

Der belohnte Erfinder

oder: Die kaum bekannte Gewerbeausübung kraft Patentrechts

Damit die wirtschaftliche Nutzung nicht durch die Bestimmungen der österreichischen Gewerbeordnung (GewO) verhindert wird,¹⁾ darf der Inhaber eines erteilten Patents die Erfindung gewerbsmäßig ohne Gewerbeberechtigung ausüben. Die seit mehr als 150 Jahren zum Rechtsbestand der GewO²⁾ gehörende Gewerbebegünstigung hat durchaus ihren (bescheidenen) praktischen Anwendungsbereich. Ein jüngst höchstgerichtlich entschiedener Anlassfall³⁾ gestattet einen genaueren Blick auf diese Schnittfläche zwischen Immaterialgüter- und Gewerbebereich, der auch grundrechtliche Überlegungen zum Gebrauchsmuster enthält.

1. Ausgangsfall

Die späteren Beschwerdeführer bekämpften gegen sie ergangene Bescheide des Magistrats Wien als handelsrechtliche Geschäftsführer der X-GmbH wegen unberechtigter Gewerbeausübung mit verhängten Geldstrafen in Höhe von 630 € bzw damit verbundenen Verfahrenskosten. Sie hatten als Verantwortliche das Geschäftslokal der X-GmbH,⁴⁾ der Erstbeschwerdeführerin, offen gehalten und die Tätigkeit des Kaminschleifens einem größeren Personenkreis sowohl im Internet-Telefonverzeichnis als auch durch die Aufschrift am Geschäftslokal angeboten. Zu ihrer Rechtfertigung brachten die Beschwerdeführer vor, die X-GmbH sei nach § 31 PatG berechtigt, die gegenständlichen Kaminschleifarbeiten anzubieten und durchzuführen. Sie habe im Zuge eines

Konkursverfahrens das Unternehmen der K-KG und damit auch deren Patent „Vorrichtung zum Kaminreinigen, Kaminschleifen und Auffinden von Schadenstellen in den Kamininnenwänden“ erworben. Als Rechtsnachfolgerin wäre sie daher berechtigt,⁵⁾ die Erfindung ohne Gewerbeberechtigung auszuüben.

Der UVS Wien stellte fest, das Patent der K-KG wurde im Jahr 1964 angemeldet und wegen Nichtzahlung der 17. Jahresgebühr im November 1981 gelöscht. Die Beschwerdeführerin der X-GmbH wäre seit 1. 3. 2005 Rechtsnachfolgerin der K-KG. Die Erstbeschwerdeführerin hätte daher das Unternehmen der K-KG erst zu einem Zeitpunkt erworben, in dem das gegenständliche Patent bereits wegen Nichtentrichtung der Jahresgebühr erloschen war.⁶⁾ Der UVS Wien bestätigte die Straf- und Haftungsbescheide, da für den gegenständlichen Tatzeitraum von einer Verwaltungsübertretung⁷⁾ auszugehen wäre. Die Bestimmung des § 31 PatG würde die fehlende Gewerbeberechtigung im konkreten Fall nicht substituieren.

Die obersten Verwaltungsrichter hatten daher zu prüfen, ob die Begünstigung des § 31 Abs 1 PatG, die (erworbene) Erfindung gewerbsmäßig auszuüben, ohne an die Vorschriften für

1) Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zu GewO³ (2011) § 3 Rz 2

2) So findet sich bereits in der Fassung des Kundmachungspatents zur GewO (1859) ein Hinweis, dass „die durch das Privilegiengesetz [RGL 1852/184] den Inhabern von Erfindungs-, Verbesserungs- und Entdeckungs-Privilegien gewährten Rechten durch [die GewO] nicht berührt [werden]“; Art IX des „Kaiserliches Patents vom 20. December 1859, womit eine Gewerbe-Ordnung für den ganzen Umfang des Reiches, mit Ausnahme des venetianischen Verwaltungsgebietes und der Militärgränze, erlassen () wird“ Eine ausführlichere Regelung wurde erst durch die GewO 1973 eingeführt

3) VwGH 25. 11. 2011, 2007/04/0126 – Gewerbeausübung kraft Patents, nv.

4) ISd § 9 VStG

5) Gem § 31 Abs 5 bzw § 31 Abs 4 PatG.

