patenteingriff durch Benützung des Gegenstandes der Erfindung setzt zwar voraus, daß die geschützte Konstruktionsweise für den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gegenstandes nicht nur von völlig untergeordneter technischer Bedeutung ist (vgl. Benkard aaO 350).

Daß die vorliegende patentgeschützte Bauweise für den Gebrauch des Objektes als Bürogebäude nur von völlig untergeordneter technischer Bedeutung wäre, kann aber nach den derzeitigen Verfahrensergebnissen jedenfalls nicht gesagt werden.

Da somit eine betriebsmäßige Benützung der Gebäude anzunehmen ist, ist die weitere Frage zu klären, ob sie patentfrei benützt werden dürfen, falls sie noch patentfrei hergestellt wurden. In Österreich hat sich mit dieser Frage, soweit ersichtlich, nur Hamburger (Können Weiterbenützungsrechte aus Benützungshandlungen Dritter im Intervall zwischen Anmeldung und Bekanntmachung entstehen? FS 60 Jahre Patentamt 77 ff = GRUR 1961, 1 ff) befaßt, der ein solches Weiterbenützungsrecht ablehnt. Er begründet seine Meinung im wesentlichen damit, daß das Patentgesetz die zu Gunsten des Patentinhabers eintretenden Rechtswirkungen (§ 8 PatG 1950 = § 22 PatG 1970) nur durch die Schaffung eines Vorbenützerrechtes bis zur Zeit der Anmeldung (§ 9 PatG 1950 = § 23 PatG 1970) und eines (hier nicht in Betracht kommenden) Zwischenbenützungsrechtes (§ 85 h PatG 1950 = § 136 PatG 1970) beschränkt habe und dem Urheber der Erfindung schon mit ihrer Konzeption, allerdings bedingt durch die rechtzeitige Anmeldung ein schutzfähiges Rechtsgut zukomme. Die Schutzlosigkeit von Erfindungsbenützungen bis zum Bekanntmachungstage der Patentanmeldung beruhe nur darauf, daß infolge der Notwendigkeit der Prüfung eines Patentansuchens die Erteilung des Patentes nicht uno actu mit der Anmeldung möglich sei. Der Patentinhaber könne nur dann nicht einschreiten, wenn der der Erfindung entsprechende Gegenstand aus einer bis zur Bekanntmachung der Patentanmeldung erfolgten Erfindungsbenützung durch einen Dritten stamme und nach diesem Tag nicht mehr betriebsmäßig benützt werde. Ein Bedürfnis nach einer Änderung der Gesetzeslage bestehe nicht, weil die Prüfung von Patentanmeldungen in Österreich mit einer Raschheit vor sich gehe, daß schon nach wenigen Wochen oder Monaten mit der öffentlichen Bekanntmachung der Anmeldung zu rechnen sei.

Im deutschen Schrifttum ist die Frage, ob während der Zwischenbenützung patentfrei 'geborene' Gegenstände patentfrei bleiben, umstritten. Einige Autoren wollen für die patentfrei hergestellten Erzeugnisse ein Weiterbenützungsrecht zum gewerblichen Anbieten, In-Verkehr-Bringen und zum Gebrauch zubilligen. Der Bundesgerichtshof hat die Frage in ihrer Allgemeinheit offengelassen, ein Weiterbenützungsrecht jedenfalls aber bei Unredlichkeit verneint (BGH in GRUR 1959, 528 I 530 ; zum gesamten Meinungsstand in der BRD Benkard aaO 396).