6) Gem § 46 Abs 1 Z 2 PatG.

7) Gem § 366 Abs 1 Z 1 GewO iVm § 9 VStG

die Erlangung einer Gewerbeberechtigung gebunden zu sein, im konkreten Fall, in dem das Patent bereits erloschen war, auch für die Rechtsnachfolgerin der ehemaligen Patentinhaberin gelten würde.

2. Die Entscheidung des Gerichts⁸⁾

Der VwGH gab den Beschwerden keine Folge. Die Höchstrichter betonten zwar, dass die Begünstigung für Patentanmelder bzw Patentinhaber, ihre Erfindung gewerbsmäßig auszuüben, ohne an die Vorschriften für die Erlangung einer Gewerbeberechtigung gebunden zu sein, auch dem Rechtsnachfolger eines Patentanmelders bzw Patentinhabers zukäme.⁹⁾ Dies würde allerdings den aufrechten Bestand der Patentrechte voraussetzen, da niemand mehr Rechte übertragen könnte, als er selbst besessen hatte. Nach dem festgestellten Sachverhalt hatte aber die X-GmbH das Unternehmen der K-KG erst zu einem Zeitpunkt erworben, in dem das Patent längst erloschen war. Es konnte also denkmöglich nicht Gegenstand der Rechtsnachfolge sein. Ein Weiterbestehen der gewerberechtiglichen Begünstigung nach § 31 Abs 4 letzter Satz PatG über den Zeitpunkt des Patenterlöschens hinaus kam gegenständlich nicht in Betracht. Aus dem Wortlaut der Bestimmung „weiter besteht“ folgte für den VwGH, dass über den Zeitpunkt des Erlöschens eines Patents die gewerberechtigliche Begünstigung lediglich für Patentinhaber, Patentanmelder oder deren Rechtsnachfolger verlängert wird, die im Zeitpunkt des Erlöschens bereits das Patent in Anspruch genommen hatten. Gegenständlich wäre also bestenfalls die K-KG begünstigt, nicht hingegen die beschwerdeführende X-GmbH.

3. Gewerbebegünstigung durch Patente

Das vorliegende Erkenntnis¹⁰⁾ rückt die bislang kaum beachtete Schnittfläche¹¹⁾ zwischen Gewerbe- und Patentrecht ins Bewusstsein. Die aufeinander abgestimmten Vorschriften des § 3 GewO und der §§ 31 und 32 PatG verschaffen dem Inhaber eines (auch bloß angemeldeten) Patents ex lege eine Gewerbeausübungsbefugnis, die mit dem Schlagwort „Gewerbeausübung kraft Patentrechts“ umschrieben werden kann.¹²⁾

3.1. Anwendungsbereich

Die in § 31 Abs 1 PatG vorgesehene gewerberechtigliche Begünstigung ermöglicht dem Inhaber, die sich aus dem (angemeldeten) Patent ergebende Erfindung gewerbsmäßig zu gebrauchen, ohne an die Vorschriften für die Erlangung einer Gewerbeberechtigung gebunden zu sein. In sachlicher Hinsicht umfasst die Begünstigung das Herstellen, das Inverkehrbringen und das Anbieten des Gegenstands der Erfindung und eine darüber hinausgehende betriebsgemäße Verwendung. Dies gilt auch für Verfahrenspatente.

In *persönlicher Hinsicht* gilt die Begünstigung nicht nur für den Patentinhaber, sondern auch für einen Patentanmelder,

8) VwGH 25 11 2011, 2007/04/0126 ua – Gewerbeausübung kraft Patents, nv.

9) ISd § 33 PatG

10) VwGH 25 11 2011, 2007/04/0126 ua – Gewerbeausübung kraft Patents, nv.

11) Sogar der VwGH vertritt dazu die Ansicht, dass die Bestimmungen der §§ 31 und 32 PatG auch für den mit Gewerbeberechtigung häufig befassten Rechtsanwender wenig geläufig sind.

12) Im Gewerberegister wird dann zB eingetragen „Gewerbsmäßige Ausübung der zur Patentierung angemeldeten Erfindung des unter Nr. ...“ oder „Gewerbsmäßige Ausübung einer Erfindung ...“ mit jeweils näheren Angaben zum Gegenstand des Patents

sofern ihm mindestens 25 %¹³⁾ des Patentrechts zustehen.¹⁴⁾ Die Privilegierung kann (vom Patentinhaber) nicht auf Lizenznehmer erstreckt werden,¹⁵⁾ daher müssen Lizenznehmer, sofern sie die Tätigkeit gewerbsmäßig ausüben, stets über eine entsprechende Gewerbeberechtigung zu verfügen.

In *zeitlicher Hinsicht* erstreckt sich die gewerberechtigliche Begünstigung vom Tag der Bekanntmachung der Erteilung der Anmeldung bzw der Erteilung des Patents sogar über das Löschen des Patentrechts hinaus. Es gilt sogar für Rechtsnachfolger der Patentinhaber, wenn sie vor dem Zeitpunkt des Erlöschens bereits Patentinhaber waren und das Patent in Anspruch genommen haben. Diese zuletzt genannte zeitliche Wirkung leitet der VwGH¹⁶⁾ aus der Wortfolge „weiter besteht“ in § 31 Abs 4 letzter Satz PatG ab. Es wird nur die Begünstigung jener Personen verlängert, die im Zeitpunkt des Erlöschens bereits Patentinhaber (Anmelder oder dessen Rechtsnachfolger) waren und das Patent tatsächlich in Anspruch genommen haben. Nur die Begünstigung des Patentinhabers wird daher nach dieser Vorschrift über den Zeitpunkt des Erlöschens des Patents hinaus verlängert.¹⁷⁾

Die Gewerbebegünstigung erstreckt sich in *sachlicher Hinsicht* nur auf die tatsächlich unter das Patent fallenden Gegenstände bzw Verfahren.¹⁸⁾ Überschreitet der Patentinhaber seine Begünstigung, zu der auch Vor- und Vollendungsarbeiten, die notwendig sind, um ein Erzeugnis absatztauglich zu machen, gehören,¹⁹⁾ setzt er sich dem Vorwurf einer „sonstigen unlauteren Handlung“ iSd § 1 Abs 1 Z 1 UWG iVm den gewerberechtiglichen Vorschriften aus, konkret einem unlauteren Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch.²⁰⁾

Für die Ausübung besteht eine Anzeigepflicht.²¹⁾ Wer von der Begünstigung der patentrechtlichen Gewerbeausübungsfreiheit Gebrauch machen will, hat unter Berufung auf § 31 PatG dies der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde spätestens gleichzeitig mit dem Beginn der Ausübung der Erfindung anzuzeigen. Allerdings wird mit der Anzeige keine Gewerbeberechtigung erworben.²²⁾

Die Beschwerdeführer hatten jedoch nicht glaubhaft gemacht, dass sie aufgrund der „unklaren Rechtslage“²³⁾ an der Verletzung der Verwaltungsvorschriften kein Verschulden traf. Die Verwaltungsstrafbehörde durfte daher gem § 5 Abs 1 VStG

13) Die Regelung dient wohl der Eindämmung von Missbrauch. So wurde zB in den 60er-Jahren ein Patent auf eine Maschine zur Speiseeiserzeugung in 1 000 Anteile gestückelt; vgl VwGH 12. 4. 1967, ÖBl 1967, 129 (*Barfuß*). Es liegt nahe, dass dadurch der Befähigungsnachweis umgangen werden sollte

14) Vgl § 31 Abs 2 PatG.

15) So bereits VwGH 14. 5. 1913, PBl 1913, 911, sowie *Heller*, Kommentar zur Gewerbeordnung und zu ihren Nebengesetzen, Bd 2 (1912) 1766, der dies mit dem „Ausnahmecharakter“ dieser Bestimmung begründet. Diese Auffassung besteht bis heute, zB *Dohr*, Nachsicht und nachsichtähnliche Regelungen in der Gewerbeordnung, in *Rill*, Beiträge zu Grundfragen der GewO 1973 (1978) 251 f, und *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO³ (2011) § 3 Rz 3.

16) Durchaus in Übereinstimmung mit der Rsp des VfGH 5. 3. 2007, B 1935/06, nv

17) Ebenso *Weiser*, PatG² (2005) 181.