Der erkennende Senat vermag sich der Ansicht Hamburgers nicht anzuschließen. Vielmehr erscheint der aus dem natürlichen Zusammenhang der Benützungshandlungen (Kohler, Handbuch des Patentrechtes 452 f) abgeleitete Grundsatz, daß die von einem Patentinhaber oder mit dessen Erlaubnis hergestellte und in den Verkehr gebrachte Sache vom Patentschutz frei wird und daher vom Erwerber infolge Verbrauches des Patentrechtes frei benützt werden kann, sinngemäß auch in jenen Fällen anwendbar, in denen eine Sache vom Zwischenbenützer patentfrei hergestellt wurde, weil der Erwerber auch in diesem Fall (so wie wenn er vom Patentinhaber oder Vorbenützer erwirbt) seine Befugnis von einem berechtigten Hersteller (rechtmäßigen Benutzer der Erfindung) im Inland ableiten kann (Weidlich, GRUR 1936, 80; Blasendorff, GRUR 1939, 449; derselbe, GRUR 1953, 151 f; Trüstedt, GRUR 1952, 111; Tetzner, NJW 1969, 642; aM Gewiese, GRUR 1952, 278; Hegel, GRUR 1959, 509). Der nachträgliche Wegfall der Berechtigung kann für die noch patentfrei hergestellten Erzeugnisse keine Rolle spielen. Die Gründe, die den Gesetzgeber zur Schaffung eines Vorbenützerrechtes bewogen haben, nämlich aus Billigkeit den bestehenden gewerblichen oder wirtschaftlichen Besitzstand des Vorbenützers zu schützen und die Zerstörung rechtmäßig geschaffener Werte zu verhindern (Benkard aaO 382; Blasendorff, GRUR 1953, 152), treffen auch auf den Erfindungsbesitz des redlichen Zwischenbenützers zu. Das Argument, es werde damit eine Gleichstellung zwischen dem Vorbenützer und dem Zwischenbenützer, dessen Besitzstand erst nach der Patentanmeldung begründet wurde, herbeigeführt (so Wirth, GRUR 1941, 302), was in der Tat dem klaren Wortlaut des § 23 Abs.1 PatG zuwiderliefe, der nur denjenigen schützt, der die Erfindung bereits zur Zeit der Anmeldung im guten Glauben benützte, ist verfehlt, weil das Zwischenbenützungsrecht nur das schützt, was der Zwischenbenützer im Vertrauen auf die Patentfreiheit konkret geschaffen hat, ihm aber kein Recht zur weiteren Benützung der Erfindung als solche gewährt, während der Vorbenützer die Erfindung für die Bedürfnisse seines eigenen Betriebes weiterhin benützen kann, wobei sich der qualitative Umfang seines Rechtes nach der bisherigen Benützung richtet und der qualitative, zeitliche und örtliche Umfang keinen Beschränkungen unterworfen ist (Friebel-Pulitzer aaO 232). Die Zwischenbenützung bildet hingegen eine Art Aufbrauchsrecht, das naturgemäß mehr oder weniger rasch zu Ende geht. Die von Hamburger und einem Teil es deutschen Schrifttums vertretene Auffassung, daß die Weiterbenützung der vom Zwischenbenützer patentfrei hergestellten Gegenstände nur mehr mit Erlaubnis des Patentinhabers zulässig sei (Gewiese aaO 279; Hegel aaO 509; vgl. auch Zeller, GRUR 1952, 446 f) würde dazu führen,