18) OGH 13. 4. 1999, 4 Ob 97/99i – *Infrarot-Thermographie-Verfahren*, nv

19) OGH 28. 11. 1991, 7 Ob 32/91 – *Betriebshaftpflichtversicherung*, SZ 64/167

20) Vgl OGH 13. 4. 1999, 4 Ob 97/99i – *Infrarot-Thermographie-Verfahren*, nv. Dabei ist die Rsp insb seit der UWG-Nov 2007 von der Tendenz geprägt, der vertretbaren Rechtsansicht sehr viel Raum zu geben. Angesichts zahlreicher wenig eindeutiger Regelungen in der GewO ist die lauterkeitsrechtliche Verfolgung gewerberechtiglicher Übertretungen dadurch schwieriger und seltener geworden, vgl zB OGH 14. 10. 2008, 4 Ob 161/08t, *Alarmanlagen*, ÖBl-LS 2009/1 = wbl 2009/45. In der Folge wird eine Erhöhung der Geldstrafen iSv §§ 366 ff GewO erwogen

21) § 32 Abs 1 PatG

22) *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO³ (2011) § 3 Rz 4 aE

23) Der VwGH 25 11 2011, 2007/04/0126 ua – Gewerbeausübung kraft Patents, gesteht zu, dass die Bestimmungen der §§ 31 und 32 PatG auch für den mit Gewerbeberechtigung häufig befassten Rechtsanwender wenig geläufig sind

zumindest von der fahrlässigen Verwirklichung der gegenständlichen Ungehorsamsdelikte ausgehen.²⁴⁾

3.2. Umfang der Befugnis

Art und Umfang der „Ausübung der Erfindung“ werden durch den Gegenstand einer Erfindung bestimmt. Dabei ist von dem Grundverständnis der GewO auszugehen, wonach für eine bestimmte Tätigkeit ein entsprechendes Gewerbe zu lösen ist. Die Privilegierung des Patentinhabers durch das PatG macht für den Patentinhaber nur jene Gewerbeberechtigung entbehrlich, deren Tätigkeit Gegenstand des Patents ist. Demgemäß kann der Patentinhaber eines Gegenstands diesen herstellen, in Verkehr bringen und verkaufen.²⁵⁾ Davon ist aber die Anwendung der Maschine zu unterscheiden, die regelmäßig einem anderen Gewerbe unterliegt: So ist die Herstellung einer Maschine zur Speiseeiserzeugung dem reglementierten Gewerbe „Mechatroniker“²⁶⁾ vorbehalten, wogegen die „Erzeugung von Speiseeis“ dem gleichlautenden Teilgewerbe unterliegt.²⁷⁾

Die GewO spricht demgegenüber allgemeiner (und unschärfer) von der „Ausübung der Erfindung“.²⁸⁾ Daher räumt der VwGH dem Patentinhaber auch bei der Anwendung der Maschine eingeschränkte Rechte ein, wobei der VwGH im Einzelfall eher diffizile Entscheidungen getroffen hat, wonach zB ein Patentinhaber einer Maschine zur Speiseeiserzeugung die Grundmasse nicht selbst erzeugen darf und auch nur Wasser, nicht aber Milch oder Milchpulver zusetzen darf.²⁹⁾ Der Patentinhaber einer Vorrichtung zur Erzeugung von Sodawasser ist zwar zur Erzeugung³⁰⁾ und Ausschank von Sodawasser, nicht aber von Kracherln berechtigt.³¹⁾ Der Patentinhaber einer Espressomaschine, deren Zweck die Herstellung von Kaffee einer bestimmten Zubereitungsart ist, ist nicht zur Verabreichung für Gäste in einem Bäckergeschäft berechtigt.³²⁾

Für diese Anwendungen, die nicht vom Patent gedeckt sind, benötigt der Patentinhaber – gleich wie ein sonstiger Gewerbetreibender – die erforderliche Gewerbeberechtigung.³³⁾ Im Fall der Erfindung eines Verfahrens erstreckt sich die Begünstigung auf dessen Gebrauch.³⁴⁾ Werden über den Umfang des Patents hinaus noch andere Arbeiten angeboten, so ist auch dafür eine entsprechende Gewerbeberechtigung erforderlich.³⁵⁾

Andere als in § 3 Abs 1 GewO (taxativ) angeführte gewerberechtliche Bestimmungen, die für Patentinhaber unanwendbar erklärt werden, sind auf Patentanmelder und ihre Rechtsnachfolger „sinngemäß“³⁶⁾ anzuwenden, zB die Bestimmungen über die gewerbliche Betriebsanlage nach den §§ 74 ff iVm §§ 353 ff GewO.

24) Vgl VwGH 22. 5. 2003, 2001/04/0248, ZfVB 2004/981/1083.

25) § 31 Abs 1 PatG.

26) Insb durch das reglementierte Gewerbe „Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik“ iSd § 94 Z 49 GewO.

27) Die „Erzeugung von Speiseeis“ ist ein Teilgewerbe (iSd § 1 Z 9 1. Teilgewerbe-V) und kann auch auf der Basis des reglementierten Gewerbes Konditor iSd § 94 Z 40 GewO oder als Nebenrecht von anderen ausgeübt werden, wie insb von Gastgewerbetreibenden iSd § 94 Z 26 GewO.

28) § 3 Abs 1 GewO.

29) VwGH 8. 2. 1966, 1364/65, und VwGH 1. 2. 1967, 1897, 898/66, VwSlgA 7.071.

30) Dies ist Gegenstand eines freien Gewerbes zB „Sodawassererzeuger“ oder „Erzeugung von Nahrungs- und Genussmitteln, unter Ausschluss der den reglementierten Lebensmittelherzeugern vorbehaltenen Tätigkeiten“.

31) VwGH 18. 5. 1977, 0929/76.

32) VwGH 26. 2. 1969, 1424/67.

33) Vgl Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO³ § 3 Rz 4.

34) § 31 Abs 1 PatG.

35) Vgl VwGH 18. 5. 1977, 0929/76, nv, bzgl eines Patents zur Schalung zur Herstellung behälterförmiger Betonbauten, wie zB von Silos.

36) „Sinngemäß“ deshalb, weil mit einer Anzeige nach § 32 PatG kein Gewerbe iSd erworben wird und folglich keine Gewerbeausübung iSd GewO stattfindet, vgl Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO³ § 3 Rz 7.

3.3. Gewerbebegünstigung für Gebrauchsmusterinhaber?

Ein Gebrauchsmuster, dh das sog „kleine Patent“, ermöglicht keine der Patentanmeldung entsprechende Gewerbebegünstigung. Da das technische Schutzrecht für Gebrauchsmuster erst 1994 geschaffen wurde,³⁷⁾ konnte der historische Gesetzgeber keine Rücksicht darauf nehmen. Seitdem bestand zwar die Möglichkeit, diese wurde aber in keiner der späteren Novellen von GMG und von GewO (1994) aufgegriffen.³⁸⁾ Dies erscheint insofern vertretbar, als es sich doch beim Gebrauchsmuster um ein (nahezu) „ungeprüftes Schutzrecht“ handelt, da im Gegensatz zum Patentrecht nach der Anmeldung lediglich die formalen Antragskriterien geprüft werden.³⁹⁾ Eine Prüfung der Neuheit erfolgt nicht.

Diese durchaus zu rechtfertigende Ungleichbehandlung entspricht auch der abgabenrechtlichen Judikatur:⁴⁰⁾ Der Gebrauchsmusterschutz reicht für die Anwendung des Hälfte-Steuerersatzes nach § 38 Abs 1 EStG nicht aus, da dieser dem Patent nicht gleichwertig ist.⁴¹⁾ Die Privilegierung patentrechtlich geschützter Erfindungen sei nach Ansicht der fiskalen Höchst-richter⁴²⁾ auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. So verlange die Patentierung zum einen eine besondere Erfindungshöhe und zum anderen eine besondere Publizität, mit der auch gewisse Risiken für den Inhaber verbunden sind.

Zur „besonderen Erfindungshöhe“ hat allerdings der für Patent- und Gebrauchsmuster zuständige Oberste Patent- und Markensenat – entgegen der bisherigen Rsp⁴³⁾ – nunmehr eine idente Auslegung der Tatbestandsmerkmale⁴⁴⁾ des „erfinderischen Schritts“ nach § 1 Abs 1 GMG mit demjenigen der „erfinderischen Tätigkeit“ iSd § 1 Abs 1 PatG vorgenommen, die unter dem Gesichtspunkt der Rechtseinheit sehr zu begrüßen ist. Die Publizitätswirkungen der beiden technischen Schutzrechte sind unter dem Blickwinkel der (jeweiligen) Neuheitsschädlichkeit nahezu⁴⁵⁾ ident.⁴⁶⁾ Darüber hinaus wurde das GMG 1994 als alternatives oder zusätzliches Schutzrecht zum österreichischen bzw europäischen Patent eingeführt, um

37) GebrauchsmusterG – GMG, StF: BGBl 1994/211, mehrfach novelliert, zuletzt BGBl I 2009/126.