daß der Patentschutz im wirtschaftlichen Kern doch auf den Tag der Anmeldung zurückwirkt, weil auch der gutgläubige Zwischenbenützer von diesem Tag an die vorher patentfrei hergestellten Erzeugnisse nicht mehr verwerten könnte und selbst wegen der bereits vor der öffentlichen Bekanntmachung der Anmeldung veräußerten Erzeugnisse Gewährleistungsansprüche der nicht mehr benutzungsbefugten Erwerber zu gewärtigen hätte. Die Ansicht Hamburgers, ein Bedürfnis nach dem Schutze des Zwischenbenützers bestehe nicht, weil die Prüfung einer Anmeldung durch das Patentamt nur kurze Zeit in Anspruch nehme, entspricht, wie übrigens gerade der vorliegende Fall beweist, den gegenwärtigen Verhältnissen längst nicht mehr (Wirth, GRUR 1941, 302; Lampert, GRUR 1942, 108; Hegel, GRUR 1959, 508). Die Gefahr, daß gutgläubige Zwischenbenützer im Vertrauen auf die Patentfreiheit bestimmter technischer Ausrüstungen des Betriebes erhebliche Investitionen tätigen, die in der Folge nicht mehr oder nur mehr gegen Bezahlung einer infolge der Ausnützung der Zwangslage durch den Patentinhaber unangemessen hohen Lizenzgebühr benützt werden dürfen, wird umso größer, je länger mit der fortschreitenden Technik die Patentprüfung dauert. Hingegen sind dem Patentinhaber Einbußen, die er dadurch erleidet, daß vom redlichen Zwischenbenützer patentfrei hergestellte Patentgegenstände patentfrei bleiben, in Österreich umso eher zumutbar, als der Zeitraum zwischen der Patentanmeldung und ihrer öffentlichen Bekanntmachung - anders als nach deutschem Recht (§ 16 dPatG) - nicht zu Lasten der gesetzlichen Patentdauer geht (vgl. EB 1897 in Friedl-Schönherr-Thaler, PatG 37 FN 3), dem Patentinhaber also auch bei langer Prüfungsdauer die volle Schutzzeit gewahrt bleibt, die Gefahr unverwertbarer Investitionen aber für den gutgläubigen Zwischenbenützer durch immer längere Prüfungszeiten steigt.

Der Grundgedanke, einen bestehenden wirtschaftlichen Besitzstand eines redlichen Zwischenbenützers zu schützen und die Zerstörung rechtmäßig geschaffener Werte zu verhindern, wird es regelmäßig auch erfordern, das Aufbrauchsrecht auch für Erfindungsgegenstände zu gewähren, deren Herstellung bei Bekanntmachung der Erfindung noch im Gange ist. Andererseits sind Zwischenbenützer, die den künftigen Patentinhaber etwa dadurch schädigen, daß sie im Hinblick auf den baldigen Eintritt der einstweiligen Patentwirkungen große Mengen der später geschützten Erzeugnisse 'patentfrei' herstellen, um sie dann noch vertreiben zu können, schon mangels Gutgläubigkeit nicht schutzwürdig. über in Herstellung befindliche Gegenstände hinaus kommt das Aufbrauchsrecht allenfalls auch für Gegenstände in Frage, deren Herstellung im Zeitpunkte der Bekanntmachung der Erfindung noch gar nicht begonnen hat, wenn in diesem Zeitpunkt bereits die zu solcher Benützung erforderlichen Veranstaltungen (§§ 23, 136 Abs.1 PatG) getroffen worden waren. Wegen des Charakters des Weiterbenützensrechtes als Aufbrauchsrecht ist aber hiefür Voraussetzung, daß sich die zur Herstellung getroffenen Veranstaltungen nur auf einen oder einzelne konkrete Verwirklichungen des Gegenstandes der Erfindung beziehen, was bei Veranstaltungen für eine Erfindung, die die Herstellung von Massen- oder Serienerzeugnissen betrifft, nicht der Fall ist. Bei diesen wird die Zwischenbenützung in aller Regel auf die im Zeitpunkte der Bekanntmachung der Erfindung vorhandene Produktion beschränkt sein, da es sonst zu einer weitgehenden Annäherung des Zwischenbenützensrechtes an das Vorbenützensrecht käme. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ergibt, daß die beklagte Partei auch dann berechtigt war, den Gegenstand der Erfindung beim Bau der UNO-City (also einmal!) zu benützen, wenn sie zwar nicht Vorbenützerin war, aber zumindest die alle wesentlichen Merkmale der Erfindung enthaltenden Baupläne vor dem 15.8.1978 ausgearbeitet und damit Veranstaltungen zur Herstellung des Erfindungsgegenstandes getroffen hatte. Anders als einem Vorbenützer ist der beklagten Partei aber diesfalls die Benützung der Erfindung durch Herstellung weiterer Gebäude, für die am 15.8.1978 noch keine konkreten Baupläne bestanden, so wie jede sonstige Wiederholung der Benützung der Erfindung bei künftigen Objekten untersagt. Auch Art.4 lit.B PVÜ steht einem in Analogie zum Vorbenützerrecht und zum Grundsätze des Verbrauches des Patentrechtes entwickelten Aufbrauchsrecht des Zwischenbenützers nicht entgegen (Krieger, GRUR 1954, 432 f; Hegel aaO 511; vgl. Pucher, GRUR 1960, 367).