38) Insb bei der Erlassung des GebrauchsmusterG hatte eine Befassung damit nahegelegen.

39) Heidinger in Wiebe (Hrsg), Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2010) 60; Weiser, PatG², 482, und Kucscko, Geistiges Eigentum (2003) 969 ff mwN zur Gesetzwendung.

40) VwGH 22. 4. 2009, 2007/15/0017, RdW 2009/394, 430 = taxlex-SR 2009/82, 336 = ÖStZ 2009/876, 424 = SWK 2009, R 70 = ÖStZB 2009/424, 446 = JUS F/2504 = ARD 6005/9/2009 = AnwBl 2010/8243, 276 (zust Sutter).

41) Krit bereits Schuster/Janusch, Halber Durchschnittssteuersatz: Erfindung ungleich Erfindung – Innovation versus Forschungsoffensive – Steuerliche Ungleichbehandlung von Patenten und Gebrauchsmustern, SWK 2005, 1166 = SWK 2005, 802; vgl auch Schultes, Steuerbegünstigung für Verwertung von Erfindungen und der erfinderische Schritt in Deutschland und Österreich, ecolex 2010, 894.

42) VwGH 22. 4. 2009, 2007/15/0017, RdW 2009/394, 430 = taxlex-SR 2009/82, 336 = ÖStZ 2009/876, 424 = SWK 2009, R 70 = ÖStZB 2009/424, 446 = JUS F/2504 = ARD 6005/9/2009 = AnwBl 2010/8243, 276 (zust Sutter).

43) OGH 12. 7. 2006, 4 Ob 3/06d – Holzabdeckung, RZ 2006, 280 = ÖBl-LS 2006/174, 267 = ecolex 2007/60, 123 (Braunböck) = ÖBl 2007/17, 76; dazu krit Beetz, Zur Erfindungsqualität im Gebrauchsmusterrecht. Zwei widersprüchliche Entscheidungen als Anlass für eine Neudefinition, ÖBl 2007, 148 ff mwN.

44) OPM 27. 4. 2011, OGM 1/11 – Touchscreen-Tastatur/Vorrichtung zum Editieren von Daten, ÖBl-LS 2011/111 = PBl 2011, 130; vgl auch OPM 14. 2. 2007, OGM 2/06 – Gong, ÖBl-LS 2007/203, 269 = PBl 2007, 88; 24. 10. 2007, OGM 2/07 – Werbeträger, PBl 2008, 54 = ÖBl-LS 2008/132.

45) § 3 Abs 4 GMG gewährt im Unterschied zum Patentrecht dem Gebrauchsmusterinhaber eine Neuheitsschonfrist von sechs Monaten ua für eigene Veröffentlichungen.

46) Vgl Weiser, PatG², 482, 488; Kucscko, Geistiges Eigentum 981 f.

eine raschere Möglichkeit für den registermäßigen Schutz von Innovationen zu schaffen.⁴⁷⁾

Als ins Gewicht fallende Unterschiede verbleiben nach wie vor die unterschiedliche Schutzdauer⁴⁸⁾ und das verpflichtende volle Prüfverfahren für Patentanmeldungen. Der mit der Ungeprüftheit eines Gebrauchsmusters für manche verbundene „Makel“ einer ungewissen Rechtsbeständigkeit haftet uE auch einem Patent an. Die zivile Rsp⁴⁹⁾ hat aber deutlich gemacht, dass selbst die (bereits erfolgte oder bloß mögliche) Nichtigkeitsklärung eines Gebrauchsmusters idR nicht zum rückwirkenden Wegfall der Zahlungspflicht des Lizenzentgelts führt. Bei Fehlen einer tatsächlichen praktischen Verwertbarkeit des Immaterialgüterrechts kann ein darüber geschlossener Lizenzvertrag wegen Irrtums angefochten werden. Gleiches gilt für Patentrechte.⁵⁰⁾ Die innere Begründung für eine bloß ex nunc wegfallende Lizenzzahlungspflicht liegt auch darin, dass der Lizenznehmer bis zur Nichtigkeitsklärung tatsächlich über einen Vermögenswert verfügte, diesen nutzte und sogar gegen Dritte verteidigen konnte.⁵¹⁾ Jedenfalls war er aber während der Vertragsdauer keinen immaterialgüterrechtlichen Unterlassungsansprüchen des Schutzrechtsinhabers ausgesetzt.

Der klare Wortlaut des § 3 GewO wie auch des § 32 Abs 4 GMG bietet keine Grundlage für die Anwendung der gewerberechtiglichen Privilegierung zugunsten von Gebrauchsmusterinhabern. Angesichts der veränderten Rechtslage ist die unterschiedliche Behandlung von Inhabern von Patenten und Gebrauchsmustern allerdings verfassungsrechtlich bedenklich. Eine Anpassung der Rechtslage wäre daher sinnvoll.

4. Gewerberechtigliche Praxis

Die Wirkung der Privilegierung beschränkt sich praktisch im Wesentlichen auf den Entfall des Nachweises der Befähigung im Fall reglementierter Gewerbe.⁵²⁾ Schließlich sind nicht nur die meisten gewerberechtiglichen (inkl der betriebsanlagenrechtlichen)⁵³⁾ Normen sinngemäß anzuwenden, sondern der ausübende Patentinhaber wird – wie Gewerbetreibende aufgrund von Gewerbeberechtigungen – Mitglied der Wirtschaftskam-

mer⁵⁴⁾ und in der Folge sozialversicherungsrechtlich pflichtversichert.⁵⁵⁾

Zusätzlich ist zunächst anzumerken, dass durch die Novellen der letzten Jahrzehnte die GewO stetig liberalisiert wurde, wodurch die Anzahl reglementierter Gewerbe⁵⁶⁾ (mit einem Befähigungsnachweise) gesunken ist. Dies mindert die Bedeutung dieses Privilegs.

Im Übrigen üben zahlreiche Patentinhaber ihr Recht nicht selbst aus, indem sie selbst die Gegenstände herstellen oder das Verfahren anwenden, sondern räumen lediglich Dritten (Lizenznehmer) entsprechende Rechte ein, die das Patent dann tatsächlich ausüben. Für diese Art der Verwertung ist ohnedies keine Gewerbeberechtigung erforderlich.⁵⁷⁾

Aber selbst wenn die Erzeugung selbst und auch im größeren Umfang in Angriff genommen wird, können die Voraussetzungen für eine Ausübung in der Form eines Industriebetriebs vorliegen,⁵⁸⁾ wofür wiederum idR⁵⁹⁾ kein Befähigungsnachweis erbracht werden muss.⁶⁰⁾

Angesichts dieser Umstände machen nur wenige Patentinhaber in der Praxis von dieser Privilegierung Gebrauch und diese stellen oft nur kleine Stückmengen (teilweise nebenberuflich) her. Dennoch bestehen vereinzelte Ausnahmefälle, in denen sogar Konzerne die Bestimmung nutzen.⁶¹⁾

5. Zusammenfassung

§§ 31 und 32 PatG iVm § 3 GewO befreien den Anmelder oder Inhaber eines Patents von den ansonsten uU erforderlichen Befähigungsnachweisen für die Gewerbeausübung, die im Herstellen, Inverkehrbringen oder Feilhalten des Gegenstands seiner Erfindung bzw der gewerbsmäßigen Ausübung des Gebrauchs des patentierten Verfahrens besteht. Die gewerberechtigliche Begünstigung erstreckt sich für den Erfinder oder seinen Rechtsnachfolger auch über das Erlöschen des Patentrechtes hinaus; für Rechtsnachfolger gilt dies aber nur, wenn sie das Patent bei aufrechtem Bestand erworben und auch tatsächlich gewerbsmäßig genutzt haben.

Nach der hier vertretenen Ansicht sollte aus gleichheitsrechtlichen Erwägungen die Gewerbebegünstigung der §§ 31, 32 PatG iVm § 3 GewO auf Gebrauchsmusterinhaber erweitert werden.

47) Deutlich für eine Gleichwertigkeit OGH 30. 10. 2003, 8 Ob A 19/03g – Trocknungsöfen, ASoK 2004, 246 = ARD 5522/3/2004 = Arb 12.371 mwN; vgl auch Lang, 10 Jahre Gebrauchsmusterschutz in Österreich – Rückblick und Ausblick, ÖBl 2005, 60, 62.