Das gemäß § 81 Abs.5 PatG jedermann zustehende Recht, beim Patentamt Auskünfte darüber, wann, unter welchem Titel und von wem eine Anmeldung einer bestimmten Patentklasse eingereicht wurde, einzuholen, tut der bis zum Beweis des Gegenteils anzunehmenden Gutgläubigkeit der beklagten Zwischenbenützerin keinen Abbruch. Sie war nicht verpflichtet ohne irgendeinen konkreten Anlaß während der - offensichtlich langen - Zeit der Planung und Ausführung des Bauprojektes laufend Erkundigungen darüber einzuziehen, ob dieses von einem angemeldeten Patent betroffen sein könnte. Der Kläger, der die Gutgläubigkeit der beklagten Partei (des Nebenintervenienten) bestreitet, wird darzutun haben, daß konkrete Verdachtsmomente vorlagen, die solche Anfragen erforderlich gemacht hätten. Gemäß § 154 PatG gilt für die Verjährung der Ansprüche auf angemessenes Entgelt, Herausgabe des Gewinnes und Rechnungslegung § 1489 ABGB sinngemäß. Die Frist für die Verjährung von Ansprüchen auf Unterlassung von Verstößen gegen das Patentgesetz ist - anders als in § 141 dPatG, sowie im § 20 Abs.1 UWG, § 5 ZugG und § 14 DV

RabG - nicht gesondert geregelt. Schönherr (gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, allgemeiner Teil 48) ist der Ansicht, daß sie analog dem § 1489 ABGB zu behandeln sei. Damit hätte ebenso wie nach § 141 dPatG eine dreijährige Frist ab Kenntnis der Tat und des Täters zu gelten. Der erkennende Senat tritt dieser Ansicht bei. Der Unterlassungsanspruch bleibt jedoch - analog § 20

Abs.2 UWG - auch nach Ablauf der Verjährungsfrist gewahrt, solange ein gesetzwidriger Zustand fortbesteht (vgl. auch Benkard aaO 1154). Daraus folgt, daß dem vom Kläger aus dem Unterlassungstatbestand des 'Gebrauchens' geltend gemachten Anspruch Verjährung nicht entgegensteht. Ob infolge allfälliger, nicht gehöriger Fortsetzung der schon am 8.1.1979 eingebrachten Klage Verjährung des aus dem Tatbestand des 'Herstellens' geltend gemachten Unterlassungsanspruches eingetreten ist, kann noch nicht beurteilt werden, weil die Gründe, die für die Verzögerung der Wiedervorlage der Klage maßgebend waren, mit den Parteien nicht erörtert wurden. Die Verjährung der Ansprüche wegen Verletzung des Patentrechtes beginnt schon während des einstweiligen Schutzes aus der Bekanntmachung der Anmeldung und ist nicht etwa bis zur Erteilung des Patentbeschlusses gehemmt (Benkard aaO 1154 f; RGZ 151, 129, 138 f). Die Rechtssache ist somit nicht spruchreif, sodaß beiden Rekursen ein Erfolg zu versagen ist.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf § 52 ZPO.

#### **Anmerkung**

E05884

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1985:0040OB00317.85.0515.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19850515\_OGH0002\_0040OB00317\_8500000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)