48) Gebrauchsmuster maximal 10 Jahre; Patente maximal 20 Jahre.

49) OGH 28. 9. 2006, 4 Ob 128/06m – Gasmischanlage, ÖJZ-LS 2007/6, 78 = ÖBl-LS 2007/108, 116 = RZ 2007/EÜ 144/145/146, 116 = SZ 2006/142.

50) OGH 2. 9. 1958, 1 Ob 63/58, ÖBl 1965, 139.

51) OGH 15. 10. 2002, 4 Ob 209/02t – Brühl, ÖJZ-LSK 2003/16 = wbl 2003/55, 95 = ÖBl-LS 2003/7, 13 = ÖBl-LS 2003/8, 13 = ecolex 2003/115, 257 (Schanda) = EvBl 2003/26, 141 = RdW 2003/214, 266 = ÖBl 2003/23, 87 (Hiti); Nauta, Die Rechtsstellung des Lizenznehmers, ÖJZ 2003, 404; Hiti, Zur Drittwirkung von Marken- und Patentrechten. Die Auswirkungen der BOSS-Brillen-E des OGH auf Aktivlegitimation und Sukzessionsschutz von Marken- und Patentrechtlern, ÖBl 2003, 4.

52) So sind zB die allgemeinen Voraussetzungen für die Ausübung von Gewerben ebenso anwendbar wie die Regelungen zu den Gewerbeausschlussgründen (zB gerichtliche Verurteilung iSd § 13 Abs 1 Z 1 GewO).

53) Dies ist insb bei Produktionstätigkeiten ein wesentlicher Umstand.

54) § 2 WirtschaftskammerG 1998.

55) Gem § 2 Abs 1 Z 1 Gewerbliches Sozialversicherungsg.

56) Die Bezeichnung ändert sich mit der Zeit und lautete zB vor der GewR-Nov 2002: „(bewilligungspflichtige) gebundene Gewerbe“.

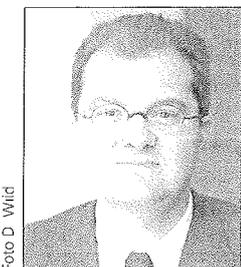
57) Zur Vermittlung fremder Rechte des Geistigen Eigentums ist eine Gewerbeberechtigung notwendig, diese Tätigkeit ist Gegenstand eines freien Gewerbes.

58) Aufgrund der kleinbetrieblichen Struktur der österreichischen Wirtschaft sind die Anforderungen an einen Industriebetrieb nicht sehr hoch.

59) Zu der Bestimmung bestehen nur wenige Ausnahmen, wie zB für das Waffengewerbe, bei welchem dennoch ein Befähigungsnachweis zu erbringen ist; weitere Ausnahmen siehe § 7 Abs 5 GewO.

60) § 7 Abs 5 GewO.

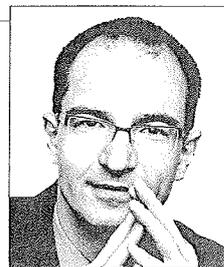
61) Voraussetzung hierfür ist, dass die ausübende Gesellschaft auch innerhalb des Konzerns jene ist, die Inhaberin des entsprechenden Patents ist.



Der Autor:

RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU) studierte US-amerikanisches Steuerrecht in San Francisco; Gründer der RA-Kanzlei EUROLAWYER® in Salzburg; Fachbuch-Autor; Verfasser des Standardkommentars zum Rechtsanwaltsberufsgesetz (2011); gerichtlich beeideter Sachverständiger für Urheberfragen aller Art, insb Neue Medien und Webdesign.

Kontakt: Anwalt.Thiele@eurolawyer.at



Der Autor:

Dr. Christian Handig ist als Mitarbeiter der Rechtsabteilung der Wirtschaftskammer Wien primär in der Unternehmensberatung und Gesetzesbegutachtung tätig. Als Autor zahlreicher Fachbeiträge und Vortragender befasst er sich mit Wirtschaftsrecht. Er ist Mitbegründer und Mitredakteur des juristischen Themenjournals ipCompetence (www.ipcompetence.com).

Kontakt: christian.handig@wkw.at